

N. 05725/2013REG.PROV.COLL.
N. 06397/2012 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6397 del 2012, proposto da:

Ladisa Spa, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde N.2;

contro

Ministero della Giustizia - Provveditorato Regionale Amministrazione Penitenziaria della Puglia, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, alla Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliato per legge;

nei confronti di

Rag. Pietro Guarnieri - Figli Srl;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. della PUGLIA – Sede di BARI - SEZIONE I n. 01571/2012, resa tra le parti, concernente affidamento

servizio di ristorazione per le mense obbligatorie del personale della Polizia penitenziaria - ris.danni – m.c.p.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia - Provveditorato Regionale Amministrazione Penitenziaria della Puglia;

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 5 novembre 2013 il Cons. Fabio Taormina e uditi per le parti l' Avvocato Clarizia e l'Avvocato dello Stato Bruni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso di primo grado l'odierna appellante Ladisa s.p.a., aveva impugnato, chiedendone l'annullamento, il bando di gara pubblicato il 5 marzo 2012, avente ad oggetto l'appalto del servizio di ristorazione per le mense obbligatorie del personale della Polizia penitenziaria, nelle sedi di servizio della circoscrizione della Regione Puglia, il verbale del 30 maggio 2012 di aggiudicazione definitiva alla Ditta Rag. Pietro Guarnieri - Figli s.r.l., ed aveva chiesto l'accertamento dell'inefficacia del contratto di appalto e del diritto della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione ovvero, in via subordinata il risarcimento per equivalente del danno ingiustamente subito per la mancata aggiudicazione dell'appalto.

Aveva dedotto i vizi di violazione di legge e di eccesso di potere sotto vari profili.

Il primo giudice, all'adunanza camerale del giorno 25 luglio 2012 fissata per la delibazione dell'incidente cautelare, ha definito la causa nel merito ed ha respinto il ricorso previo partito esame delle tre macrodoglianze proposte dalla odierna appellante.

In particolare, Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Sede di Bari – ha affermato la infondatezza della prima doglianza alla luce della dimostrazione fornita dall'aggiudicataria in ordine al proprio possesso del requisito di capacità economica e finanziaria previsto dal paragrafo III.2.2. del bando (in particolare, le tabelle e le pagg. 1 - 4 della relazione esplicativa depositata in giudizio il 19 luglio 2012 dall'Avvocatura dello Stato, dalle quali si poteva desumere che la Ditta Rag. Pietro Guarnieri - Figli s.r.l. aveva realizzato nell'ultimo triennio un fatturato sufficiente ad integrare il requisito, calcolato sulla base della quota di partecipazione ai rispettivi raggruppamenti temporanei d'impresе, negli appalti presso i Provveditorati di Calabria e Sicilia).

Quanto alla seconda censura - con la quale si era lamenta la mancata esclusione dell'impresa aggiudicataria per anomalia dell'offerta- ad avviso del primo giudice la censura doveva essere disattesa in quanto l'Amministrazione – nell'ambito della propria lata discrezionalità in materia- aveva congruamente motivato il giudizio di affidabilità in relazione al monte ore preventivato dall'aggiudicataria, (anche tenendo conto della prevista riduzione della media giornaliera dei pasti da erogare nella misura del 24,6%); in ogni caso costituiva giustificazione plausibile la dimostrata disponibilità di un centro automatizzato di lavorazione per carni, salumi e formaggi, dotato delle attrezzature necessarie per il confezionamento sottovuoto di tali prodotti, che avrebbe consentito la riduzione del

fabbisogno di manodopera.

In ultimo, ha affermato che il paragrafo 6.1. del capitolato tecnico non era univoco nel senso di obbligare l'aggiudicataria ad assumere e destinare il personale dell'impresa cessante allo stesso appalto.

Previo richiamo dei principi contenuti nella decisione del Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2009 n. 3848, il primo giudice ha comunque affermato che la lex specialis di gara doveva essere interpretata in conformità ai principi, aventi rilevanza costituzionale e comunitaria, di autonomia imprenditoriale e tutela della concorrenza, in modo da consentire alla ditta aggiudicataria di rispettare la cosiddetta "clausola sociale" e gli obblighi discendenti dalla contrattazione collettiva di settore anche assegnando i lavoratori a compiti e rami d'azienda differenti, purché venga garantito il mantenimento delle loro condizioni economiche e contrattuali.

L'odierna appellante ha proposto una articolata critica alla sentenza in epigrafe chiedendone la riforma previa sospensione della esecutività, in quanto errata.

Ha in proposito evidenziato che con il primo motivo di censura del mezzo di primo grado si era rimarcato che l'aggiudicataria non aveva dimostrato il possesso del requisito di capacità economica e finanziaria previsto dal paragrafo III.2.2. del bando in quanto aveva indicato le forniture per servizi analoghi nell'ultimo triennio omettendo di rilevare che dette commesse in Sicilia e Calabria erano state eseguite in associazione temporanea con altre imprese e non specificando le quote di servizio dalla stessa svolte e il fatturato pro quota conseguito.

L'indicazione, quindi, era carente sotto il profilo formale e non poteva essere recepita facendo riferimento ad un criterio "sostanzialistico" per cui

la Ditta Rag. Pietro Guarnieri - Figli s.r.l. aveva realizzato nell'ultimo triennio un fatturato pari a € 7.710.559,54 sufficiente ad integrare il requisito minimo (€ 3.006.724,00) previsto dal bando.

