

## Subappalto all'impresa ausiliaria nel contratto di avvalimento e contratto di subappalto a terzi.

di Alessandro Costa

Data di pubblicazione: 12-2-2020

1. Deve escludersi poi che nel caso di specie si sia in presenza di una fattispecie di cessione del contratto d'appalto o di un subappalto totalitario delle attività previste nel contratto di avvalimento.

2. Nessuna violazione dell'art. 89, comma 8, del codice dei contratti pubblici è ravvisabile per il fatto che all'ausiliaria sia affidata una quota preponderante delle attività oggetto dell'appalto e finanche di quelle principali, mentre al concorrente residui la sola direzione e coordinamento di tali attività.

### Guida alla lettura

Con la pronuncia in commento la V Sezione del Consiglio di Stato diversifica l'ipotesi di **subappalto all'impresa ausiliaria nel contratto di avvalimento** da quella **dicontratto di subappalto a terzi**.

Nel prevedere che in caso di avvalimento l'appalto "è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati", la richiamata disposizione del codice dei contratti pubblici ha inteso affermare la regola secondo cui **l'unico responsabile dal punto di vista giuridico dell'esecuzione del contratto è il concorrente aggiudicatario e che le prestazioni in concreto svolte dall'ausiliaria sono comunque riconducibili all'organizzazione da esso predisposta per l'adempimento degli obblighi assunti nei confronti della stazione appaltante**(in termini Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2018, n. 1698).

Non è pertinente al riguardo neppure il richiamo all'istituto del subappalto previsto dall'art. 105 del codice dei contratti pubblici e ai limiti ad esso relativi (30% per cento "dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture", secondo la formulazione del comma 2 della disposizione richiamata applicabile *ratione temporis*, che peraltro deve ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 26 settembre 2019 in causa C-63/18 e 27 novembre 2019 in causa C-402/18).

**Il contratto di subappalto**, infatti, si diversifica chiaramente dalla precedente figura illustrata,

tenuto conto che esso dà luogo ad un contratto derivato, rilevante nella fase di esecuzione del rapporto, contraddistinto dal fatto che il rischio imprenditoriale ed economico inerente all'esecuzione delle prestazioni in esso previste è assunto dal subappaltatore attraverso la propria organizzazione, mentre il subappaltante rimane responsabile nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi di quanto previsto dall'art. 105, comma 8 d.lgs. n. 50 del 2016 (in termini, in relazione alla previgente disciplina di cui al codice dei contratti pubblici approvato con decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2015, n. 936, *Id.*, 16 aprile 2013, n. 2105; *Id.*, 26 marzo 2012, n. 1726).

La chiara differenza

**Il riferimento contenuto invece nell'art. 89, comma 8 cit. all'istituto del subappalto, relativamente alle prestazioni eseguite materialmente dall'ausiliario, è oggetto di una facoltà ("l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore"), destinata anch'essa ad operare nella fase di esecuzione del contratto e la cui concretizzazione postula l'assenso dell'amministrazione. Per questa ipotesi non è comunque previsto un limite quantitativo come nel caso del subappalto vero e proprio, ai sensi del sopra richiamato art. 105, comma 2, cit., ma è richiesto il solo rispetto del limite "dei requisiti prestati" dall'ausiliario. Ciò in coerenza con la finalità tipica dell'avvalimento, di utilizzo delle capacità tecniche ed economiche di terzi necessarie per qualificarsi nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, ed affinché all'impresa ausiliaria non siano in concreto affidate prestazioni eccedenti la propria capacità tecnica.**

Si tratta, dunque, di una diversità di disciplina che impedisce di operare una commistione tra i due istituti.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

**ha pronunciato la presente**

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6530 del 2019, proposto da Dussmann Service S.r.l. e Camst Soc. Coop. a r.l., entrambe in proprio e rispettivamente anche quali mandataria e mandante di Rti costituendo, in persona dei propri legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Mario Sanino, Alessandro Sciolla e Sergio Viale, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Mario Sanino in Roma, viale Parioli, n. 180;

