

Consiglio di Stato, Sez. III, 29/1/2019 n. 726



La c.d. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando, altrimenti, lesiva della concorrenza

Alla stregua dei principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, la clausola sociale dev'essere intesa e applicata in modo da evitare di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente; conseguentemente, l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'operatore economico subentrante.

La clausola sociale funge da strumento per favorire la continuità e la stabilità occupazionale dei lavoratori, ma nel contempo non può essere tale da comprimere le esigenze organizzative dell'impresa subentrante che ritenga di potere ragionevolmente svolgere il servizio utilizzando una minore componente di lavoro rispetto al precedente gestore, e dunque ottenendo in questo modo economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento

Riguardo l'applicazione della clausola sociale contenuta nel capitolato d'appalto, la giurisprudenza ha precisato che: il potere dell'amministrazione si esercita al momento della definizione del bando e dello schema di capitolato che ha condotto all'assegnazione dell'appalto; mentre la mancata verifica del rispetto della clausola sociale, riguarda un momento che non intercetta l'esercizio di un potere pubblicistico, ma che riguarda la corretta esecuzione negoziale, con conseguente difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

In tema di sindacato del giudizio di non anomalia dell'offerta la giurisprudenza ha enunciato quello per cui la verifica di congruità di un'offerta sospetta di anomalia non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa - tenuto conto della propria organizzazione aziendale - di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse.

Nel rito speciale in materia di contratti pubblici il giudice amministrativo, una volta che abbia annullato l'aggiudicazione definitiva dell'appalto, può disporre il subentro della ricorrente nel contratto a condizione (tra l'altro) che il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara.

Materia: appalti / disciplina

Publicato il 29/01/2019

N. 00726/2019REG.PROV.COLL.

N. 05884/2018 REG.RIC.

N. 06799/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5884 del 2018,
proposto da
Prodeo S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Alessandra Sandulli
e Domenico Gentile, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Maria
Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele II,
349;

contro

- Azienda Ospedaliero Universitaria Consorziale Policlinico di
Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Felice Ingravalle,
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e
domicilio eletto presso lo studio Mario Sanino in Roma, viale
Parioli, 180;
- Regione Puglia e Azienda Sanitaria Locale di Bari, non
costituiti in giudizio;

nei confronti

- Plurima S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi D'Ambrosio
ed Ermelinda Pastore, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alfredo
Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini n. 30;

- Ati Omnia Service S.r.l., Cni S.p.A., Gianluca Maggio, Gaetano Lorenzo Granata, Giambattista Racanati, Nicola Nanocchio, Domenico Lucivero, Raffaella Mancini, Rosa Cecilia Giannattasio, Anna Maria Simeone, non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 6799 del 2018, proposto da Gianluca Maggio, Gaetano Lorenzo Granata, Giambattista Racanati, Nicola Nanocchio, Domenico Lucivero, Raffaella Mancini, Rosa Cecilia Giannattasio e Anna Maria Simeone, rappresentati e difesi dall'avvocato Giuseppe Mariani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliero Universitaria Consorziata Policlinico di Bari, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Felice Ingravalle, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

nei confronti

- Plurima S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi D'Ambrosio ed Ermelinda Pastore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini n. 30;

- Omnia Service S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tar Puglia, sede di Bari, sez. II n. 1068/2018, resa tra le parti, concernente l'affidamento, per un periodo di cinque anni, del servizio di archiviazione, custodia e gestione della documentazione amministrativa e sanitaria, presso l'A.O.U.C. Policlinico di Bari;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'appello incidentale, presentato da Azienda Ospedaliero Universitaria Consorziale Policlinico di Bari nel ricorso n. 5884/2018;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliero Universitaria Consorziale Policlinico di Bari e Plurima S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2018 il Cons. Giorgio Calderoni e uditi per le parti gli avvocati Domenico Gentile, Maria Alessandra Sandulli, Giuseppe Mariani, Massimo Felice Ingravalle ed Ermelinda Pastore per sé e su delega dichiarata di Luigi D'Ambrosio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.La gara indetta dall'A.O.U.C. Policlinico di Bari

Con deliberazione D.G. n. 363 del 15.03.2016, l'Azienda Ospedaliero Universitaria Consorziale Policlinico di Bari (d'ora in poi anche solo Policlinico) indiceva gara *ex art. 82, c. 1, D. Lgs. n. 163/06* volta all'affidamento del servizio di archiviazione, custodia e gestione della documentazione amministrativa e sanitaria, per un importo complessivo di € 2.827.200,00 e un periodo di cinque anni, prorogabili per ulteriori 12 mesi.

Il bando di gara veniva pubblicato sulla G.U. dell'Unione Europea l'1.4.2016.

Partecipavano alla procedura quattro ditte: CNI s.p.a., Prodeo S.p.A. (gestore uscente), Sikelia Service s.p.a. e il R.T.I. Plurima S.p.A.-Omnia Service; nella seduta del 3.11.2016 veniva disposta l'esclusione di Sikelia, per difformità dell'offerta dalle prescrizioni della *lex specialis*.

All'esito della gara risultava aggiudicatario provvisorio il RTI "Plurima –Omnia" al prezzo globale a metro lineare di € 0,64 con ribasso del 60% rispetto al prezzo a base d'asta (€ 1,60), per un importo di € 1.130.880,00; seconda in graduatoria la "Prodeo", con un ribasso offerto del 2,50% (1,56 euro); terza la Cni s.p.a., con un ribasso dello 0,62% (1,59 euro).

