Consiglio di Stato, sez. V, 16 giugno 2009, n. 3916

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale
Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 3297/2008 del 22/04/2008, proposto dalla società ALFA S.N.C. rappresentata e difesa dagli avvocati E. F. e V. P., con domicilio eletto in R., presso lo studio della seconda al corso R. n. 11;

contro

il COMUNE DI BETA rappresentato e difeso dall'avv. I. M. F., con domicilio eletto in R., piazza dei C. n. 1, presso l'avv. V. D;
la COOPERATIVA DELTA A R.L. rappresentata e difesa dall'avv. F. C., con domicilio eletto in R., via S. n. 91;

per la riforma

della sentenza del TAR PUGLIA - LECCE - SEZIONE II n. 4270/2007;
Visto l'atto di appello con i relativi allegati;
Viste le memorie prodotte a sostegno delle rispettive difese;
Visti gli atti tutti della causa;
Alla pubblica udienza del 03 Marzo 2009, relatore il Consigliere Francesco Caringella ed uditi, altresì, gli avvocati V. P. e F. C.;

FATTO E DIRITTO

1. Il presente giudizio ha ad oggetto la gara, indetta dal Comune di Beta, per la pulizia, la custodia e la manutenzione degli impianti dei gabinetti pubblici comunali, eliminata con l'aggiudicazione finale in favore della Cooperativa Delta a.r.l..
La Alfa s.n.c. ribadisce e sviluppa, in sede di appello, le censure respinte dai Giudici di prime cure con la sentenza gravata.
Resistono il Comune di Beta e la società controinteressata.
Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.
All'udienza del 3 marzo 2009 la causa è stata trattenuta per la decisione.
2. L'infondatezza dell'appello consente alla Sezione di evitare l'approfondimento delle questioni preliminari svolte dalle parti resistenti.
2.1. Con un primo mezzo di gravame parte ricorrente torna a sostenere, anche in sede di appello, la tesi dell'illegittimità della normativa regolatrice della gara in ragione della non sufficiente determinatezza degli elementi essenziali dello stipulando contratto, con particolare riguardo alle superfici da pulire.
Con un primo mezzo di gravame parte ricorrente torna a sostenere, anche in sede di appello, la tesi dell'illegittimità della normativa regolatrice della gara in ragione della non sufficiente determinatezza degli elementi essenziali dello stipulando contratto, con particolare riguardo alle superfici da pulire.
Va precisato in punto di fatto che, alla stregua della disciplina di gara, la stazione appaltante aveva precisato che la superficie complessiva degli uffici oggetto del presente appalto risultante dalla lex specialis era da intendersi puramente indicativa in quanto, all'esito dell'aggiudicazione, la superficie effettiva sarebbe stata misurata in sede di sopralluogo congiunto con l'aggiudicatario con conseguente utilizzazione del valore così misurato per la quantificazione dell'importo del contratto. E tanto anche in relazione alla possibilità che, in corso di gara, alcuni dei locali inizialmente