Peraltro la Ditta Rag. Pietro Guarnieri - Figli s.r.l. aveva indicato un fatturato realizzato nell'ultimo triennio pari ad € 11.477.499,59, mentre la verifica dell'amministrazione era approdata ad un importo minore (e pari appunto a € 7.710.559,54). La circostanza che detto fatturato fosse sufficiente ad integrare il requisito previsto dal bando non poteva impedire che comunque l'impresa avrebbe dovuto essere esclusa per avere reso una dichiarazione non veritiera (a tacere del fatto che le dichiarazioni presentavano incongruenze e che la verifica sull'Ati svolta dall'Amministrazione aveva riguardato soltanto le commesse ottenute in Sicilia, e non anche quelle ottenute in Calabria, come inesattamente affermatosi nella sentenza di primo grado).

Inoltre il Tar non si era pronunciato sul profilo della censura volto a denunciare la insufficienza e genericità delle dichiarazioni rese dall'aggiudicataria.

Con la seconda censura l'appellante ha ribadito la tesi secondo cui l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere dichiarata anomala ed ha criticato il capo di sentenza reiettivo sul punto sostenendo che l'equazione "riduzione pasti = riduzione monte ore lavorativo" affermata dall'Amministrazione e recepita dal primo giudice fosse del tutto erronea.

Inoltre il Tar non si era pronunciato sul profilo della censura volto a denunciare la omessa osservanza della prescrizione di cui al punto 6.1. del Capitolato.

L'appellante ha reiterato la richiesta di risarcimento del danno in forma

specifica (immissione nella esecuzione dell'appalto in vece dell'aggiudicataria) ovvero, in via subordinata, per equivalente.

Con decreto n. 6397/2012 reso dal Presidente della Quarta Sezione del Consiglio di Stato il 28.12.2012 l'esecutività della sentenza è stata sospesa sino alla discussione in camera di consiglio dell'istanza cautelare, che è stata fissata al 16 ottobre 2012

Alla camera di consiglio del 16 ottobre 2012 la trattazione della causa è stata rinviata al merito.

L'appellata amministrazione ha depositato una memoria difendendo il proprio operato e chiedendo la reiezione dell'appello: ha in proposito affermato – quanto all'asserito omesso rispetto della “clausola di solidarietà” da parte della Guarneri che, semmai, era stata l'odierna appellante ad aumentare ingiustificatamente il numero delle unità occupate, in prossimità della scadenza dell'appalto (peraltro producendo documentazione dimostrativa della contraddittorietà di tale modo di procedere rispetto ad altre manifestazioni d'intenti nell'ambito delle quali aveva invece chiesto che si procedesse ad una riduzione del personale impiegato).

L'appellante ha depositato una memoria conclusionale insistendo nelle proprie difese e confutando la memoria dell'Amministrazione e, con ulteriore nota difensiva ha riepilogato le proprie difese facendo risaltare la tardività della memoria in ultimo depositata dall'Amministrazione.

Alla odierna pubblica udienza del 5 novembre 2013 la causa è stata posta in decisione dal Collegio.

DIRITTO

1. Ritiene il Collegio doversi affermare la parziale fondatezza dell'appello

nei termini di cui alla motivazione che segue.

2. Il primo motivo di censura non appare fondato.

L'autodichiarazione (si veda art. 41 co. 1 lett. c del d.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163: “dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi.”) prodotta da parte appellata (seppur esuberante sotto il profilo quantitativo rispetto alla cifra stabilita dalla verifica della stazione appaltante) ha consentito di accertare che comunque l'impresa aggiudicataria possedeva il predetto requisito, con un margine più che doppio rispetto alla cifra richiesta.

Posto che l'appellante non ha provato – ma neppure allegato, per il vero – che eventualmente sottraendo le commesse ottenute in Calabria dall'aggiudicataria il fatturato della stessa sarebbe sceso sino al di sotto della soglia necessaria per integrare il requisito partecipativo (evenienza, per il vero, che appare *ictu oculi* impossibile) ne discende che la discrasia sulla cifra indicata dalla ditta predetta (ove non integrante mero errore) al più rientrerebbe nel concetto di falso innocuo non idoneo a determinarne l'esclusione in quanto la stessa – lo si ripete – a tutto concedere aveva realizzato un fatturato più che doppio di quello necessario per partecipare alla gara.

E ciò anche nell'ipotesi in cui alla “discrasia” predetta dovesse applicarsi il “regime” delle dichiarazioni mendaci previsto ex art. 38 comma 1 lett. h) del d.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

Vengono confusamente denunciate da parte dell'appellante: inesattezze; genericità; dichiarazioni non veritiere.

Senonché, non pare al Collegio che le censure suddette presentino elementi di fondatezza: l'appellata non aveva né ragione, né motivo di prospettare una situazione artefatta posto che – come non contestato neppure da parte appellante- certamente possedeva il prescritto requisito.

Non c'è mendacio quindi, né dolo, nella suddetta indicazione, ma semmai si può convenire con la tesi secondo cui dette dichiarazioni furono presentate in termini approssimativi ed in parte confusionari.

In effetti, la verifica in ordine al possesso del predetto requisito di ordine generale deve necessariamente seguire un criterio sostanzialistico e sarebbe ben incongruo e contrario alla ratio e alla lettera della legge che, a cagione di una indicazione esuberante rispetto a quella richiesta, ovvero contenente elementi errati/non pertinenti, etc, la ditta offerente venisse considerata versare in una situazione di irregolarità tale da determinare l'attivazione di misure espulsive.