2.La sentenza Tar Bari 10 luglio 2018, n. 1068

Avverso tale esito proponevano ricorso al Tar Bari sia Prodeo, sia alcuni dipendenti della medesima Prodeo (primo ricorrente Gianluca Maggio).

Riuniti tali ricorsi (Prodeo aveva, altresì, dispiegato motivi aggiunti), la Sezione Seconda del Tar Bari ha:

- accolto il ricorso Prodeo ed annullato gli atti impugnati;
- dichiarato conseguentemente improcedibile il ricorso Maggio;
- disposto, quanto alla domanda di declaratoria di inefficacia del contratto stipulato nelle more, “che gli effetti del negozio vengano meno dal giorno dell’aggiudicazione della gara rinnovata in esecuzione della presente sentenza e nel rispetto delle sue statuizioni”.

Queste, in sintesi, le motivazioni della sentenza.

2.1. Non è condivisibile il primo motivo del ricorso Prodeo, con cui si denuncia che la mandante del raggruppamento aggiudicatario, Omnia Service s.r.l., non avrebbe i requisiti economici richiesti dalla legge di gara [possesso, nel triennio 2013-2014-2015, di un fatturato medio annuo corrispondente alla percentuale di esecuzione dichiarata (45%) e riferito a “servizi identici”] perché avrebbe svolto “servizi di gestione e custodia in *outsourcing*” per GDF Suez (società che opera in ambito energetico) e di “gestione e custodia in *outsourcing*” degli archivi di alcuni Comuni, anziché attività di archivio in favore di aziende sanitarie o comunque in tale settore: e ciò in quanto dagli atti di gara non si evincerebbe che il Policlinico abbia inteso riferirsi allo specifico settore sanitario o al beneficiario del servizio, tanto che nel dare risposta al chiarimento n. 1 ha precisato che “per servizi identici deve intendersi servizi di

archiviazione di documentazione non necessariamente riferita al settore sanitario”.

2.2. Ugualmente infondato è il secondo motivo con cui si lamenta che il RTI aggiudicatario non rispetterebbe le “modalità di svolgimento del servizio” prescritte dal capitolato (quali custodia in faldoni; servizio di consulenza archivistica; *software* specifico per la gestione del “*front office* cartelle cliniche”; indicazione della sede dell’archivio) e che invece risulterebbero osservate; “in ogni caso, la Stazione appaltante né in sede procedimentale né in sede processuale ha lamentato lacune o incongruità nelle informazioni o carenze nelle prestazioni”.

2.3. Quanto alla censura di mancata effettuazione del subprocedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta economica presentata dal raggruppamento concorrente (terzo motivo di ricorso; primo motivo aggiunto), si osserva che la stazione appaltante, pur non essendovi tenuta in ragione del numero di soli tre concorrenti:

- ha richiesto al RTI Plurima (nota RUP 2.12.2017) “di far tenere il dettaglio di tutte le componenti che hanno prodotto il prezzo globale a metro lineare/mese di € 0,64 oltre iva 22 %”;
- non ha riscontrato, nella proposta del raggruppamento e nei suoi successivi chiarimenti, “elementi specifici” per poterla ritenere anormalmente bassa.

2.4. Circa la dedotta sottovalutazione del costo del lavoro (secondo motivo aggiunto) per violazione della c.d. clausola sociale di cui all'art. 5 del Capitolato, si richiamano i principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, alla stregua dei quali la suddetta clausola dev'essere intesa e applicata in modo da evitare di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente; conseguentemente, l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'operatore economico subentrante (si citano al riguardo precedenti giurisprudenziali, tra cui, da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. III, 8 giugno 2018, n. 3471).

2.5. Si respingono le eccezioni di tardività e difetto di interesse, sollevate da Plurima in relazione al quarto motivo di ricorso (irragionevolezza del criterio di aggiudicazione del “prezzo più basso”) e si ravvisa la sua fondatezza poiché:

- in base all'articolo 81 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, la scelta del criterio di aggiudicazione tra quello del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa è lasciato alla scelta delle stazioni appaltanti che dovrà comunque privilegiare il metodo “più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto”;
- nella specie <il Policlinico ha bandito una gara da aggiudicare al massimo ribasso senza prospettare un disegno organizzativo

del servizio a cui il gestore dovesse adeguarsi e senza neppure precisare uno *standard* minimo, quantitativo e qualitativo, dei mezzi, delle apparecchiature e del personale ritenuti necessari>;

- le prestazioni oggetto del servizio sarebbero complesse e potrebbero essere organizzate con diverse formule <senza che la Stazione appaltante abbia fornito un chiaro quadro di riferimento>;

- <il che ha consentito alla compagine aggiudicataria di procedere ad una significativa riduzione delle risorse umane da impiegare in sede esecutiva, che ha presumibilmente concorso al sensibile ribasso offerto in gara>.

2.6. Stante la fondatezza di tale censura, che comporta l'illegittimità dell'intera procedura a partire dal bando, “risulta superfluo” l'esame del quinto e ultimo motivo con cui <si denuncia la contrarietà all'articolo 10, comma 7, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, della composizione della commissione incaricata di verificare le “informazioni tecnico amministrative dettagliate” presentate dalle ditte partecipanti>.