inseriti nel lotto avrebbero potuto essere oggetto di dismissione, sia a seguito di scelte organizzative del Comune o di altri enti, sia a seguito di vendita degli immobili.
Dall'esame degli atti di gara si ricava in definitiva che l'offerta sollecitata dall'amministrazione doveva avere ad oggetto non un prezzo fisso ex ante ma un costo orario da parametrare, al fine di determinare il corrispettivo contrattuale, in funzione del monte orario giornaliero e del numero di giorni di espletamento del servizio, ad una superficie da misurare con precisione in sede di sopralluogo e da adeguare in corso di esecuzione dell'appalto in relazione alle eventuali sopravvenienze.
Si deve escludere che la normativa pecchi di indeterminatezza, in quanto l'offerta si coagulava su un parametro orario per unità di superficie piuttosto che su una superficie fissa. Ne deriva la ragionevolezza della scelta, compiuta dall'amministrazione, di rinviare ad un momento successivo, con la garanzia del contraddittorio, l'esatta perimetrazione e della superficie data inizialmente in appalto.
Si deve altresì convenire che l'adeguamento della superficie in corso di appalto, in funzione di eventuali sopravvenienze, lungi dall'introdurre una non legittima rinegoziazione, costituisca un elemento di flessibilità coerente con il criterio prima menzionato seguito in sede di formulazione dell'offerta. Si deve aggiungere che la clausola innesta un dato di ragionevole mobilità sincronizzabilità dell'appalto con il tempo, non essendo logicamente immaginabile che l'appalto rimanga parametrato ad una superficie fissa nel tempo senza consentire all'amministrazione di adattarlo a fisiologici e limitati scostamenti in relazione alle scelte organizzative e funzionali via via adottate nel tempo. Va soggiunto che, in contratti quali quello in esame l'apposizione di una clausola siffatta serve ad evitare possibili future contestazioni da parte dell'appaltatore, dovute alla precisa determinazione della superficie ed alle modifiche successivamente intervenute per effetto di fisiologiche sopravvenienze in corso di esecuzione.
Si deve poi osservare che la ditta ricorrente, nella qualità di gestore uscente del servizio di che trattasi, versava nelle condizioni soggettive ideali per conoscere in modo pieno le caratteristiche dei locali in parola. La censura mossa al riguardo assume quindi un sapore schiettamente strumentale, stante l'inidoneità della carenza del bando ad incidere in senso pregiudizievole sulla possibilità di determinarsi in modo consapevole nel calibrare l'offerta di gara ad opera di un soggetto al contrario avvantaggiato dalla pretesa carenza disciplinare.
Va in ogni caso soggiunto che il principio di leale cooperazione, costituente corollario dei canoni di buona fede e tutela del legittimo affidamento, avrebbe imposto all'impresa in esame di chiedere chiarimenti in ordine alle lacune della lex specialis, piuttosto che partecipare alla gara con la riserva di impugnazione, in caso di esito negativo, in relazione a carenze volontariamente non colmate.
2.2. Non coglie nel segno neanche la censura con la quale la parte ricorrente lamenta l'incongruità del prezzo posto a base di ciascuno dei quattro lotti oggetto delle quattro gare contestualmente bandite dal Comune di Beta per l'affidamento degli appalti di pulizia (rispettivamente degli uffici comunali, degli uffici giudiziari, dei gabinetti pubblici e, infine, degli asili nido e delle scuole materne comunali), tra cui quello oggetto del presente giudizio.
La prospettazione di parte incorre nell'irrimediabile vizio logico di valutare la plausibilità delle condizioni economiche offerte dalla

stazione appaltante in relazione alla sua (dell'appellante) specifica organizzazione d'impresa (con riguardo alla struttura aziendale, ed ai costi legati a specifiche prestazioni professionali nonché al ricorso al credito bancario, ai costi per il responsabile ed alla resa produttiva oraria), senza riuscire a dimostrare, in modo persuasivo, la diseconomicità oggettiva della base di gara. Si finisce così per ventilare un'irrilevante insostenibilità soggettiva del prezzo stabilito piuttosto che una incongruità ex se di detto parametro economico. Va soggiunto che, alla stregua di quieti principi comunitari, il principio di par condicio non osta a che venga dato rilievo, anche in sede di fissazione delle regole di gara, al vantaggio competitivo derivante da capacità operative e da referenze legittimamente acquisite su mercato. La sollecitazione di condizioni particolarmente vantaggiose per l'amministrazione, sostenibili da parte di imprese già radicate sul mercato e capaci di economie di scala, dà la stura ad un'asimmetria virtuosa che, lungi dal mortificare i canoni europei di parità di condizioni di accesso, rappresenta l'esaltazione della logica premiale del mercato posta alla base del sistema comunitario in tema di concorrenza nei pubblici appalti.

La disomogeneità dell'appalto in esame rispetto al precedente espletato dall'appellante impedisce poi di dare ingresso ad una critica imperniata sulla mera sottolineatura delle differenti condizioni economiche sottese a prestazioni anch'esse profondamente disomogenee.

Analizzando il merito dell'elaborazione peritale di parte si deve poi aderire alle linee argomentative svolte dal Primo Giudice in merito all'inconferenza del dato non attuale del rinnovo del ccnl di categoria ed all'idoneità della clausola di revisione dei prezzi a sollevare l'appaltatore dagli incrementi dei costi di esecuzione dell'appalto.

Anche l'assunto secondo cui la base economica fissata dall'amministrazione non sarebbe idonea a remunerare i costi, il motivo di ricorso muove dal non condivisibile presupposto che tutte le imprese operanti nel settore adottino organizzazioni imprenditoriali omogenee, senza considerare le possibili economie conseguibili da altre imprese in relazione ai fattori analiticamente messi in luce dal Primo Giudice.

Si deve allora concludere che le pur articolate censure mosse dall'appellante non scalfiscono la solidità dell'assunto di fondo secondo cui la tariffa oraria è stata determinata dal Comune aggiungendo al costo orario del personale le due voci (rispettivamente, le spese generali – 15% - e l'utile l'impresa – 10% - la cui incidenza percentuale è stata determinata in base all'id quod plerumque accidit), rilevanti per gli appalti di servizi, così pervenendo all'importo di 17,76 €/h.