Id est: laddove una offerente non inserisca un dato rilevante, e quindi la propria domanda sia viziata per carenza di indicazione di un dato che, pur pacificamente esistente, laddove computato, le avrebbe consentito di raggiungere la soglia integrante il requisito, ben si potrebbe dubitare dell'attivabilità del cd. “potere di soccorso” da parte della stazione appaltante in quanto risulterebbe nella eterointegrazione di un dato quantitativamente insufficiente, con violazione della par condicio.

Non così, invece, allorché si “depuri” una indicazione comunque sufficiente da elementi erroneamente indicati, ma comunque ultronei: in tale caso non può ravvisarsi né alcuna irregolarità determinante, né può affermarsi essere stato esercitato alcun potere di soccorso. La ditta offerente aveva indicato una cifra che, comunque, era idonea a farle

raggiungere la soglia richiesta dal bando, e la inesatta indicazione di ulteriori elementi non integra alcuna irregolarità.

La censura appare palesemente destituita di fondamento: la circostanza che l'appellata non avesse indicato le quote di partecipazione nelle Associazioni temporanee di imprese che avevano eseguito alcune commesse non appare in alcun modo dirimente, posto che il dato poteva ricavarsi (come è in effetti avvenuto) mediante un accertamento ex post che non integra affatto integrazione di documentazione, e neppure "soccorso", ma semplice verifica di un dato che, comunque indicato, si è dimostrato ben più che sufficiente rispetto alla richiesta contenuta nel bando.

3. Ritiene adesso il Collegio di passare ad esaminare la seconda doglianza prospettata da parte appellante.

3.1. In primo grado (ma anche nell'odierno grado di giudizio) essa è stata prospettata in termini aggregati.

E' stata infatti, da un canto, censurata l'omessa declaratoria di anomalia della offerta presentata da parte appellata, sotto un triplice profilo:

- a) riduzione del personale rispetto a quello impiegato in passato dall'appellante per la esecuzione del medesimo servizio (nove unità di personale in meno);
- b) riduzione del monte-ore di attività dei propri dipendenti deputati alla esecuzione dell'appalto (asseritamente a cagione della disponibilità di centri di lavorazione per carne, salumi, e formaggi, che avrebbero consentito di operare anche con prodotti sottovuoto, riducendo la tempistica necessaria alla esecuzione dell'appalto);
- c) omesso calcolo di numerosi costi che l'impresa avrebbe dovuto necessariamente sostenere.

Per altro verso la prima articolazione dimostrativa della asserita anomalia dell'offerta, poi (id est: la denunciata riduzione del personale rispetto a quello impiegato in passato dall'appellante per la esecuzione del medesimo servizio – e pari a nove unità di personale in meno -) è stata anche censurata sotto uno specifico e diverso profilo.

Secondo la critica appellatoria, infatti, risulterebbe in tal modo violata la disposizione di cui al punto 6.1. del capitolato speciale di gara che dettava una disciplina identica a quella prevista dall'art. 329 del CCNL vigente nel settore (“ la gestione subentrante assumerà tutto il personale addetto, in quanto regolarmente iscritto da almeno tre mesi sui libri paga-matricola della Gestione uscente, riferiti all'unità produttiva interessata, con facoltà di esclusione del personale che svolge funzioni di direzione esecutiva, di coordinamento e controllo dell'impianto nonché dei lavoratori di concetto e/o degli specializzati provetti con responsabilità di coordinamento tecnico funzionale nei confronti di altri lavoratori. I lavoratori in contratto di formazione e lavoro, fatte salve le disposizioni di legge, verranno parimenti assunti in contratto di formazione e lavoro restando a carico della gestione subentrante l'effettuazione del periodo di formazione e lavoro mancante rispetto al termine fissato dall'azienda cedente”) ed alla disposizione di cui all'art. 30 della legge regionale della Puglia n. 4 del 2010 (recante Modifiche all'articolo 25 della L.R. n. 25/2007 che così prevede: “L'articolo 25 - Utilizzo personale imprese appaltatrici- della L.R. n. 25/2007 è sostituito dal seguente:Utilizzo personale imprese appaltatrici e società strumentali.

“1. Fatte salve le previsioni della contrattazione collettiva, ove più favorevoli, la Regione, gli enti, le aziende e le società strumentali della Regione Puglia devono prevedere nei bandi di gara, negli avvisi e, in ogni

caso, nelle condizioni di contratto per l'affidamento di servizi l'assunzione a tempo indeterminato 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.

2. Le previsioni di cui al presente articolo si applicano in misura proporzionale alla quantità di servizi appaltati.

3. I vincoli di cui ai commi 1 e 2, a integrazione di quanto previsto dalla Delib.G.R. 15 dicembre 2009, n. 2477 (Modifiche e integrazioni alla Delib.G.R. 5 maggio 2009, n. 745 – Criteri e procedure per l'attivazione dell'istituto dell'in house providing - Linee guida per la costituzione, attivazione e gestione delle società strumentali alle attività delle aziende sanitarie ed enti pubblici del servizio sanitario regionale di Puglia), devono comprendere anche le attività che costituiscono compito diretto di tutela della salute, comprese le attività di supporto strumentale delle imprese appaltatrici.

4. Le previsioni di cui al comma 1 si applicano anche nel caso di affidamento dei servizi in favore di società strumentali costituite dalla Regione, dagli enti o dalle aziende della Regione Puglia e tra società strumentali della Regione, degli enti o delle aziende della Regione Puglia, nei limiti del fabbisogno di personale da adibire effettivamente allo svolgimento dei servizi affidati.