2.7. Poiché la ricorrente non può subentrare nel contratto “in quanto la ravvisata illegittimità comporta l'obbligo di rinnovare la gara”, si dispone, come detto, che “gli effetti del negozio vengano meno dal giorno dell'aggiudicazione della gara rinnovata in esecuzione della presente sentenza”.

2.8. Si respinge, poi, la domanda di risarcimento per equivalente del danno (*sub specie* di danno emergente, lucro cessante e danno curriculare), poiché Prodeo “non ha mai dimostrato che il Policlinico le abbia illegittimamente sottratto l’aggiudicazione” ed è stato, invece, soddisfatto il suo interesse strumentale all’eventuale riedizione della gara.

2.9. Stante il suddetto annullamento dell’intera procedura di gara, si dichiara improcedibile il ricorso proposto dai lavoratori dipendenti della società Prodeo.

3. L’appello principale Prodeo n. 5884/2018

Prodeo ha appellato tale sentenza con ricorso (principale) n. 5884/2018, depositato il 19 luglio 2018, sostenendo che tale pronuncia merita riforma:

< i) per la plateale violazione della clausola sociale ad opera del RTI Plurima, e per tal via, della *par condicio competitorum* (...), nonché dei diritti delle maestranze impegnate da anni sul servizio, che si sono visti dimezzare le ore di lavoro e gli stipendi ad oggi riconosciuti dall’impresa uscente senza una plausibile ragione;

(ii) per aver “differito” l’inefficacia del contratto, illegittimamente stipulato, all’aggiudicazione di successiva e futuribile gara, che il Policlinico dovrebbe indire, prolungando i disagi per gli utenti e premiando di fatto un’impresa che non ha affatto correttamente operato;

(iii) per non aver, infine, tenuto conto degli ulteriori e plurimi vizi inerenti l'ammissione e la valutazione dell'offerta del raggruppamento aggiudicatario>.

I motivi d'appello sono i seguenti:

I) omesso accoglimento delle censure per vizi propri dell'aggiudicazione, relative:

a) all'anomalia dell'offerta (in particolare, per la sottostima del costo del lavoro);

b) alla carenza dei requisiti di qualificazione in capo alla mandante Omnia Service;

c) alla difformità del "progetto tecnico" del RTI Plurima rispetto a quanto richiesto dalla legge di gara e alla "assoluta genericità dell'offerta Plurima".

Al riguardo, si denuncia il mancato e/o completo esame, da parte del primo Giudice, di tutti i profili di illegittimità dedotti in primo grado: difetto di dettaglio delle attrezzature impiegate nel servizio; mancata esplicitazione delle risorse umane; differente unità di archiviazione utilizzata (*box*/scatola e non faldone); carenze del servizio di consulenza per la gestione archivi; mancanza di uno specifico *software* di gestione del *front-office* cartelle cliniche; difetto di esatta indicazione della sede dell'archivio.

II) omessa dichiarazione di immediata inefficacia del contratto.

In subordine, si chiede la riforma della sentenza nella parte in cui non ha delibato favorevolmente la domanda volta a ottenere la declaratoria di inefficacia del contratto anche

all'esito della domanda (subordinata in primo grado) di annullamento dell'intera procedura: e ciò in quanto la statuizione del Tar sul punto - non individuando un preciso *dies a quo* di inefficacia del contratto - si porrebbe in radicale contrasto con la sentenza n. 13/2011 dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio e con la giurisprudenza delle Sezioni Unite (sentenza n. 7295/2017);

III) in via subordinata e condizionata, si ripropone il quinto motivo del ricorso di primo grado (illegittimità della nomina e della composizione della Commissione tecnica), dichiarato assorbito dal Tar.

4. L'appello incidentale del Policlinico in seno al ricorso rg n. 5884/2018

Con atto depositato il successivo 24 agosto 2018, il Policlinico di Bari ha proposto appello incidentale avverso la medesima sentenza del Tar Bari <nella parte in cui il Primo Giudice ha accolto la censura relativa al criterio di aggiudicazione al "prezzo più basso" articolata in primo grado da Prodeo, con conseguente caducazione dell'intera procedura di gara>.

A sostegno del gravame, il Policlinico:

- ripropone l'eccezione di difetto di interesse, già sollevata in primo grado e disattesa dal Tar, il quale non avrebbe, così, effettuato la verifica della prova di resistenza, non avendo Prodeo "fornito neppure un principio di prova in ordine all'astratta possibilità che l'eventuale rinnovazione della procedura di gara, con un diverso criterio di aggiudicazione (in

specie, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa) avrebbe potuto determinare un esito diverso e, soprattutto, vittorioso”;

- deduce l'erroneità, nel merito, dell'*iter* motivazionale “in virtù del quale il primo Giudice ha ritenuto illegittima la gara”, in quanto la *lex specialis* di gara presenterebbe profili di specificità tali da consentire alla Stazione Appaltante “di individuare la migliore offerta senza alcun tipo di valutazione diversa da quella relativa al prezzo”; e in quanto l'aggiudicatario si è impegnato a rispettare la clausola sociale (dapprima in sede di presentazione dell'offerta e, successivamente, con la stipula del contratto) e “si è attivato per dare attuazione alla clausola in parola, formulando n. 6 proposte di assunzione nei confronti degli ex dipendenti Prodeo che hanno trasmesso la documentazione richiesta, allo stato tutte rifiutate da parte degli interessati”.

