

## Ancora sul discusso tema della "clausola sociale"

di Aurelia Mammana

Data di pubblicazione: 21-5-2019

**Contratti della P.A. – Bando e lettera d’invito – Clausola sociale – Che impone la riassunzione del 50% del personale del gestore uscente – Legittimità.**

Il Tar è tornato a pronunciarsi sul discusso tema della c.d. “clausola sociale”.

Com'è noto, la clausola sociale disciplinata - e ora imposta quale contenuto minimo del bando - dall'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016, è considerata costituzionalmente e comunitariamente legittima solo se non comporti un indiscriminato dovere di assorbimento di tutto il personale in essere, in violazione dei principi di libertà d’iniziativa economica e di libera concorrenza, oltretché del principio del buon andamento. Una corretta applicazione dell'art. 50 cit. implica infatti un giusto temperamento tra le contrapposte esigenze sociali, afferenti in particolare la stabilità occupazionale, e quelle relative all'autonoma organizzazione dell'attività d'impresa. Conseguentemente, da sempre, il mancato impegno, in offerta, dell’obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente previsto dalla *lex specialis*, se giustificato alla luce della specifica organizzazione d’impresa, non avrebbe potuto comportare l’automatica esclusione dalla gara (cfr. Cons. Stato, sez. III, nn. 726/2019 e 3471/2018; v. ora anche Linee Guida ANAC n. 13, recanti *La disciplina delle clausole sociali*, approvate con Delibera n. 114 del 13/2/2019).

In tale contesto, la pronuncia in commento assume portata innovativa.

Il Tar Lazio, infatti, discostandosi parzialmente dai suddetti consolidati principi, si è espresso nel senso della legittimità del valore automaticamente e rigidamente escludente di una clausola sociale che obbligava i concorrenti alla conferma e utilizzo in servizio di almeno il 50% degli operatori già operativi nelle sedi del servizio, ritenendo che tale predeterminazione numerica “a monte” escludesse la sussistenza di quell’“indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento di tutto il personale utilizzato dall’impresa uscente” ritenuto dalla costante giurisprudenza contrario ai principi costituzionali e comunitari di libertà di iniziativa economica e di concorrenza.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 15/03/2019

**N. 03479/2019 REG.PROV.COLL.**

**N. 10966/2018 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA****IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio****(Sezione Terza Bis)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 10966 del 2018 proposto dalla S. Onofrio Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale mandataria del costituendo rti con Tiresia Consorzio Sociale di Solidarietà – Società Cooperativa Sociale Onlus, rappresentata e difesa dall'avv. Claudio Sangiacomo presso il cui studio in Roma, Via Circonvallazione Trionfale n.1, è elettivamente domiciliata;

***contro***

- il Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca Scientifica, in persona del ministro pro-tempore;
  - Istituto di Istruzione Superiore Domizia Lucilla, in persona del legale rappresentante pro-tempore;
- rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la cui sede in Roma, Via dei Portoghesi n.12, sono domiciliatari;
- la Regione Lazio, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

***nei confronti***

Associazione ANAFI, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Claudio Corallo e Fabrizio Viola ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Corallo in Roma, Via Lago di Lesina n.35;

***per ottenere:***

- l'annullamento:
- della determina dell'intimato Istituto prot.5680/II.9 del 1° settembre 2018 avente ad oggetto "Determina a contrarre e contestuale avviso esplorativo ai sensi dell'art.35, comma 2, lett.c9 del d.lgvo n.50/2016 per l'individuazione di operatori economici da invitare a presentare un'offerta per l'affidamento del servizio di assistenza scolastica specialistica degli alunni con disabilità A.S. 2018/2019;
- del Bando Comparativo per l'individuazione di operatori economici cui affidare il servizio di assistenza scolastica generale e "WOCE" a favore degli alunni con disabilità della rete "Al DI

LA' DEL LIMITE" per l'anno scolastico 2018-2019 (prot.5806/VI.2);

- della determina prot.6090/VI.2 del 18.9.2019 con la quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria della gara de qua a favore della associazione odierna controinteressata;

- la dichiarazione di inefficacia del contratto ove stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt.121 e 122 del cpa.