5. Il presente articolo non si applica ai dirigenti. Rientrano nell'applicazione del presente articolo i soci di cooperative di lavoro che non abbiano funzioni direttive a condizione che abbiano espressamente rinunciato o ceduto le quote di partecipazione alla cooperativa all'atto dell'assunzione presso la nuova impresa; in ogni caso, l'assunzione dei soci di cui al

presente comma avviene solo dopo l'assunzione del personale dipendente della cooperativa.

6. Il servizio svolto dai volontari delle associazioni di volontariato convenzionate con le aziende sanitarie per il servizio di emergenza urgenza sanitaria 118 deve essere valutato nell'ambito delle selezioni di evidenza pubblica per il reclutamento di personale per il servizio di emergenza urgenza 118.»..)

3.2. Ritiene il Collegio di iniziare la propria disamina proprio da tale ultima articolazione della censura che, nell'economia del motivo d'appello, assume valenza pregiudiziale sotto il profilo logico

Essa, come accennato, denuncia l'omessa osservanza da parte dell'aggiudicataria appellata di una disposizione del bando (punto 6.1. del capitolato speciale di gara) ed è corroborata dal post-factum (in forza del quale è stata in prima battuta proposta tutela cautelare poi rinunciata) rappresentato dalla circostanza che l'appellata non avrebbe effettivamente assunto il personale impiegato dalla appellante Ladisa Spa alle proprie dipendenze (né eventualmente adibendolo allo stesso servizio né ad altre attività svolte dall'azienda).

L'appellante ha infatti depositato documentazione rimasta incontestata, dalla quale si evince che non tutto il personale alle dipendenze della precedente affidataria del servizio (la Ladisa spa) venne assunto dalla Guarneri spa aggiudicataria, neppure per essere adibito ad altra attività (vedasi verbale riproduttivo di contratto di solidarietà tra la ditta Guarneri, le OOSS e la Regione del 15 gennaio 2013 versato in atti).

Come rilevato, il Tribunale amministrativo ha escluso la fondatezza della censura sulla scorta di due concorrenti affermazioni.

E' dato leggere infatti, nella censurata decisione, che "il paragrafo 6.1. del capitolato tecnico non era univoco nel senso di obbligare l'aggiudicataria ad assumere e destinare il personale dell'impresa cessante allo stesso appalto,". Secondariamente, è stato richiamato un recente arresto di questo Consiglio di Stato (sez. V, 16 giugno 2009 n. 3848) affermandosi che "la lex specialis di gara va interpretata in conformità ai principi, aventi rilevanza costituzionale e comunitaria, di autonomia imprenditoriale e tutela della concorrenza, in modo da consentire alla ditta aggiudicataria di rispettare la cosiddetta "clausola sociale" e gli obblighi discendenti dalla contrattazione collettiva di settore anche assegnando i lavoratori a compiti e rami d'azienda differenti, purché venga garantito il mantenimento delle loro condizioni economiche e contrattuali".

L'appellante contesta tale statuizione sotto due diversi angoli prospettici affermando che il paragrafo 6.1. del capitolato tecnico non era affatto equivoco, ma dettava una disciplina identica a quella prevista dall'art. 329 del CCNL vigente nel settore ed alla disposizione di cui all'art. 30 della legge regionale della Puglia n. 4 del 2010; sotto altro profilo, evidenzia che l'appellata non aveva mai dichiarato che avrebbe assunto tutto il personale sinora impiegato dalla Ladisa nell'appalto (eventualmente destinandolo ad altro ramo di azienda) e che, in sostanza, il primo giudice non si era soffermato sulla censura relativa alla violazione della lex specialis illegittimamente "accorpandola" alla doglianza sulla anomalia dell'offerta.

3.3. Ritiene il Collegio di rammentare sul punto che l'invocato art. 329 del CCNL vigente nel settore così dispone: "La gestione subentrante assumerà tutto il personale addetto, in quanto regolarmente iscritto da almeno tre mesi sui libri paga-matricola della Gestione uscente, riferiti all'unità

produttiva interessata, con facoltà di esclusione del personale che svolge funzioni di direzione esecutiva, di coordinamento e controllo dell'impianto nonché dei lavoratori di concetto e/o degli specializzati provetti con responsabilità di coordinamento tecnico funzionale nei confronti di altri lavoratori. I lavoratori in contratto di formazione e lavoro, fatte salve le disposizioni di legge verranno parimenti assunti in contratto di formazione e lavoro restando a carico della gestione subentrante l'effettuazione del periodo di formazione e lavoro mancante rispetto al termine fissato dall'azienda cedente."

L'art. 30 della legge regionale della Puglia n. 4 del 2010 così prevedeva nella parte di interesse: "1. Fatte salve le previsioni della contrattazione collettiva, ove più favorevoli, la Regione, gli enti, le aziende e le società strumentali della Regione Puglia devono prevedere nei bandi di gara, negli avvisi e, in ogni caso, nelle condizioni di contratto per l'affidamento di servizi l'assunzione a tempo indeterminato 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.

2. Le previsioni di cui al presente articolo si applicano in misura proporzionale alla quantità di servizi appaltati.

3. I vincoli di cui ai commi 1 e 2, a integrazione di quanto previsto dalla Delib.G.R. 15 dicembre 2009, n. 2477 (Modifiche e integrazioni alla Delib.G.R. 5 maggio 2009, n. 745 – Criteri e procedure per l'attivazione dell'istituto dell'in house providing - Linee guida per la costituzione, attivazione e gestione delle società strumentali alle attività delle aziende sanitarie ed enti pubblici del servizio sanitario regionale di Puglia), devono comprendere anche le attività che costituiscono compito diretto di tutela

della salute, comprese le attività di supporto strumentale delle imprese appaltatrici.