Dopodiché, il Policlinico passa a svolgere le proprie controdeduzioni all'appello principale proposto da Prodeo s.p.a. e a riproporre l'ulteriore eccezione - non esaminata dalla sentenza di primo grado - di inammissibilità per difetto di giurisdizione del motivo di ricorso attinente la presunta violazione della clausola sociale.

5. L'appello 6799/2018 degli ex dipendenti Prodeo

Anche gli ex dipendenti Prodeo (Gianluca Maggio e altri) hanno appellato la sentenza n. 1068/2018 del Tar Bari, lamentando di non aver beneficiato della clausola sociale,

deducendo l'errata dichiarazione di improcedibilità del loro ricorso di primo grado e sostenendo che la declaratoria di inefficacia del contratto non potrebbe che avere effetti *ex tunc*, mentre il primo Giudice - posticipandola in un tempo futuro e di incerta individuazione - avrebbe finito per violare i limiti esterni della propria giurisdizione, riservati alla Pubblica amministrazione; gli appellanti deducono - altresì e in via subordinata - l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione per violazione dell'art. 30 L.R. Puglia n. 4/2010 in tema di salvaguardia occupazionale e delle disposizioni della *lex specialis* sulla clausola sociale.

Plurima e Policlinico resistono anche a tale gravame; in particolare:

- Plurima (memoria di costituzione del 27 agosto 2018) ha eccepito l'inammissibilità, per difetto di interesse, del ricorso in primo grado dei lavoratori Prodeo (inammissibilità che travolgerebbe anche l'appello) e ha riproposto, ex art. 101, comma 2 c.p.a., le eccezioni dispiagate in primo grado, tra cui quella di difetto di giurisdizione del G.A. a conoscere delle censure "rivolte alla modalità esecutiva della clausola sociale";
- il Policlinico ha chiesto la riunione dei due appelli in parola.

6. La fase cautelare monocratica del giudizio rg n. 5884/2018

In seno al giudizio rg. n. 5884/2018 si è sviluppata una fase cautelare monocratica così caratterizzata:

* con un primo decreto 19 luglio 2018, n. 3319, è stata sospesa l'esecutorietà della sentenza appellata sino alla camera di

consiglio contestualmente fissata per il 30 agosto 2018: e ciò ritenendosi <nella comparazione dei contrapposti interessi, che possa, fino alla discussione collegiale in contraddittorio, essere confermata la situazione attuale con la prosecuzione della gestione da parte dell'appaltatore precedente allo svolgimento della gara poi annullata, e cioè l'appellante Prodeo s.p.a., in modo anche da evitare, per l'amministrazione appaltante, il mutamento del gestore per un periodo transitorio che potrebbe nuovamente implicare un mutamento ove una nuova gara con un nuovo aggiudicatario si dovessero individuare in tempi auspicabilmente rapidi>;

* con successivo decreto monocratico 25 luglio 2018, n. 843, è stata accolta l'istanza di revoca di detta misura, avanzata in pari data da Plurima S.p.a., nel senso di “di far proseguire il servizio al RTI Plurima-Omnia e ferma restando, invece, la sospensione del trasferimento dell'archivio, se non ancora completato, fino alla discussione collegiale dell'istanza cautelare in Camera di Consiglio, fissata al 30 agosto 2018”.

7.L'esito della camera di consiglio del 30 agosto 2018

In vista della suddetta camera di consiglio, alla quale era chiamata anche l'istanza cautelare proposta nell'appello rg. 6799/2018, Prodeo e Plurima hanno depositato - lo stesso giorno 28 agosto 2018 - rispettive memorie nel giudizio 5884/2018.

Indi, alla camera di consiglio del 30 agosto 2018 la discussione collegiale sulle istanze cautelari presentate in entrambi i ricorsi

è stata rinviata all'Udienza Pubblica del 6 Dicembre 2018, stante l'impegno - dichiarato a verbale dai difensori delle parti - a mantenere la situazione, come prevista dal citato decreto cautelare n. 843 del 25 Luglio 2018, ferma fino all'Udienza di merito.

8. L'udienza pubblica di trattazione del merito e le ulteriori difese svolte dalle parti nella sua imminenza

In vista dell'odierna udienza pubblica tutte le parti hanno depositato rispettive memorie difensive e/o di replica, in cui vengono ribadite le tesi già esposte, aggiornando i riferimenti giurisprudenziali con le ultime pronunce in ordine di tempo rese da questo Consiglio sulle questioni di diritto che caratterizzano la controversia.

Indi, all'odierna udienza pubblica entrambi gli appelli sono passati in decisione, previa discussione orale svoltasi tra i difensori delle parti.

9. Riunione degli appelli

Va preliminarmente disposta la riunione dei due ricorsi in appello rg. n. 5884/2018 e rg. n. 6799/2018, in quanto rivolti avverso la medesima sentenza.

10. Sui profili in rito della controversia (in particolare: sull'inammissibilità dell'appello n. 6799/2018) e sulla clausola sociale

10.1. Sempre in via preliminare, vanno esaminate le differenti eccezioni, riferite a entrambi gli appelli e sollevate in rito dalle controparti.

10.2. Quanto all'eccezione di inammissibilità (per difetto di interesse e, *in parte qua*, per difetto di giurisdizione) formulata da Plurima in relazione al ricorso in appello n. 6799/2018, il Collegio ne ravvisa la fondatezza.