***contro***

Comune di Alessandria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Sabrina Molinar Min, Roberto Calcagni e Cristiana Rossi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro soc. coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Perrone, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Barnaba Tortolini, n.30;

Artana Alimentare S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Alemanni, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Mediacenter Società Cooperativa Consortile, non costituita in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, Sezione Prima, n. 459 del 2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Alessandria, della Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro soc. coop. e di Artana Alimentare S.r.l.;

Visto l'appello incidentale di Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro soc. coop.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2019 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Sanino, Terranova su delega di Molinari, Palieri su delega di Alemanni, e Cintioli, su delega di Perrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Dussmann Service s.r.l., in proprio e quale mandataria del RTI costituendo con Camst Soc.Coop, nonché quest'ultima in qualità di mandante, hanno impugnato innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte l'aggiudicazione alla Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro della *"procedura aperta per l'affidamento della gestione del servizio di refezione presso le scuole dell'infanzia (statali e comunali), scuole primarie, scuole secondarie di primo grado e gli asili nido comunali, per il periodo dall'01/09/2018 al 31/07/2024"*, indetta dal Comune di Alessandria.

Con la sentenza segnata in epigrafe l'adito Tribunale ha respinto il ricorso.

Le predette società hanno chiesto la riforma di tale sentenza, deducendo i seguenti motivi:

1) impugnazione del capo della sentenza relativo al rigetto del primo motivo di ricorso: erroneità dell'impugnata sentenza per grave travisamento dei fatti, omessa valutazione e carenza motivazionale; violazione dell'art. 3 c.p.a. e del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato; contrasto con gli artt. 142, 144, 30, 83, 95 e 97 d.lgs. n. 50 del 2016 e con gli artt. 17 e 20.3 del Disciplinare di gara; violazione dei principi di par condicio, correttezza, affidabilità e serietà dell'offerta;

2) impugnazione del capo relativo al rigetto del secondo motivo di ricorso: erroneità della sentenza per contraddittorietà, travisamento, omessa valutazione e carenza motivazionale; violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato; contrasto con gli artt. 142, 30, 45, 48, 59, 89, 94, 95, 100 e 105 d.lgs. n. 50 del 2016, con l'art. 12 delle preleggi, con gli artt. 4, 7, 9, 11, 12, 20.1 e 28 del Disciplinare di gara e con l'art. 18 dello schema di contratto; violazione dell'art. 3 c.p.a.;

3) impugnazione del capo relativo al rigetto del terzo motivo di ricorso: erroneità della sentenza per travisamento, difetto di istruttoria, omessa valutazione, carenza motivazionale; violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato; contrasto tra giudicati; contrasto con l'art. 36 Cost., gli artt. 142, 30 e 97 d.lgs. n. 50 del 2016, dell'art. 29 d.lgs. n. 82 del 2008, del C.C.N.L. Pubblici esercizi/Ristorazione Collettiva, dell'art. 58 C.S.A.; violazione dei principi di par condicio e non discriminazione; violazione dell'art. 3 c.p.a.;

4) impugnazione del capo relativo al rigetto del quarto motivo di ricorso: erroneità della sentenza per travisamento, difetto di istruttoria, omessa valutazione, carenza motivazionale; violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato; contrasto con gli artt. 142, 80 e 89 d.lgs. n. 50 del 2016 e con gli artt. 6, 15 e 28 del Disciplinare; violazione art. 3 c.p.a.;

5) impugnazione del capo relativo al rigetto del quinto motivo di ricorso e della domanda risarcitoria: violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato; contrasto con l'art. 1 Dir. 89/665/CE, l'art. 24 Cost. e gli artt. 30 e 32 d.lgs. n. 50 del 2016; violazione dei principi di non discriminazione, par condicio e correttezza; violazione dell'art. 3 c.p.a.

Si sono costituiti per resistere all'appello il Comune di Alessandria, la Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro soc. coop. e Artana Alimentare S.r.l.

La Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro ha proposto, altresì, ricorso incidentale, deducendo:

I. *error in procedendo ed error in iudicando*; ingiustizia manifesta; violazione e falsa applicazione dell'art. 120, comma 2 bis, del d.lgs n. 104 del 2010;

II. violazione dell'art. 30, comma 2, 83, commi 2 e 6, 89, comma 1, e 100, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, violazione dell'art. 41 della Costituzione; violazione dei principi di non discriminazione, ragionevolezza, par condicio, proporzionalità dell'azione amministrativa.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 5 dicembre 2019 l'appello è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Le appellanti, nella qualità segnata in epigrafe, contestano la correttezza della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, sez. I, n. 459 del 2019, che ha respinto il loro ricorso per l'annullamento dell'aggiudicazione alla controinteressata della gara per l'affidamento del servizio di mensa scolastica per sei anni, del valore di circa 30 milioni di euro.

Il gravame in sintesi lamenta l'illegittimità dell'affidamento sotto diversi profili, sostenendo: l'illegittima modifica del costo del lavoro dell'offerta dell'aggiudicataria, modifica non ammessa perché il costo è elemento dell'offerta tecnica, come tale immodificabile, e che, per altra via, ne proverebbe l'incongruità, come si evincerebbe anche da altre incongruenze dell'offerta; l'inammissibile subappalto (senza dichiarazione ed in violazione del limite del 30%) del servizio di preparazione dei pasti affidato dalla società di cui l'aggiudicataria ha dichiarato di volersi avvalere (ai soli fini dell'utilizzo del centro di cottura); la mancanza dell'esclusiva disponibilità del predetto centro di cottura, utilizzato da altra società per un altro servizio, dunque non sarebbe in esclusiva disponibilità, in violazione della *lex specialis*; violazione della clausola sociale.

L'infondatezza nel merito dell'appello, consente di prescindere dall'esame delle preliminari eccezioni di irricevibilità e inammissibilità del gravame sollevate dalle parti appellate.

Con il primo motivo d'appello è dedotto l'erroneo rigetto della censura concernente l'illegittimità dell'omessa esclusione della Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro (S.E.L.) che aveva modificato in sede di giustificazione dell'offerta l'importo indicato quale costo della manodopera.

Deve ricordarsi al riguardo il consolidato orientamento giurisprudenziale per il quale nelle gare pubbliche, nel contraddittorio che va assicurato nel sub-procedimento di verifica dell'anomalia

dell'offerta in base alle pertinenti disposizioni del codice dei contratti pubblici, a fronte dell'immodificabilità dell'offerta sono tuttavia modificabili le relative giustificazioni, ed in particolare sono consentite giustificazioni sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2015, n. 2581). L'amministrazione ha l'obbligo di valutare la complessiva attendibilità dell'offerta consentendo eventuali compensazioni tra sovrastime e sottostime, anche qualora le stesse riguardino il costo della

manodopera (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 ottobre 2019, n. 7135).

Nel caso di specie dall'analisi della documentazione versata in atti emerge come, in sede di offerta, l'aggiudicataria abbia esposto un costo per la manodopera pari a € 840.915,91 mentre in sede di giustificazioni tale costo sia variato, in aumento, a € 868.874,60.

Ciò in quanto, come esplicitato nel corso delle giustificazioni, *“a copertura dei maggiori costi generati dal recente rinnovo contrattuale e in virtù dell'assenza delle nuove Tabelle Ministeriali, la Scrivente, in via del tutto prudenziale ha stimato un costo orario maggiorato del 3% rispetto alle Tabelle Ministeriali Aprile 2013, nonostante i propri costi orari siano inferiori”*, come puntualmente attestato nella determinazione dirigenziale 2 agosto 2018, n. 2312 con la quale è stata formulata la proposta di aggiudicazione.