4. Le previsioni di cui al comma 1 si applicano anche nel caso di affidamento dei servizi in favore di società strumentali costituite dalla Regione, dagli enti o dalle aziende della Regione Puglia e tra società strumentali della Regione, degli enti o delle aziende della Regione Puglia, nei limiti del fabbisogno di personale da adibire effettivamente allo svolgimento dei servizi affidati.”.

Il paragrafo 6.1. del capitolato tecnico, a propria volta, faceva riferimento agli obblighi nascenti dalla contrattazione collettiva (“il fornitore, per quanto attiene al personale addetto ai servizi di ristorazione alle dipendenze dell’eventuale gestore applicherà quanto previsto negli Accordi Nazionali di Categoria e negli Accordi integrativi), di guisa che il Collegio dissente dalla prima affermazione contenuta nella motivazione della impugnata decisione: la clausola predetta del capitolato sia pure per relationem non aveva affatto un significato equivoco.

3.3.1. Neppure può dirsi che essa sia stata sostanzialmente e prima ancora formalmente rispettata dall’aggiudicatario appellato.

E’ ben noto al Collegio – che ne condivide l’approdo ermeneutico - che la “clausola sociale” dell’obbligo di continuità nell’assunzione sia stata interpretata dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato “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 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. (Cons. Stato sez. V, 16 giugno 2009 n. 3848 che in motivazione descrive il sistema come formato da "regole flessibili").

3.3.2. Purtuttavia deve osservarsi che una volta che la detta clausola sia stata richiamata dal bando, essa assume portata cogente, sia per gli offerenti che per l'Amministrazione.

3.3.3. Ciò implica che l'offerente non possa obliarne la portata riducendo ad libitum il numero di unità impiegate nell'appalto cui rapportare il servizio; ovvero, a tutto concedere, avuto riguardo alla condivisibile tesi giurisprudenziale prima menzionata potrebbe così operare, chiarendo però il formale rispetto della detta prescrizione, richiamando la "flessibilità" affermata dal diritto vivente, e disponendo che le unità assunte vadano adibite ad altre mansioni e servizi.

In alternativa, è d'uopo la impugnazione della detta clausola del bando, quale norma "interposta", sulla scorta del convincimento che il numero di unità fino a quel momento adibito al servizio sia incongruo, sovrabbondante, etc.

Ciò implica altresì che l'Amministrazione che ha inserito nel bando la predetta clausola non sia svincolata dal pretenderne l'osservanza da parte degli offerenti a cagione del convincimento che il numero di unità fino a quel momento adibito al servizio sia incongruo, sovrabbondante etc.

3.4. Nell'ambito dell'odierna causa l'aggiudicataria non ebbe mai a gravare la detta clausola del bando né ebbe ad impugnarla, per quel che risulta, in altro separato giudizio. Ne consegue che essa avrebbe dovuto rispettarla.

3.4.1. Parimenti, non può non rilevarsi la inconferenza delle argomentazioni

esposte dall'Amministrazione nella propria memoria conclusionale in ultimo depositata, rispetto all'oggetto del contendere.

Ivi infatti l'amministrazione appellata con una prima memoria (degli scritti in ultimo depositati non può tenersi conto in quanto tardivi) adombra che l'appellante Ladisa "dolosamente" incrementasse le assunzioni di personale negli ultimi tre mesi, (peraltro producendo documentazione dimostrativa della contraddittorietà di tale modo di procedere rispetto ad altre manifestazioni d'intenti nell'ambito delle quali essa aveva invece chiesto che si procedesse ad una riduzione del personale impiegato).

Senonché è agevole riscontrare che tali circostanze avrebbero dovuto semmai formare oggetto di esame antecedentemente alla pubblicazione del bando, ed in costanza di rapporto con la Ladisa, ma non possono essere utilmente invocate per pervenire ad una "disapplicazione" della detta clausola.

3.4.2. Né dicasi – per prevenire una agevole quanto infondata obiezione logica prospettabile, seppur non svolta- che la condotta della aggiudicataria (omessa assunzione del personale anche destinandolo ad altro ramo d'azienda) costituisca in realtà un post-factum rispetto all'aggiudicazione ed una condotta di natura "esecutiva", al più rilevante per la intrapresa di eventuali azioni di risoluzione del contratto stipulato (che comunque, come è noto, sfuggirebbero alla cognizione di questo plesso giurisdizionale in ossequio agli ordinari criteri di riparto).

3.4.3. Ciò avrebbe potuto predicarsi, a tutto concedere, laddove la richiamata clausola 6.1. – che dispone nei termini affatto inequivoci di cui si è detto - non fosse stata materialmente inserita nel bando.

Una volta che essa era invece ivi materialmente inserita, l'Amministrazione

avrebbe dovuto verificarne l'osservanza e, in sede di verifica dell'anomalia, evidenziare che l'offerta dell'aggiudicataria non era parametrata al numero di unità di personale uscente che costituiva elemento oggettivo del rapporto che (per volontà dell'Amministrazione, lo si ripete) assumeva natura essenziale e conseguentemente concludere negativamente per la ditta la verifica di anomalia escludendola: ciò in relazione ad una violazione del capitolato che, ancorché non direttamente sanzionata con effetti espulsivi, si riverbera sull'attendibilità dell'offerta in relazione ad un elemento (numero di unità da assumere) che – per volere dell'Amministrazione- era fisso ed immutabile.