Invero, gli appellanti:

- lamentano espressamente di non avere beneficiato in alcun modo della clausola sociale (primo motivo di appello);
- avanzano, dinanzi a questo Giudice, la pretesa “alla conservazione del proprio posto di lavoro, con le medesime garanzie già in essere”, invocando la “verifica del rispetto della clausola sociale non solo con riferimento all’atto di avvio della procedura ad evidenza pubblica (bando o avviso) ma anche sul conseguente provvedimento di aggiudicazione definitiva di cui la successiva fase contrattuale costituisce mera esecuzione” (secondo motivo).

A ciò si aggiunga che, nell'esplicitare le proprie eccezioni, Plurima ha rappresentato che gli stessi appellanti hanno adito il Giudice del lavoro, per ottenere il riconoscimento del diritto all'assunzione alle dipendenze di Plurima, domanda respinta dallo stesso Giudice con decreto 5 giugno 2018.

Occupandosi di una controversia analoga, promossa da un ex-dipendente e concernente l'applicazione della clausola sociale contenuta nel capitolato d'appalto, questo Consiglio (sez. V, 15/12/2016, n. 5311) ha precisato che:

- il potere dell'amministrazione si esercita al momento della definizione del bando e dello schema di capitolato che ha condotto all'assegnazione dell'appalto;

- mentre la mancata verifica del rispetto della clausola sociale, riguarda un momento che non intercetta l'esercizio di un potere pubblicistico, ma che riguarda la corretta esecuzione negoziale, con conseguente difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Ad identica conclusione declinatoria della giurisdizione occorre, dunque, pervenire nella specie in riferimento alla pretesa avanzata dai ricorrenti in primo grado e attuali appellanti per quanto attiene all'applicazione della clausola sociale nei propri confronti.

In relazione alle rimanenti censure, rivolte nel ricorso di primo grado avverso il criterio di aggiudicazione prescelto dall'amministrazione e l'asserita omessa verifica di anomalia dell'offerta, va rilevato che si tratta di doglianze rispetto alle quali sussiste - secondo principi pacificamente affermati dalla giurisprudenza in materia - l'interesse a ricorrere e la legittimazione ad agire solo in capo alle imprese che hanno preso parte alla gara.

Per le anzidette ragioni e in accoglimento delle eccezioni sollevate sin dal primo grado da Plurima - senza che sulle stesse si sia pronunciata né esplicitamente né implicitamente la sentenza gravata, la quale si è limitata alla declaratoria di improcedibilità del ricorso, in via consequenziale al già

disposto annullamento dell'intera procedura di gara - l'appello n. 6799/2018 deve essere dichiarato inammissibile.

10.3. Per le medesime ragioni, va accolta l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata nell'appello incidentale del Policlinico in relazione ai profili di censura dell'appello principale Prodeo riferiti alla c.d. "clausola sociale" e con i quali:

- si lamenta la lesione "dei diritti delle maestranze impegnate da anni sul servizio, che si sono visti dimezzare le ore di lavoro e gli stipendi ad oggi riconosciuti dall'impresa uscente senza una plausibile ragione" (cfr. lett. "i" di pag. 10);

- e si invoca, per converso, "la finalità di tutelare il diritto al lavoro, costituzionalmente tutelato" (lett. A del primo motivo di appello).

10.4. Quanto ai residui profili di censura Prodeo, relativi sempre al tema della clausola sociale e articolati sotto il differente profilo che il mancato rispetto di detta clausola comporterebbe l'anomalia dell'offerta Plurima, la Sezione non può che riconfermare la propria giurisprudenza, richiamata anche dalla stessa Plurima (da ultimo: 9.11.2018, n. 6326 e 27 settembre 2018, n. 5551), secondo cui, in sintesi, la cd. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, per cui:

- l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente deve essere armonizzato e reso

compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante (sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078);

- la clausola sociale funge da strumento per favorire la continuità e la stabilità occupazionale dei lavoratori, ma nel contempo non può essere tale da comprimere le esigenze organizzative dell'impresa subentrante che ritenga di potere ragionevolmente svolgere il servizio utilizzando una minore componente di lavoro rispetto al precedente gestore, e dunque ottenendo in questo modo economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento (Cons. St., sez. V, 7 giugno 2016, n. 2433; id., sez. III, 30 marzo 2016, n. 1255; id. 9 dicembre 2015, n. 5598; id. 5 aprile 2013, n. 1896; id., sez. V, 25 gennaio 2016, n. 242; id., sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890).

Gli anzidetti profili di censura devono, pertanto, essere respinti nel merito.

10.5. Da ultimo, deve essere disattesa l'eccezione di difetto di interesse - respinta dal Tar e riproposta dal Policlinico nel proprio appello incidentale - con riferimento alla deduzione, da parte di Prodeo, della censura relativa al criterio di aggiudicazione al prezzo più basso: e ciò per le ragioni recentemente enunciate da questa Sezione (sentenza 13 settembre 2018, n. 5379, richiamata anche dalle parti nelle memorie depositate in vista dell'odierna udienza pubblica), in

controversia insorta tra le stesse Plurima e Prodeo relativamente ad analogo appalto bandito dall'Asl Lecce.

