

Consiglio di Stato sez. III 30/3/2016 n. 1255

APPALTI PUBBLICI - CLAUSOLA SOCIALE - INTERPRETAZIONE ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DI LIBERTA' DI IMPRESA EX ART. 41 COST. - OBBLIGO DI RIASSORBIMENTO PERSONALE DEL GESTORE USCENTE - VA ARMONIZZATO CON ORGANIZZAZIONE IMPRENDITORE SUBENTRANTE - OBBLIGO DI ASSUNZIONE A TEMPO INDETERMINATO E IN FORMA AUTOMATICA E GENERALIZZATA PERSONALE GIA' IMPIEGATO - NON SUSSISTE

La c.d. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando, altrimenti, essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 della Costituzione, che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto, sicché tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente (cfr. Cons. Stato, VI, n. 5890/2014); conseguentemente, l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante; i lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali (cfr. Cons. Stato, III, n. 5598/2015); la clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria (cfr. Cons. Stato, III, n. 1896/2013).

N. 01255/2016 REG. PROV. COLL.
N. 09145/2015 REG. RIC.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9145 del 2015, proposto dai signori Pietro Cosmai, Sergio D'Arpe, Tonino Marcello Giuseppe De Luca, Maria Pia L'Erario, Giuseppe Lamanuzzi, Antonio Losapio, Beatrice Pedone, Arcangelo Rana, Pietro Santoro e Vincenzo Stella, rappresentati e difesi dall'avv. Giuseppe Mariani, con domicilio presso la Segreteria della III Sezione del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

contro

L'Azienda Sanitaria Locale di Lecce, in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentato e difeso dall'avv. Fernando Caracuta, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Saverio Sticchi Damiani in Roma, piazza San Lorenzo in Lucina, n. 26;

e con l'intervento di

ad opponendum:

la s.r.l. Plurima e Omnia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luigi D'Ambrosio, Francesco Paolo Bello ed Ermelinda Pastore, con domicilio eletto presso il signor A. Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Puglia, Sezione staccata di Lecce, Sez. II, n. 2160/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di archiviazione, custodia e gestione della documentazione amministrativa e sanitaria della ASL di Lecce;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Azienda Sanitaria Locale di Lecce;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2016 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Giuseppe Mariani, Fernando Caracuta ed Ermelinda Pastore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Col ricorso n. 907 del 2015, alcuni dipendenti della s.r.l. Prodeo, impiegati nel servizio di archiviazione, custodia e gestione della documentazione amministrativa e sanitaria della ASL di Lecce, hanno impugnato dinanzi al TAR Puglia – Sezione di Lecce - il bando di gara per il nuovo affidamento quadriennale del predetto servizio (pubblicato sulla G.U.R.I. del 6 marzo 2015), nella parte in cui non è stata inserita la c.d. clausola sociale, viceversa prevista dall'art. 25 della l.r. 25/2007 (come sostituito dall'art. 30 della l.r. 4/2010), anche dopo la pronuncia della sua parziale incostituzionalità con la sentenza della Corte Costituzionale n. 68/2011.

2. Il TAR, con la sentenza appellata n. 2160/2015, ha dichiarato inammissibile il ricorso, rilevando la mancanza dell'interesse a ricorrere, poiché il servizio non è ancora stato affidato e pertanto non si è ancora concretizzata una lesione attuale della posizione dei ricorrenti.

Il TAR ha altresì rilevato che la norma regionale che impone la clausola sociale ha natura imperativa ed integra automaticamente le previsioni del bando, con la conseguente insussistenza della lesione paventata col ricorso.

3. Nell'appello, gli originari ricorrenti hanno dedotto:

(a) – la violazione ed erronea applicazione dell'art. 100 c.p.c. in relazione agli artt. 34 e 35 cod. proc. amm., in quanto i principi di buona fede ed affidamento di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. e quelli comunitari di effettività della tutela comportano per i concorrenti l'obbligo dell'attenta disamina del bando e della sua immediata impugnazione se recante cause di invalidità della procedura ivi predisposta – e lo stesso principio va applicato nei confronti dei terzi interessati;

(b) – la mancata previsione di una espressa previsione del bando sulla 'clausola sociale' finirebbe col comportare che i concorrenti formulino offerte che non tengano conto del costo storico consolidato connesso all'anzianità professionale ed all'inquadramento funzionale dei dipendenti aventi titolo ad essere utilizzati dal futuro appaltatore;

(c) – la natura imperativa della norma regionale non impedisce che l'eterointegrazione sia fonte di incertezza interpretativa, quanto meno fino a che non si sia formata una giurisprudenza consolidata e ove non siano state precisate le conseguenze della violazione della 'clausola sociale', e quindi permane l'interesse a che sia eliminato ogni dubbio sul diritto all'utilizzo da parte dell'appaltatore subentrante nello svolgimento del servizio;

(d) – vi era l'obbligo di introdurre la clausola sociale all'interno del bando di gara, poiché l'art. 25 della l.r. 25/2007 la prevede e la sentenza n. 68/2011 della Corte Costituzionale, pur affermando che non si possa vincolare l'appaltatore subentrante ad effettuare assunzioni a tempo indeterminato, ha tuttavia ritenuto costituzionalmente legittima la previsione per il caso in cui la garanzia dell'utilizzo dei lavoratori sia mantenuta entro i limiti temporali dell'affidamento del servizio.