Visto il ricorso con la relativa documentazione;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle intimate amministrazioni e della Associazione aggiudicataria;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 5.3.2019 - relatore il dottor Giuseppe Sapone – gli avvocati della parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

## FATTO e DIRITTO

La cooperativa ricorrente ha partecipato quale mandataria del costituendo rti con la Tiresia Consorzio Sociale di Solidarietà – Società Cooperativa Sociale Onlus, alla procedura, in epigrafe indicata, indetta dall'intimato Istituto in forza di un finanziamento erogato dalla Regione Lazio ed aggiudicata alla associazione ANAFI.

In punto di fatto deve essere evidenziato che:

a) il bando di gara, pure impugnato in questa sede, era stato preceduto da un avviso esplorativo, ai sensi dell'art.36 comma 2 lett.c del D.lgvo n.50/2016, finalizzato ad individuare gli operatori economici da invitare a presentare un'offerta;

b) il suddetto bando prevedeva:

- che l'importo massimo onnicomprensivo di qualunque tipo di imposta o tassa a qualunque titolo era parti ad Euro 997.990,00;

- la suddivisione del predetto importo in due lotti (Lotto n.1 "Servizio WOCW" pari ad importo di Euro 85.536 iva compresa; Lotto n.2 avente ad oggetto il Servizio di assistenza specialistica generale per un importo di Euro 912.384,00 iva compresa);

- la necessità di confermare e utilizzare nel servizio almeno il 50% degli operatori dell'anno scolastico concluso per garantire la tranquillità didattica;

- che il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

c) alla gara de qua relativamente al lotto n.2 hanno partecipato n. 6 operatori;

d) in esito alla valutazione delle offerte essendo risultato che n.5 operatori economici avevano ottenuto lo stesso punteggio (50), il lotto in questione è stato aggiudicato all'ANAFI a seguito del sorteggio effettuato tra i predetti 5 operatori, e l'offerta della ricorrente è stata dichiarata seconda aggiudicataria.

Con il proposto gravame la ricorrente:

I) ha impugnato, gli atti in epigrafe indicati, deducendo a tal fine i seguenti motivi di doglianza:

1) Violazione di legge; violazione del d.lgvo n.50/2016; violazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE. Violazione dell'art.35 del d.lgvo n.50/2016. Sviamento; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche;

2) Violazione del d.lgvo n.50/2016. Violazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE. Violazione degli artt. 36, 60, 61 del D.lgvo n.50/2016. Sviamento ed eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche;

3) Violazione del d.lgvo n.50/2018; illogicità manifesta, sviamento ed eccesso di potere. Violazione degli artt.80, 83 e 95 del d.lgvo n.50/2016; violazione del D.D. n.G07619 del 13.6.2018 ed in particolare dell'allegato avviso pubblico per la presentazione delle proposte progettuali;

4) Violazione del d.lgvo n.50/2016; illogicità manifesta, sviamento, eccesso di potere, violazione degli artt.80, 83 e 95 del D.lgvo n.50/2016. Violazione degli artt.95, comma 6, e 87, comma 1, del D.lgvo n.50/2016 nonché del principio generale del divieto di commistione tra i criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione delle offerte e dei principi di massima concorrenzialità e par condicio, di proporzionalità e di trasparenza. Eccesso di potere per difetto di ponderazione e per illogicità manifesta.

II) ha chiesto altresì l'accertamento dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more con l'aggiudicataria in conseguenza dell'accoglimento della proposta azione impugnatoria.

Si sono costituite le intime amministrazioni contestando la fondatezza delle prospettazioni ricorsuali e concludendo per il rigetto delle stesse.

Si è pure costituita l'associazione aggiudicataria prospettando in primis l'inammissibilità del proposto gravame e/o di alcune censure formulate e contestando nel merito la fondatezza delle stesse.

Alla pubblica udienza del 5 marzo il ricorso è stato assunto in decisione.

Da rigettare è il primo motivo di doglianza con cui la ricorrente ha contestato l'operato della stazione appaltante la quale ha ritenuto di applicare la normativa in materia di appalti sottosoglia comunitaria, nonostante una base d'asta pari ad Euro 997.990,00 che risulterebbe pure al netto dell'IVA del 22%, superiore alla suddetta soglia pari ad Euro 750.000,00.