Si tratta delle considerazioni svolte alle varie articolazioni del capo VII della decisione n. 5379/2018 e in particolare, di quelle enunciate ai punti VII.3. e VII.4, che di seguito si riportano adesivamente:

* in definitiva, l'unica condizione dell'azione di annullamento di una gara in cui si faccia valere l'interesse legittimo alla "protezione di un bene della vita che è quello della competizione secondo il miglior rapporto qualità prezzo" (così: sentenza n. 2014/2017-capo 5.1. di questa Sezione) è quella posta dall'Ad. Plen. n. 4/2018: cioè che in tanto l'operatore economico è legittimato all'impugnativa sotto questo profilo, in quanto abbia partecipato alla gara in questione o abbia manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura;

* avendo Prodeo partecipato alla gara (come nel caso di specie) ed esaurendosi il suo interesse strumentale nella rinnovazione della gara, non incombeva, pertanto, sulla stessa Prodeo alcun onere supplementare di dimostrare ragionevoli possibilità di ottenere l'aggiudicazione del servizio con il diverso criterio di aggiudicazione invocato.

11. Sui residui profili di merito dell'appello n. 5884/2018

Ciò posto, si può ora passare all'esame delle residue censure di merito svolte nell'appello principale.

11.1. Alla lettera A) del primo motivo di appello si deduce l'anomalia dell'offerta facendo leva, oltreché sulla già vista violazione della clausola sociale, sulla asserita sottostima del costo del lavoro, desumibile sia dal significativo scostamento percentuale che intercorre tra l'offerta Plurima e quelle delle altre due partecipanti alla gara, sia dalla sottovalutazione dei costi per mezzi, attrezzature, *software* e immobile da destinare al servizio.

Circa il primo argomento, va in contrario osservato che - tra i principi generali in tema di sindacato del giudizio di non anomalia dell'offerta - la giurisprudenza di questo Consiglio ha enunciato quello per cui la verifica di congruità di un'offerta sospetta di anomalia non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa - tenuto conto della propria organizzazione aziendale - di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse (Cons. St., sez. III, 9 ottobre 2018, n. 5798).

Detto argomento va, dunque, disatteso.

Per superare il secondo argomento difensivo di Prodeo - con cui sostiene che il ribasso Plurima non sarebbe stato in grado di remunerare determinati costi (trasferimento dell'archivio

gestito da Prodeo, attività di ritiro e scarto, **servizi** di consulenza per la gestione degli archivi, *software* per la gestione del *front office*, sicurezza aziendale) - è, invece, sufficiente il richiamo agli ulteriori principi posti dalla giurisprudenza di questo Consiglio e secondo i quali (cfr. ad es. sez. V, 23/01/2018 n.430 e 30 ottobre 2017, n. 4978):

* il procedimento di verifica dell'anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto;

* la valutazione di congruità deve essere, perciò, globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo.

11.2. Ugualmente da disattendere è la censura di cui alla successiva lett. B) del medesimo primo motivo, con cui Prodeo sostiene la carenza dei requisiti di qualificazione in capo alla mandante Omnia Service, che non poteva vantare di aver conseguito, nell'ultimo triennio, il fatturato richiesto dalla *lex specialis* per la prestazione di **servizi** identici “a quello sanitario oggetto della procedura bandita dal Policlinico”: sul punto, risulta dirimente, in senso contrario, la circostanza - evidenziata anche dalle difese delle controparti - che la Stazione appaltante abbia reso il chiarimento secondo cui “per **servizi** identici deve intendersi **servizi** di archiviazione

di documentazione non necessariamente riferita al settore sanitario”.

Il tenore di siffatto chiarimento risponde, infatti, al paradigma elaborato dalla giurisprudenza di questa Sezione, per la quale (7/02/2018, n. 781-capo 11.1) la risposta dell'Amministrazione appaltante ad una richiesta di chiarimenti avanzata dai concorrenti non costituisce un'indebita e perciò illegittima modifica delle regole di gara, ma una sorta d'interpretazione autentica con cui la stazione appaltante chiarisce la propria volontà provvedimentale, precisando e meglio delucidando le previsioni della *lex specialis* (Cons. Stato Sez. V, 27.4.2015, n. 2097).

I chiarimenti operano a beneficio di tutti e - laddove trasparenti, tempestivi, ispirati al principio del *favor participationis* e resi **pubblici** (tutti presupposti, questi, ricorrenti nel caso della gara *de qua*, bandita dal Policlinico di Bari) - non comportano alcun pregiudizio per gli aspiranti offerenti, tale da rendere preferibile, a dispetto del principio di economicità, l'autoannullamento del bando e la sua ripubblicazione.

Alla stregua del chiarimento tempestivamente fornito dalla stazione appaltante, ben potevano dunque i **servizi** prestati nel triennio precedente, purché di contenuto e tenore oggettivamente identico, essere stati resi in favore anche di amministrazioni non necessariamente operanti nel settore sanitario.