Anche per il costo orario e la resa oraria del personale si evince dalla documentazione in atti che l' Amministrazione ha compiuto un'accurata istruttoria al fine di determinare il quadro economico del presente appalto.

2.3. Non coglie nel segno neanche l'ultima censura con la quale parte appellante deduce il mancato rispetto della clausola sociale recata dalla lex specialis che impone all'appaltatore subentrante di rilevare tutto il personale già addetto al servizio alle dipendenze dell'appaltatore uscente.

La Sezione reputa che una lettura della clausola in parola, coerente con il principio della libertà di iniziativa economica e con il quadro normativo di riferimento, ne imponga un'attuazione coerente con la disciplina recata dal contratto collettivo di categoria.

Nello specifico settore degli appalti relativi al servizio di pulizia, l'art. 4 del ccnl 24.10.1997, come modificato dal successivo ccnl del 25.5.2001, prevede che "…In ogni caso di cessazione di appalto, l'Azienda cessante ne darà preventiva comunicazione, …, alle strutture sindacali aziendali e territoriali competenti, fornendo altresì informazioni sulla consistenza numerica degli addetti interessati, sul rispettivo orario settimanale, indicando quelli impiegati nell'appalto in questione da almeno 4 mesi; l'azienda subentrante, con la massima tempestività, preventivamente all'inizio della nuova gestione e, ove oggettivamente ciò non sia possibile, in tempi utili e comunque su richiesta delle Organizzazioni sindacali territoriali firmatarie del CCNL darà comunicazione a queste ultime del subentro nell'appalto. Alla scadenza del Contratto di appalto possono verificarsi 2 casi:

a) in caso di cessazione di appalto a parità di termini, modalità e prestazioni contrattuali l'impresa subentrante si impegna a garantire l'assunzione senza periodo di prova degli addetti esistenti in organico sull'appalto …. almeno 4 mesi prima della cessazione stessa, salvo casi particolari quali dimissioni, pensionamenti, decessi;

b) in caso di cessazione di appalto con modificazioni di termini, modalità prestazioni contrattuali, l'impresa subentrante - ancorché sia la stessa che già gestiva il servizio - sarà convocata presso l'Associazione territoriale cui conferisce mandato, o in assenza presso UPLMO, ove possibile nei 15 giorni precedenti con la rappresentanza sindacale aziendale e le Organizzazioni sindacali stipulanti territorialmente competenti per un esame della situazione, al fine di armonizzare le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali, tenuto conto delle condizioni professionali e di utilizzo del personale impiegato, anche facendo ricorso a processi di mobilità da posto di lavoro a posto di lavoro nell'ambito dell'attività dell'impresa ovvero a strumenti quali part-time, riduzione orario di lavoro, flessibilità delle giornate lavorative, mobilità…". Il ccnl 25.5.2001 ha aggiunto che "Nelle procedure di cambio di appalto l'impresa subentrante, fermo restando quanto previsto dalle lett. a) e b) di cui all'art. 4, assumerà in qualità di dipendenti i lavoratori dipendenti e i soci-lavoratori con rapporto di lavoro subordinato trasferiti dall'azienda cessante. Tali assunzioni non costituiscono occupazione aggiuntiva. La normativa di cui sopra dovrà essere armonizzata con quanto previsto nel D.lgs. n. 18/01".

La Sezione conviene allora con il Primo Giudice che la c.d. clausola sociale va interpretata 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 le loro qualifiche siano armonizzabili con l'organizzazione d'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. L'uniformazione della condotta dell'appaltatore a tale regole flessibili evidenzia allora l'infondatezza della censura in parola.

3. In conclusione, il ricorso va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate, a carico dell'appellante, nella misura complessiva di 5.000,00 (cinquemila/00) euro, da corrispondere, in parti uguali, al comune di Beta ed alla parte controinteressata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello.
Condanna l'appellante al pagamento delle spese di giudizio nella misura in dispositivo specificata.
Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 3 Marzo 2009 con l'intervento dei Sigg.ri:
Pres. Marzio Branca
Cons. Aniello Cerreto
Cons. Francesco Caringella Est.
Cons. Giancarlo Montedoro
Cons. Giancarlo Giambartolomei

ESTENSORE IL PRESIDENTE
F.to Francesco Caringella F.to Marzio Branca

IL SEGRETARIO
F.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
il 16/06/2009
(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)
P. IL DIRIGENTE
f.to Livia Patroni Griffi