Nelle seconde giustificazioni, S.E.L. ha rilevato che *“la mancata corrispondenza tra le ore indicate nella Tabella riportata nella nostra Risposta prot. N. 54159 del 10 luglio pari a 1.336,5 e le ore indicate in Offerta Tecnica e richiamate nella Tabella al punto 1 pari a 1.349 è data da un mero errore di calcolo Excel.*

*Il delta di differenza è pari a 12,5 ore settimanali. Valorizzando tali ore per le 34 settimane di servizio per il costo medio orario di un Liv. 6S pari a € 18,074 risulta un costo complessivo di € 7.681,45 che la Scrivente sosterrà in più annualmente.*

*Ne consegue che, il costo della Manodopera impiegata annualmente, passerà da € 868.874,60 a € 876.556,05’.*

Non risulta pertanto macroscopicamente illegittima la valutazione operata dall'amministrazione, in considerazione della estrema marginalità delle variazioni evidenziate che rappresentano lo 0,79% del valore complessivo dell'offerta annuale (€ 4.471.559,46 all'anno) e non sono idonee ad incidere sulla correttezza complessiva dell'offerta.

Con il secondo motivo si lamenta l'erroneo rigetto della censura con cui era stata contestata, sotto diversi profili, la mancata comprova, da parte dell'aggiudicataria, della esclusiva di un centro cottura: secondo le appellanti non sarebbe, innanzitutto, utilizzabile l'istituto dell'avvalimento ai fini di integrare il requisito di esecuzione in questione.

Al riguardo si osserva che il bando di gara al punto III.2.2 (*“Condizioni di esecuzione del contratto d'appalto”*) stabiliva che: *“l'offerente in sede di presentazione dell'istanza di*

*partecipazione dovrà impegnarsi irrevocabilmente a rendere disponibile un centro cottura avente le caratteristiche indicate nel capitolato prestazionale dal quindicesimo giorno antecedente a quello previsto per l'avvio dei servizi, e per tutta la durata del contratto, impegnandosi altresì a presentare, entro la data di stipula del contratto, i documenti preliminari (ovvero quelli già definitivi) che documentino la futura (o l'immediata) disponibilità del centro cottura, da intendersi questa in una qualsiasi delle forme previste per lo scopo dall'ordinamento".*

L'articolo 7.4 del disciplinare di gara disponeva inoltre che *"l'offerente in sede di presentazione dell'istanza di partecipazione dovrà impegnarsi irrevocabilmente a rendere disponibile un centro cottura avente le caratteristiche indicate nel capitolato prestazionale dal quindicesimo giorno antecedente a quello previsto per l'avvio dei servizi, e per tutta la durata del contratto, impegnandosi altresì a presentare, entro la data di stipula del contratto, i documenti preliminari".*

Ciò posto, non sussisteva alcun obbligo di *"dimostrare in sede di gara la disponibilità del centro cottura"*, essendo sufficiente una mera dichiarazione di impegno ad acquisirne la disponibilità per l'esecuzione della prestazione. Del resto è stato già ammesso che in un appalto avente ad oggetto il servizio di mensa la disponibilità di un centro di cottura sia suscettibile di avvalimento. Infatti è stato affermato che *"Ritiene il Collegio che il contratto di avvalimento (prodotto in atti) fosse idoneo a comprovare tale disponibilità, intesa come possibilità di utilizzare il centro cottura, sia sotto il profilo giuridico che nella realtà dei fatti: con esso infatti l'impresa ausiliaria (p.to 2) si impegnava espressamente a mettere a disposizione dell'avvalente il centro di cottura e le risorse necessarie, per l'intera durata delle obbligazioni contrattuali assunte dalla ditta avvalente"* (Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2018, n. 5047); ed ancora *"L'avvalimento non comporta alcuna consegna della struttura, oggetto del contratto, al raggruppamento ausiliato, né alcun suo utilizzo da parte di quest'ultimo. Il centro cottura resterà, infatti, in uso esclusivo alla ditta ausiliaria, unica titolata ad utilizzarlo in quanto anche titolare della relativa autorizzazione sanitaria. Conformemente all'insegnamento della giurisprudenza, sia comunitaria che nazionale, nel caso di avvalimento di un requisito di capacità tecnica, qual è un centro cottura per la produzione dei pasti, l'effettuazione di tutte le attività connesse al requisito oggetto di avvalimento deve infatti competere esclusivamente alla ditta ausiliaria, con il proprio personale e i propri mezzi. Tale principio è stato, da ultimo, espressamente codificato dall'art. 89, comma 9, d.lgs. n. 50/2016, che onera la Stazione appaltante, attraverso il RUP, a verificare in fase di esecuzione l'effettivo e diretto svolgimento delle prestazioni da parte dell'ausiliario, con le proprie risorse umane e i propri mezzi prestati"* (Tar Lazio, Roma, sez. I-bis, 07 febbraio 2017, n. 2093).