11.3. Quanto, poi, alle difformità tra il progetto Plurima e le prescrizioni della legge di gara, denunciate con la lett. “C” del primo motivo di appello, si tratta di censure che, in realtà, non possono ritenersi sufficientemente dimostrate, stante che:

- Plurima ha dichiarato (pag. 5 del proprio progetto tecnico) che “ciascun faldone sarà così sempre e comunque identificabile in archivio”, cosicché eventuali difformità operative a proposito dell’unità di conservazione il faldone (utilizzo di box *in luogo* del faldone, come sostiene Prodeo) potrebbero essere oggetto di specifiche contestazioni da parte della stazione appaltante nella fase di esecuzione contrattuale;
- l’ubicazione della sede dell’archivio è chiaramente indicata (come da dichiarazione Plurima) nella zona industriale di Noci;
- che neppure relativamente alla gestione degli archivi (*software* e figura del responsabile), l’offerta Plurima evidenzia profili di palese contrasto con la *lex specialis*, tale da imporre l’esclusione dalla gara (come invece richiede Prodeo), in quanto nella memoria 28.8.2018 Plurima ha dedotto di aver offerto un *software* di ultimissima generazione che consente una gestione ottimale del servizio archivistico sia del *front office* e tale deduzione non è stata specificamente contestata nei successivi scritti di Prodeo; mentre quale responsabile archivista è stata indicata una laureata in archivistica.

11.4. Infine, non coglie nel segno la riproposta (terzo motivo di appello) censura di illegittimità della composizione Commissione tecnica, in quanto - come esattamente osservato

dalle controparti - non si tratta della commissione giudicatrice di una gara indetta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, bensì di un organismo nominato *ad hoc* dalla stazione appaltante, con la funzione di affiancamento del RUP (che ne fa parte) nella fase di verifica della conformità alle prescrizioni di gara delle ipotesi progettuali presentate dai concorrenti: e, pertanto, detto organismo non deve rispettare le disposizioni dettate in materia di commissioni di gara dal Codice degli appalti *pro tempore* vigente.

12. Sull'infondatezza dell'appello incidentale del Policlinico

A sua volta, si rivela infondato l'appello incidentale proposto dal Policlinico avverso la statuizione di primo grado di accoglimento della (sola) censura Prodeo relativa alla irragionevolezza del criterio di aggiudicazione del "prezzo più basso", con conseguente caducazione della procedura di gara: e ciò per le ragioni già esposte - in controversia analoga che vede tra loro contrapposte sempre Prodeo e Plurima - nella citata sentenza n. 5379/2018 di questa Sezione (cfr. capo VIII.3.) ovvero, in sintesi, che "*onde non ritenere irragionevole la scelta del criterio del prezzo più basso da parte della stazione appaltante, occorre che la lex specialis di gara abbia enucleato "in modo dettagliato le modalità di esecuzione del servizio, finalizzate proprio a garantire il profilo qualitativo della prestazione"*>.

Ebbene, come già nel caso (gara bandita dall'ASL Lecce) deciso dall'anzidetta sentenza n. 5379/2018, anche nella *lex*

specialis della gara indetta dal Policlinico di Bari non è dato ravvisare il sopra richiesto livello di dettaglio delle modalità esecutive del servizio: basti ricordare che il punto 8 dell'art. 4 del capitolato speciale lasciava testualmente “alle ditte la piena libertà di progettazione” dell'archivio sanitario, salvo limitarsi a indicare gli imprescindibili campi identificativi minimi della cartella clinica (generalità del paziente, date di ricovero e dimissione, numero della cartella, reparto, ospedale).

La sentenza di *prime cure* merita, pertanto, di essere confermata laddove (capo 2.a.4.) ha accolto il quarto motivo di ricorso con la motivazione che:

- “il Policlinico ha bandito una gara d'aggiudicare al massimo ribasso senza prospettare un disegno organizzativo del servizio a cui il gestore dovesse adeguarsi e senza neppure precisare uno *standard* minimo, quantitativo e qualitativo, dei mezzi, delle apparecchiature e del personale ritenuti necessari; con ciò lasciando amplissimi spazi di scelta ai concorrenti”;
- le prestazioni oggetto del servizio si presentano “complesse e che esse possano essere organizzate con diverse formule senza che la Stazione appaltante abbia fornito un chiaro quadro di riferimento”.

13. Sulla declaratoria di inefficacia del contratto

La sentenza merita, altresì, conferma laddove (capo 2.a.6.a.) ha, dapprima, affermato essere “evidente che il ricorrente non abbia l'effettiva possibilità di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati e che non possa subentrare nel

contratto in quanto la ravvisata illegittimità comporta l'obbligo di rinnovare la gara” e ha, tuttavia, disposto, per una serie di considerazioni fattuali, che “gli effetti del negozio vengano meno dal giorno dell’aggiudicazione della gara rinnovata in esecuzione della presente sentenza e nel rispetto delle sue statuizioni”.

13.1. Invero, nell’enunciare la prima delle surriportate statuizioni, la sentenza ha fatto corretta applicazione di quell’insegnamento giurisprudenziale - ripreso da dottrina che nel 2016 si è occupata del rito speciale in materia di contratti **pubblici** - secondo cui il giudice amministrativo, una volta che abbia annullato l'aggiudicazione definitiva dell'appalto, può disporre il subentro della ricorrente nel contratto a condizione (tra l’altro) che il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara.

13.2. La seconda statuizione è censurata in via subordinata da Prodeo, che ne deduce l’ingiustizia manifesta “per omessa dichiarazione di immediata inefficacia del contratto” (motivo II.2.), invocando:

- il principio affermato da Adunanza Plenaria n. 13/2011 (e riportato in un noto commento dottrinale del 2017 al codice del processo amministrativo), secondo cui, nel caso in cui il vizio dell’aggiudicazione comporti l’obbligo di rinnovare l’intera gara, sussiste per il giudice il dovere di caducare immediatamente il contratto;

- l'erronea valutazione delle circostanze di fatto e dei contrapposti interessi in giuoco, poiché sarebbero prevalenti l'interesse di Prodeo e quello pubblico su quello di Plurima, essendo quest'ultima "soggetto illegittimamente selezionato" e non risultando il contratto in una fase avanzata di esecuzione.