L'offerente non lo ha rispettato, né ha disposto l'assunzione destinando il personale esuberante ad altri servizi; ad abundantiam la difesa dell'appellante ha provato che ciò non è avvenuto neppure in seguito, prescindendo dalla circostanza che nessuna indicazione di tale evenienza era stata resa nella domanda di partecipazione recante l'offerta.

A questo punto, l'offerta complessiva è anomala per tabulas e resa in violazione del bando, proprio perché in complesso inattendibile in quanto collidente con una prescrizione (numero di unità di personale da adibire o comunque da assumere, e correlativo monte ore da rispettare) inimpugnata e, pertanto, immodificabile.

3.5. Alla stregua delle superiori considerazioni, e sotto l'assorbente profilo finora individuato, l'appello deve essere accolto, con conseguente riforma della decisione di prime cure, ed annullamento degli atti gravati e, posto che le offerenti rimaste in gara erano soltanto due, da tale statuizione discende la conseguenza che l'aggiudicazione avrebbe dovuto essere disposta in favore della odierna appellante.

4. Dall'accoglimento del mezzo di primo grado, discende l'obbligo per il Collegio di vagliare il petitum risarcitorio, tenendo conto –ovviamente – degli accadimenti medio tempore verificatisi.

4.1. L'appellante ha chiesto in via principale il risarcimento in forma specifica, anche mediante eventuale declaratoria di inefficacia del contratto e/o subentro nel contratto in corso di esecuzione (così soddisfacendo l'onere imposto da qualificata giurisprudenza: Cons. Giust. Amm. Sic., 25-02-2013, n. 276 “nell'ambito dei giudizi introdotti dopo la entrata in vigore del D.Lgs. n. 53 del 2010 sussiste un onere per l'impresa ricorrente di chiedere in sede di impugnazione dell'atto di aggiudicazione anche la pronunzia di inefficacia del contratto e di subentro nello stesso. Viceversa, in tutti gli altri casi, in cui l'azione di annullamento è stata introdotta precedentemente al citato D.Lgs. n. 53, resta fermo il potere del giudice di accertare in sede di ottemperanza l'inefficacia del contratto, tenendo conto dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e di subentrare nel contratto“) e soltanto in via subordinata il risarcimento per equivalente.

4.2. Osserva in proposito il Collegio che non appare dubbio che – avuto riguardo ai vizi della fase evidenziale riscontrati, la fattispecie concreta appartenga alla giurisdizione di questo plesso (arg. ex Cass. civ. Sez. Unite, 29-07-2013, n. 18190); che è incontestato che il rapporto oggetto della procedura evidenziale ha durata di mesi 30 e che l'originaria aggiudicataria ha avviato il servizio in data 1 ottobre 2012.

Rammenta altresì che, per costante insegnamento giurisprudenziale (Cons. Stato Sez. III, 25-06-2013, n. 3437) “in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione di una pubblica gara, spetta al Giudice Amministrativo il

potere di decidere discrezionalmente, anche nei casi di violazioni gravi, se mantenere o no l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato. L'inefficacia del contratto non è quindi la conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione che determina solo il sorgere del potere in capo al giudice di valutare se il contratto debba continuare (o non) a produrre effetti. In conseguenza la privazione degli effetti del contratto, per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione, deve formare oggetto di una espressa pronuncia giurisdizionale”.

4.3. Innanzitutto rileva il Collegio che in materia di risarcimento da (mancato) affidamento di gare pubbliche di appalto non è necessario provare la colpa dell'Amministrazione aggiudicatrice come ulteriore presupposto del risarcimento da adozione di provvedimento illegittimo, poiché il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività della tutela previsto dalla normativa comunitaria a condizione che la possibilità di riconoscere detto risarcimento non sia subordinata alla constatazione dell'esistenza di un comportamento "colpevole", secondo quanto desumibile dai principi di cui alla giurisprudenza comunitaria ascrivibile alla Corte CE, Sez. III, 30 settembre 2010, C-314/2009 (per la quale, in tema di appalti pubblici, la direttiva Cons. C.E.E. 21 dicembre 1989 n. 665, modificata dalla direttiva Cons. C.E.E. 18 giugno 1992 n. 50, osta ad una normativa nazionale che subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina di settore da parte di un'Amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo alla P.A. stessa e sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie

capacità individuali, e dunque, in difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata).

4.3.1. Il Collegio, stante la sussistenza dell'elemento soggettivo, è quindi chiamato a pronunciarsi sulla domanda di risarcimento in forma specifica e/o per equivalente e ritiene di potersi pronunciare sulla sorte del contratto applicando la disciplina introdotta dall'art. 122 del c.p.a., anche con riferimento allo stato di esecuzione del contratto, alla possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e subentrare nel contratto, nonché agli interessi di tutte le parti.

Nel caso di specie, essendo la ricorrente seconda classificata, ed essendo stata dimostrata la non anomalia della sua offerta, sussiste la certezza che essa avrebbe avuto titolo a conseguire l'aggiudicazione e il contratto in luogo della originaria aggiudicataria, il che di per sé implica la ricorrenza della possibilità di disporre il risarcimento in forma specifica.