4. La ASL di Lecce controdeduce in ordine alle deduzioni formulate, anche sottolineando che, nelle more, in esito alla verifica di congruità dell'offerta economica, il r.t.i. Plurima S.p.a./Omnia Service s.r.l., aggiudicatario provvisorio dell'appalto, ha confermato il proprio impegno «a rispettare la c.d. clausola sociale contenuta nell'art. 30 della Legge Regionale del 25.2.2010, n. 4» (cfr. nota prot. 1428/15 mb in data 3 dicembre 2015; vedi anche verbale n. 8 in data 12 novembre 2015).

Ciò confermerebbe la carenza di interesse al ricorso.

Pertanto, l'Amministrazione sottolinea che la portata applicativa della 'clausola sociale', alla luce del contemperamento le esigenze della tutela dei lavoratori e quelle sulla tutela della libertà di iniziativa economica, si concretizza nel senso che l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione di impresa prescelta dall'aggiudicatario (cfr. Cons. Stato, n. 3900/2009).

5. Il r.t.i. aggiudicatario è intervenuto ad opponendum e deduce nel senso dell'inammissibilità o della improcedibilità del ricorso di primo grado ed anche dell'appello, in ragione dei chiarimenti sopraggiunti in corso di gara e comunque dell'impegno manifestato dall'aggiudicatario stesso, sottolineando anche che l'unico soggetto realmente interessato all'impugnazione, ai fini del mantenimento della situazione di fatto attuale, sarebbe stata l'impresa che gestisce il servizio in proroga da circa un anno, quarta classificata nella nuova gara.

6. Il Collegio osserva che la portata applicativa della c.d. clausola sociale prevista dall'art. 25, comma 1, della l.r. 25/2007 (sostituito dall'art. 30 della l.r. 10/2010 – il cui vigore è stato sospeso dall'art. 1 della l.r. 12/2010- e inciso in parte dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 68/2011, e

per il quale nei bandi deve prevedersi «l'assunzione ... del personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria dell'appalto nonché la garanzia delle condizioni economiche e contrattuali già in essere, ove più favorevoli») è stata già chiarita dalla giurisprudenza di questo Consiglio.

In particolare, si è ritenuto che:

(a) – la c.d. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando, altrimenti, essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 della Costituzione, che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto, sicché tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente (cfr. Cons. Stato, VI, n. 5890/2014);

(b) – conseguentemente, l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante; i lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali (cfr. Cons. Stato, III, n. 5598/2015);

(c) – la clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria (cfr. Cons. Stato, III, n. 1896/2013).

7. Tenuto conto della sopra richiamata giurisprudenza (che il Collegio condivide e fa propria), si evince che – nella specie - l'applicabilità in concreto della previsione legislativa regionale nell'ambito della gara d'appalto in esame e le sue modalità applicative non sono in dubbio, almeno sin da quando la stazione appaltante ha fornito i chiarimenti sul punto ai concorrenti.

Infatti, mediante la risposta al quesito n. 1, in data 30 aprile 2015 è stato precisato che «L'ASL LE ottempera anche a quanto previsto dalla L.R. 4/2010, il cui art. 30 disciplina la c.d. "clausola sociale", così come successivamente precisata alla luce dell'intervento della Consulta. Detta norma, come ben noto, prevede che l'appaltatore subentrante debba prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dalla ditta aggiudicataria. Gli appaltatori cui è attualmente affidato il servizio di archiviazione dei documenti amministrativi e sanitari dell'ASL LE utilizzano complessivamente» (segue l'elencazione delle singole qualifiche e dei profili, con indicazione dei rispettivi tipi di contratto, e la precisazione del c.c.n.l. applicato).

Analoga risposta è stata sinteticamente ribadita in data 8 maggio 2015, di fronte ad un ulteriore quesito.

8. Da ciò si desume che l'interesse degli appellanti all'applicazione di clausole di (potenziale) tutela della loro posizione lavorativa – nei limiti dell'assunzione di personale in numero e con qualifiche armonizzabili con l'organizzazione d'impresa, coerentemente all'orientamento sopra ricordato – risultava già soddisfatto, anche ai fini della predisposizione e presentazione delle offerte da parte dei concorrenti, non solo sulla base delle argomentazioni poste dal TAR a base della propria

sentenza (che ha ravvisato come le previsioni del bando dovessero essere integrate dalle disposizioni regionali), ma anche dalla stessa Amministrazione e anche dall'impresa interessata, già prima che venisse proposto l'appello (notificato in data 26 ottobre 2015 e depositato in data 5 novembre 2015).

Ne consegue che l'appello deve essere dichiarato inammissibile, in quanto già prima della sua proposizione i diretti interessati hanno concordato sulla soluzione sostanziale, posta a base della sentenza impugnata.

9. Considerata la natura della controversia, le spese del secondo grado possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate del secondo grado del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/03/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)