13.3. Al riguardo, va in primo luogo rilevato che proprio il commento dottrinale 2017 richiamato da Prodeo ha affermato, nello stesso passo da quest'ultima indicato, la non condivisibilità della tesi enunciata da Ad. Plen n. 13/2011 e per la quale "in caso di vizio che comporta il rinnovo della gara, il giudice deve caducare il contratto senza poter valutare comparativamente l'interesse all'annullamento e l'interesse al mantenimento del contratto": anzi, appena più oltre, lo stesso commento ha evidenziato che proprio l'ipotesi che qui ricorre (ovvero, laddove non è certo che il ricorrente può conseguire l'aggiudicazione e l'esecuzione del contratto è appena iniziata) è quella "che può lasciare maggior margine alle valutazioni caso per caso".

13.4. Il primo Giudice ha, dunque, compiuto una simile valutazione del concreto caso sottoposto al suo esame, pervenendo a una soluzione per così dire "mediana" tra caducazione immediata e mantenimento del contratto sino alla sua scadenza naturale, e cioè stabilendo di mantenere in vita il contratto già stipulato da Plurima solo nelle more della ripetizione della gara e sino alla conseguente, nuova aggiudicazione: e così operando non è incorso in

quell'<evidente eccesso di potere giurisdizionale> denunciato da Plurima nel subordinato motivo di appello qui all'esame, bensì ha operato, quanto alla fissazione della decorrenza della dichiarazione di inefficacia, quella valutazione discrezionale che gli è attribuita dall'art. 122 c.p.a. in ordine al "se ed entro quali limiti privare di effetti il contratto stipulato" (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 19/02/2018, n.1032 e 5/11/2014, n. 5478).

13.5. E ciò all'esito di una analisi e selezione degli interessi in giuoco (l'interruzione del servizio comprometterebbe l'ordinato svolgimento dell'attività amministrativa e assistenziale di reperimento dei documenti da parte del Policlinico, senza arrecare alcun beneficio a Prodeo, cui non spetta il subentro nel contratto) che sfugge, sul piano logico, alle censure in contrario mosse dalla stessa Prodeo, la quale fa leva:

- da un lato, su una asserzione non veritiera, e cioè che Plurima sia stata illegittimamente selezionata, mentre ad essere passibile di annullamento è, come si è visto, non l'aggiudicazione "a valle" in favore di Plurima, bensì l'intera gara sin dall'atto di indizione, stante l'illegittimità del metodo prescelto "a monte" per procedere all'aggiudicazione;
- dall'altro, su una pretesa (la "riconsegna" a sé del materiale già affidato a Plurima) infondata, dal momento che Prodeo non può, come più volte si è detto, subentrare nel contratto *de quo*.

13.6. L'unico profilo di condivisibilità del secondo motivo di appello è ravvisabile nella deduzione secondo cui la statuizione del Tar non individuerebbe un preciso *dies a quo* di inefficacia del contratto.

Tale effettiva indeterminatezza temporale può essere ovviata integrando, in questa sede d'appello, la motivazione resa sul punto dal primo Giudice (ultimo periodo del richiamato capo 2.a.6.a.) con l'assegnazione al Policlinico di un *dies ad quem* (sessanta giorni dalla pubblicazione della presente sentenza) entro cui adottare la deliberazione direttoriale di indizione della nuova gara con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa: in tal modo, fermo restando che l'attuale contratto cesserà i propri effetti all'atto dell'individuazione del relativo aggiudicatario, viene stabilita una precisa scadenza di avviamento della procedura in esecuzione della presente decisione in modo da raggiungere una sufficiente delimitazione, sotto il profilo diacronico, del periodo di "ultrattività" contrattuale.

14. *Statuizioni conclusive.*

Conclusivamente, occorre assumere la seguenti statuizioni:

- I. i due appelli in epigrafe vanno riuniti;
- II. l'appello n. 6799 del 2018 va dichiarato inammissibile;
- III. l'appello principale Prodeo n. 5884/2018 va respinto;
- IV. va, altresì, respinto l'appello incidentale del Policlinico in seno a tale ultimo ricorso n. 5884/2018;

V. la gravata sentenza Tar Bari n. 1068/2018 va confermata con l'integrazione motivazionale di cui al precedente capo 13.6.;

VI. le spese del grado possono essere compensate tra tutte le parti, stante la evidente peculiarità della controversia e il suo stesso articolato esito.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così decide sugli stessi:

I. li riunisce;

II. dichiara inammissibile l'appello n. 6799 del 2018;

III. respinge l'appello principale n. 5884/2018;

IV. respinge l'appello incidentale, proposto dal Policlinico di Bari in seno al ricorso n. 5884/2018;

V. conferma, con l'integrazione motivazionale di cui al capo 13.6. della motivazione, la gravata sentenza Tar Bari n. 1068/2018;

VI. compensa, tra tutte le parti, le spese del grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Giorgio Calderoni, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

L'ESTENSORE
Giorgio Calderoni

IL PRESIDENTE
Lanfranco Balucani

IL SEGRETARIO