Quanto alla condizione di *"esclusiva disponibilità"* del centro, la stessa deve essere ragionevolmente intesa come necessità di un titolo giuridico per la sua disponibilità, e non come uso esclusivo dello stesso da parte dell'aggiudicatario: nel caso di specie la ditta ausiliaria ha la disponibilità esclusiva sul centro cottura, potendone godere e disporre in modo pieno ed esclusivo, il che integra la sussistenza dei presupposti che fondano la *ratio* sottesa alla scelta della stazione appaltante di richiedere la contestata esclusività.

Inoltre l'applicazione del principio di matrice eurounitaria di proporzionalità implica

un'interpretazione delle disposizioni in materia di avvalimento nel senso di non imporre all'impresa ausiliaria un obbligo di esclusiva nei confronti dell'impresa ausiliata.

Deve escludersi poi che nel caso di specie si sia in presenza di una fattispecie di cessione del contratto d'appalto o di un subappalto totalitario delle attività previste nel contratto di avvalimento.

Nessuna violazione dell'art. 89, comma 8, del codice dei contratti pubblici è ravvisabile per il fatto che all'ausiliaria sia affidata una quota preponderante delle attività oggetto dell'appalto e finanche di quelle principali, mentre al concorrente residui la sola direzione e coordinamento di tali attività. Nel prevedere che in caso di avvalimento l'appalto «è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati», la richiamata disposizione del codice dei contratti pubblici ha inteso affermare la regola secondo cui l'unico responsabile dal punto di vista giuridico dell'esecuzione del contratto è il concorrente aggiudicatario e che le prestazioni in concreto svolte dall'ausiliaria sono comunque riconducibili all'organizzazione da esso predisposta per l'adempimento degli obblighi assunti nei confronti della stazione appaltante (Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2018, n. 1698).

Non è pertinente al riguardo neppure il richiamo all'istituto del subappalto previsto dall'art. 105 del codice dei contratti pubblici ed ai limiti ad esso relativi (30% per cento «dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture», secondo la formulazione del comma 2 della disposizione richiamata applicabile *ratione temporis*, che peraltro deve ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea del 26 settembre 2019 (C-63/18) e 27 novembre 2019 (C-402/18). Il subappalto dà infatti luogo ad un contratto derivato, rilevante nella fase di esecuzione del rapporto, contraddistinto dal fatto che il rischio imprenditoriale ed economico inerente all'esecuzione delle prestazioni in esso previste è assunto dal subappaltatore attraverso la propria organizzazione, mentre il subappaltante rimane responsabile nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi di quanto previsto dall'art. 105, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 (in termini, in relazione alla previgente disciplina di cui al codice dei contratti pubblici approvato con decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, cfr. Cons. Stato, V, 25 febbraio 2015, n. 936, 16 aprile 2013, n. 2105, 26 marzo 2012, n. 1726).

Il riferimento contenuto invece nell'art. 89, comma 8, del codice dei contratti pubblici all'istituto del subappalto, relativamente alle prestazioni eseguite materialmente dall'ausiliario, è oggetto di una facoltà («l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore»), destinata anch'essa ad operare nella fase di esecuzione del contratto e la cui concretizzazione postula l'assenso dell'amministrazione. Per questa ipotesi non è comunque previsto un limite quantitativo come nel caso del subappalto vero e proprio, ai sensi del sopra richiamato art. 105, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, ma è richiesto il solo rispetto del limite «dei requisiti prestati» dall'ausiliario. Ciò in coerenza con la finalità tipica dell'avvalimento, di utilizzo delle capacità tecniche ed economiche di terzi necessarie per qualificarsi nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, ed affinché all'impresa ausiliaria non siano in concreto affidate prestazioni eccedenti la propria capacità tecnica.