E' ben vero che, -come prima si è osservato - si tratta di contratto ad avanzato stato di esecuzione: tuttavia non si ravvisano (né sono stati prospettati) elementi dai quali possa dedursi che sarebbe comunque conforme all'interesse della stazione appaltante, ed all'interesse generale a garantire la continuità del servizio in corso: ciò nel convincimento del Collegio per cui la prima forma di restaurazione del danno, ove possibile, sia quella per reipersecutoria ed in forma specifica e che soltanto nei casi di conclamata impossibilità/non rispondenza all'interesse pubblico (per la complessità dell'appalto, per il prossimo esaurimento della durata, etc) si debba accedere alla "minor" tutela risarcitoria per equivalente

Nel caso di specie quindi ricorrono i presupposti per la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato dall'Amministrazione con la

controinteressata Guarnieri a far data dalla pubblicazione, o notificazione se anteriore, della presente decisione ex art. 122 del cpa (“Fuori dei casi indicati dall’ articolo 121, comma 1, e dall’ articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l’aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell’effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l’aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell’aggiudicazione non comporti l’obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.”) e per disporre, dalla stessa data o comunque da quella immediatamente successiva determinata dall’Amministrazione in relazione alle esigenze esecutive del servizio il subentro della appellante Ladisa (seconda classificata che, quindi, si sarebbe resa certamente aggiudicataria dell’appalto) nel contratto medesimo.

4.3.2 Quanto ai danni medio tempore prodottisi (danni risarcibili per equivalente come peraltro specificato da parte appellante alla pag. 9 della memoria in ultimo depositata), nel dettare i criteri cui dovrà attenersi l’Amministrazione per liquidarli deve osservarsi quanto segue (con la logica premessa che il periodo da prendere in esame sarà soltanto quello durante il quale la subentrante Ladisa non ha potuto eseguire il servizio).

4.3.3. La violazione delle regole che presiedono alla corretta conduzione delle procedure ad evidenza pubblica viene ascritta allo schema astratto dell’illecito aquiliano, da valersi quale conclusione più plausibile e maggiormente coerente con le pregnanti esigenze di tutela postulate dall’ordinamento comunitario in tema di competizioni concorrenziali per l’accesso agli appalti pubblici.

Si deve conseguentemente ritenere risarcibile anche l'interesse positivo e, cioè, nella voce relativa al lucro cessante, la perdita del guadagno (o della sua occasione) connesso all'esecuzione del contratto (Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666).

L'accesso a quest'ultima opzione, condivisa dal Collegio, implica la necessità di provvedere alla determinazione di criteri valutativi astratti e presuntivi della misura del pregiudizio risarcibile, nella configurazione sopra tratteggiata.

È innanzi tutto conclusione giurisprudenziale condivisibile quella secondo cui nelle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici il risarcimento del danno conseguente al lucro cessante, inteso come mancato profitto che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto, non deve essere calcolato utilizzando il criterio forfettario di una percentuale del prezzo a base d'asta, ma sulla base dell'utile che effettivamente avrebbe conseguito ove fosse risultata aggiudicataria. La misura del 10% invocata, infatti, non è più considerata come parametro automatico dalla giurisprudenza in applicazione analogica del criterio del 10% del prezzo a base d'asta ai sensi dell'art. 345 della L. n. 2248 del 1865, All. F, (Consiglio di Stato, Sez. V, 20 aprile 12, n. 2317).

Ciò sia perché tale criterio di liquidazione si richiama a disposizione in tema di lavori pubblici che riguarda un istituto specifico, quale l'indennizzo dell'appaltatore nel caso di recesso dell'Amministrazione committente, sia perché, quando impiegato al mero fine risarcitorio residuale in una logica equitativa, può condurre all'abnorme risultato che il risarcimento dei danni finisca per essere, per l'imprenditore, più favorevole dell'impiego del capitale (il che comporterebbe la mancanza di interesse del ricorrente a

provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe meno di quanto la liquidazione forfettaria gli consentirebbe).

Il richiamato criterio del 10% non può quindi essere oggetto di applicazione automatica ma è sempre necessaria la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che essa avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria, anche ai sensi dell'art. 124 del c.p.a., che prevede, in assenza di dichiarazione di inefficacia del contratto, il risarcimento del danno per equivalente subito, a condizione, tuttavia, che lo stesso sia stato "provato" (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2317/12 cit.).

Occorre, inoltre, distinguere la fattispecie in cui il ricorrente riesce a dimostrare che, in mancanza dell'adozione del provvedimento illegittimo, avrebbe vinto la gara (ad esempio perché, se non fosse stato indebitamente escluso, sarebbe stata selezionata la sua offerta) dai casi in cui non è possibile acquisire alcuna certezza su quale sarebbe stato l'esito della procedura in mancanza della violazione riscontrata.

La dimostrazione della spettanza dell'appalto all'impresa danneggiata risulta ovviamente configurabile nei soli casi in cui il criterio di aggiudicazione si fonda su parametri vincolati e matematici (come, ad esempio, nel caso del massimo ribasso in un pubblico incanto in cui l'impresa vincitrice avrebbe dovuto essere esclusa), mentre si rivela impossibile là dove la selezione del contraente venga operata sulla base di un apprezzamento tecnico-discrezionale dell'offerta (come nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

Nella prima ipotesi spetta, evidentemente, all'impresa danneggiata un risarcimento pari ad una percentuale dell'utile che effettivamente avrebbe

conseguito ove fosse risultata aggiudicataria, ferma restando la possibilità di conseguire una somma superiore, in presenza della dimostrazione che il margine di utile sarebbe stato maggiore di quello presunto.