Al riguardo il Collegio osserva che:

a) il bando in questione prevedeva due lotti autonomi, tant'è che sono stati aggiudicati a due operatori diversi e sulla base di due autonome operazioni di gara;

b) in tale contesto ne discende, de plano, che la prospettata illegittimità comunitaria per essere rilevante doveva essere riferibile unicamente al lotto per cui ha partecipato l'ati ricorrente;

c) poiché l'importo previsto originariamente dal bando per il lotto n.2, non assumendo a tal fine alcuna rilevanza il nuovo importo ridimensionato dato che l'amministrazione non ha in alcun modo dimostrato che le offerte presentate erano state calibrate su tale nuovo importo, era pari ad euro 912.384,00 al lordo dell'IVA del 22%, sottraendo dal suddetto importo circa Euro 200.000 per l'IVA, ne discende che l'importo originario per il lotto era inferiore a 750.000,00 euro.

Inammissibile per carenza di interesse deve essere dichiarata la successiva doglianza con cui è stato fatto presente che " la stazione appaltante ha violato completamente ogni termine minimo previsto per assicurare una corretta pubblicità della gara e favorire la massima e proficua partecipazione dei concorrenti", atteso che la esiguità dei termini previsti per la presentazione delle offerte non è risultata in alcun modo lesiva per il rti ricorrente che ha presentato un'offerta valida e competitiva.

Da rigettare è invece il primo profilo di doglianza con cui è stata contestata la legittimità della clausola, avente valore escludente, che obbligava i concorrenti alla conferma e utilizzo in servizio di almeno il 50% degli operatori già operativi negli Istituti della Rete nell'anno scolastico da poco concluso, considerato che:

a) la stessa giurisprudenza richiamata a sostegno da parte ricorrente (CS, sez.III, n.3471/2018) afferma che la clausola sociale è costituzionalmente e comunitariamente legittima solo se non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento di tutto il personale utilizzato dall'impresa uscente, in violazione dei principi costituzionali e comunitari di libertà di iniziativa economica e di concorrenza;

b) nella fattispecie in esame l'obbligo di cui alla contestata clausola riguardava non tutti gli operatori uscenti ma unicamente il 50% degli stessi.

Con le altre censure prospettate sia nel terzo che nel quarto motivo di doglianza la ricorrente contesta astrattamente la legittimità dei criteri in base ai quali sono state valutate le offerte presentate.

Premesso che il lotto in questione è stato aggiudicato sulla base del sorteggio, metodo in alcun modo contestato, il Collegio, sottolinea che:

- a) l'offerta della ricorrente, parimenti a quella di altri 4 operatori, ha ottenuto il massimo dei punteggi previsti per i contestati criteri, riportati all'art.5 del bando, per cui non è individuabile alcuna lesione della sua sfera giuridica derivante dall'applicazione degli stessi;
- b) la suddetta ricorrente, poi, non ha in alcun modo dimostrato, attraverso un analitico esame dell'offerta dell'aggiudicataria, come l'adozione dei criteri de quibus abbia concretamente avvantaggiato quest'ultima;
- c) in simile quadro ne discende, quindi, che le censure in trattazione devono essere dichiarate inammissibili per carenza di interesse e per genericità.

Il rigetto della proposta azione impugnatoria comporta conseguentemente il rigetto dell'azione tesa ad ottenere la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato ANAFI.

Ciò premesso, il proposto gravame in parte deve essere rigettato e in parte deve essere dichiarato inammissibile.

Le spese del presente giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III bis, definitivamente pronunciando sul ricorso n.10966 del 2018, come in epigrafe proposto, in parte lo rigetta e in parte lo dichiara inammissibile.

Condanna la Cooperativa S. Onofrio al pagamento delle spese processuali liquidate in complessivi Euro 10.000,00, così suddivisi:

- a) Euro 2,500,00 a favore del resistente Ministero;
- b) Euro 2.500,00 a favore dell'Istituto di Istruzione Superiore "Via Domizia Lucilla";
- c) Euro 5.000,00 a favore dell'Associazione Anafi.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente, Estensore

Alfonso Graziano, Consigliere

Claudia Lattanzi, Consigliere

**IL PRESIDENTE,  
ESTENSORE  
Giuseppe Sapone**

IL SEGRETARIO