Si tratta di una diversità di disciplina per i profili di interesse nel presente giudizio che impedisce di operare una commistione tra i due istituti, così che le censure vanno respinte (Cons. Stato, sez. V, 17 dicembre 2019, n. 8535).

Con il terzo motivo le appellanti hanno impugnato il capo della sentenza che ha respinto la doglianza con cui era stata dedotta l'illegittimità dell'art. 58 C.S.A laddove prevede che l'obbligo di riassunzione del personale debba essere armonizzato con l'organizzazione dell'imprenditore subentrante: a loro avviso la disposizione della *lex specialis* si porrebbe in contrasto con il CCNL di settore, il quale prevede l'obbligo di riassunzione del personale in caso di cambio appalto, senza ammettere deroghe connesse all'organizzazione della subentrante.

Sul tema dell'interpretazione delle clausole sociali deve richiamarsi il recentissimo precedente della Sezione che, con riferimento a clausole analoghe a quella inserita negli atti della gara di specie, ha osservato che *"la clausola sociale contenuta nel disciplinare di gara (va) formulata in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario, formulata in questi termini, è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa secondo la quale l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; III, 30 gennaio 2019, n. 750; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255)"* (Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6148).

L'appaltatore subentrante non è pertanto obbligato ad assumere tutto il personale in forza al gestore uscente, né lo stesso ha l'obbligo di applicare ai lavoratori esattamente le stesse mansioni e qualifiche che avevano alle dipendenze del precedente datore di lavoro. Invero, l'onere di riassorbimento del personale, oggetto della clausola sociale, è legittimo solo se alla stessa viene attribuita un'interpretazione che rispetti le scelte organizzative dell'imprenditore.

Dalla documentazione versata in atti non emergono, inoltre, illogiche o incongrue sottostime dell'offerta in ordine al costo del personale.

Con il quarto motivo è censurato sia il provvedimento di ammissione alla gara dell'aggiudicataria che le risultanze del procedimento di verifica dei requisiti generali in capo alla società ausiliaria Artana. La censura è infondata, atteso che dalla documentazione prodotta dalla stazione appaltante risulta che il r.u.p. ha effettuato gli opportuni controlli su tutti i soggetti risultanti dalla visura storica della Artana, sia per la sede legale di Roma che per la sede secondaria di Alessandria, senza rilevare criticità in ordine al possesso dei requisiti di moralità. Il r.u.p. ha, invero, acquisito il 3 agosto 2018 la visura storica di unità locale o secondaria rilasciata dalla CCIAA di Alessandria per la Ditta Artana Alimentare S.r.l. e il 16 agosto successivo la visura camerale rilasciata dalla CCIAA di Roma per la sede legale di Roma, dalle quali non sono emersi soggetti nei cui confronti fosse necessario attivare il

controllo del possesso dei requisiti di moralità a norma dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016.

La quinta doglianza è rivolta nei confronti della nota del Comune di Alessandria del 10 settembre 2018, con cui l'amministrazione ha manifestato l'intenzione di procedere con l'esecuzione in via d'urgenza del servizio.

La censura è palesemente infondata, in considerazione delle esigenze di urgenza connesse all'inizio dell'anno scolastico, una volta accertata l'impossibilità di procedere alla proroga del servizio con il precedente gestore, il quale aveva cessato la propria attività l'1 agosto 2018, ossia in data antecedente all'aggiudicazione del servizio.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello principale va respinto.

Ne consegue la carenza di interesse alla decisione dell'appello incidentale che va dichiarato improcedibile.

Sussistono, tuttavia, in relazione alle complessità della controversia, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale, come in epigrafe proposto, lo respinge. Dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

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