Viceversa, quando il ricorrente allega solo la perdita di una "chance" a sostegno della pretesa risarcitoria (e cioè quando non riesce a provare che l'aggiudicazione dell'appalto spettava proprio a lui, secondo le regole di gara), la somma commisurata all'utile d'impresa deve essere proporzionalmente ridotta in ragione delle concrete possibilità di vittoria risultanti dagli atti della procedura.

Nel caso di specie, non ha luogo a pronunciarsi su tale evenienza in quanto, come prima chiarito risulta provato che l'appellante si sarebbe aggiudicata la gara.

Il quantum risarcitorio deve tenere conto di detta circostanza.

4.3.4. Esclusa per ovvie ragioni la sussistenza del richiesto danno curriculare in quanto con la presente decisione è stato disposto il subentro, il lucro cessante per la mancata esecuzione dell'appalto dovrà essere corrisposto all'appellante, ed esso va quantificato non liquidando ma soltanto muovendo da una percentuale del 10% dell'utile che questa avrebbe conseguito (decurtato, ovviamente, in misura proporzionale alla durata del servizio in via diretta assicurato dal medesimo).

Per costante giurisprudenza infatti, come si è prima fatto cenno (ex aliis Cons. Stato Sez. V, 21-06-2013, n. 3397) "nelle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici il risarcimento del danno conseguente al lucro cessante, inteso come mancato profitto che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto, non deve essere calcolato utilizzando il criterio forfettario di una percentuale del prezzo a base d'asta, ma sulla base

dell' utile che effettivamente avrebbe conseguito ove fosse risultata aggiudicataria.”.

La giurisprudenza dominante considera superata l'applicazione automatica presuntiva del criterio del 10%, che contrasta con il principio generale secondo cui il danno (emergente e lucro cessante) deve essere allegato e provato.

Il Consiglio di Stato, di recente, ha affermato che, per la quantificazione del danno subito da chi sia stato illegittimamente pretermesso nell'aggiudicazione di una gara pubblica, è necessario che l'impresa fornisca la prova rigorosa della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, con riferimento all'offerta economica presentata al seggio di gara. Tale orientamento è stato poi confermato, sul piano legislativo, dall'espressa previsione contenuta nell'art. 124 del codice del processo amministrativo (d. Lgs. n. 104 del 2010), secondo il quale, se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto, dispone il risarcimento del danno per equivalente subito, a condizione tuttavia che lo stesso sia "provato" (Cons. Stato Sez. III, 22-02-2012, n. 968; Cons. Stato Sez. III, 12-05-2011, n. 2850).

In effetti, il criterio del 10%, pur evocato come criterio residuale in una logica equitativa, conduce di regola al risultato che il risarcimento dei danni è per l'imprenditore ben più favorevole dell'impiego del capitale.

Giova considerare, infatti, che a seguito del risarcimento, il danneggiato potrebbe trovarsi in una situazione addirittura migliore rispetto a quella in cui si sarebbe trovata in assenza dell'illecito, per cui va detratto dall'importo dovuto a titolo risarcitorio quanto da lui percepito grazie allo svolgimento di diverse attività lucrative, nel periodo in cui avrebbe dovuto eseguire

l'appalto in contestazione.

Come precisato dal Consiglio di Stato l'onere di provare (l'assenza del) l'*aliunde perceptum grava* non sull'Amministrazione, ma sull'impresa (Cons. Stato sez. VI 18 marzo 2011 n. 1681).

Tale ripartizione dell'onere probatorio muove dalla presunzione, a sua volta fondata sull'*id quod plerumque accidit*, secondo cui l'imprenditore (specie se in forma societaria) -in quanto soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili - normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative dalla cui esecuzione trae utili.

Il Collegio, quindi, in assenza di prova dell'utile effettivo, nonché, in assenza di prova contraria rispetto alla presunzione di *aliunde perceptum*, in linea con parte della giurisprudenza (T.A.R. Lazio- Roma sez. III 30 giugno 2011 n. 5767; TA.R. Catania Sicilia sez. III 03 marzo 2011), ritiene equo imporre all'Amministrazione di determinare l'importo del risarcimento dovuto in suo favore nella misura forfettaria del 5% dell'offerta economica effettiva o, ove inferiore, nella misura corrispondente all'utile indicato dall'impresa nell'offerta.

5. Conclusivamente, va accolto l'appello, riformata la gravata decisione, ed accolto il mezzo di primo grado vanno annullati gli atti gravati.

Va disposto il subentro dell'appellante, seconda graduata, nel contratto in corso di esecuzione con decorrenza dalla pubblicazione, o notificazione, se anteriore, della presente decisione.

La domanda risarcitoria va accolta, e sarà liquidata dall'Amministrazione seguendo le indicazioni di cui alla parte motiva della presente decisione.

6. Le spese processuali vanno integralmente compensate a cagione della particolarità e novità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo accoglie, e per l'effetto, in riforma della gravata decisione, annulla gli atti gravati con l'originario ricorso.

Dispone il subentro dell'appellante, seconda graduata, nel contratto in corso di esecuzione con decorrenza dalla pubblicazione, o notificazione, se anteriore, della presente decisione.

Accoglie la proposta domanda risarcitoria, con conseguente obbligo di liquidazione a carico dell'Amministrazione, secondo le indicazioni di cui alla parte motiva della presente decisione.

Spese processuali compensate

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

Francesca Quadri, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/12/2013

IL SEGRETARIO

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