



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3615 del 2012, proposto da:

La Splendor s.n.c. di Palmieri Giuseppe & C., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Battista Di Matteo, con il quale è domiciliata in Napoli presso la Segreteria del T.A.R., ex art. 25 c.p.a.;

contro

A.G.I.S. - Agenzia Gestione Impianti Sportivi della Provincia di Caserta, non costituita;

Provincia di Caserta, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Romano, con il quale è domiciliata in Napoli presso la Segreteria del T.A.R., ex art. 25 c.p.a.;

nei confronti di

Scala Enterprise s.r.l., non costituita;

- per l'annullamento della determina n.88 del 2 luglio 2012 di revoca dell'aggiudicazione definitiva all'impresa ricorrente dell'appalto del servizio di pulizia e conduzione degli impianti tecnologici presso lo stadio del nuoto ed il palazzetto dello sport di caserta;

- per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto stipulato con Scala Enterprise s.r.l.;

- per la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno ingiusto subito dalla ricorrente.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Caserta;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 luglio 2013 il dott. Pierluigi Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con l'atto introduttivo del giudizio, notificato in data 27 luglio 2012 e depositato il 1° agosto seguente, La Splendor s.n.c. di Palmieri Giuseppe & C. ha premesso di essersi aggiudicata in via definitiva, con provvedimento del 19 gennaio 2012 (parzialmente modificato con determina del 23 gennaio 2012), l'appalto per il servizio

triennale di pulizia e conduzione degli impianti tecnologici presso lo stadio del nuoto ed il palazzetto dello sport di Caserta, in esito alla gara con procedura aperta indetta dall'A.G.I.S. - Agenzia Gestione Impianti Sportivi della Provincia di Caserta, avendo offerto il prezzo più basso ex art. 82 del D. Lgs. 163/2006.

Le prestazioni iniziavano in data 1 marzo 2012, su richiesta dell'amministrazione committente motivata da ragioni di urgenza e senza la previa stipula del relativo contratto. Nel mese di giugno 2012 l'A.G.I.S. diffidava la ditta ricorrente ad assumere tutto il personale dipendente dell'impresa uscente, alle stesse condizioni già praticate, ai sensi dell'art. 10 del capitolato speciale d'appalto.

Non avendo ottenuto positivo riscontro alla richiesta ed avendo anche appreso dell'invito rivolto dalla ditta ai propri lavoratori di interrompere le prestazioni per il periodo di chiusura al pubblico degli impianti (dall'1.7.2012 al 31.8.2012), sebbene l'art. 6 del capitolato prevedesse lo svolgimento dei lavori di ordinaria manutenzione nel suddetto arco temporale, l'A.G.I.S. emetteva in data 2 luglio 2012 il provvedimento in epigrafe indicato, con cui disponeva di "revocare ed annullare" in autotutela l'aggiudicazione dell'appalto, con risoluzione del relativo rapporto e liquidazione del compenso per il servizio svolto dall'1 marzo al 30 giugno 2012, e di affidare il servizio alla ditta seconda classificata Scala Enterprise s.r.l..

A sostegno del ricorso, La Splendor ha formulato i seguenti motivi:

- 1) violazione dell'art. 7 della L. n. 241 del 1990 per la mancata comunicazione di avvio del procedimento;
- 2) eccesso di potere – falso presupposto – difetto di istruttoria e di motivazione – errore, travisamento, sviamento manifesta illogicità ed ingiustizia – violazione dell'art. 21 nonies della L. n. 241 del 1990 – per il mancato apprezzamento degli interessi dell'impresa ricorrente e l'omessa esplicitazione dell'interesse pubblico e delle ragioni della sua prevalenza sull'affidamento ingenerato nell'aggiudicataria;
- 3-4) eccesso di potere – falso presupposto – difetto di istruttoria e di motivazione sotto diverso profilo – ove assume di aver assunto tutti i 12 dipendenti dell'impresa uscente Logicop soc. coop. a r.l. e di aver rispettato gli articoli 8 e 10 del capitolato speciale d'appalto; sostiene inoltre l'applicabilità al caso di specie dell'art.4, lettera b, del C.C.N.L. relativo ai servizi di pulizia integrati e multiservizi, in quanto si tratterebbe di appalto affidato a condizioni diverse dalle precedenti; lamenta infine che anche la controinteressata Scala Enterprise s.r.l. non avrebbe garantito ai lavoratori il rispetto del medesimo trattamento previsto in caso di passaggio di cantiere.

Nel costituirsi in giudizio, la Provincia di Caserta ha aggiunto in fatto le seguenti ulteriori circostanze:

- considerato che la Splendor aveva assunto i dipendenti dell'impresa uscente con orario di lavoro settimanale ridotto del 50% (come comunicato dall'O.S. UIL Trasporti di Caserta con nota del 18 maggio 2012), in data 18 aprile 2012 si teneva un incontro presso la Direzione territoriale di Caserta del Ministero del lavoro e delle politiche sociali tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori, la stazione appaltante e la ditta aggiudicataria, ove veniva contestata a quest'ultima la mancata applicazione dell'art. 4, lettera a), del CCNL di categoria e dell'art. 8 del capitolato speciale di appalto;
- stante la mancata ottemperanza da parte dell'impresa, in data 12 giugno 2012 l'amministrazione le inviava una lettera raccomandata (a firma dell'avv. P. Romano) con cui la diffidava "*all'assunzione di tutto il personale già dipendente dell'impresa uscente alle stesse condizioni giuridico-normative che godevano presso quest'ultima, con l'avvertimento che, in caso contrario, la Provincia di Caserta sarà costretta ad adottare i consequenziali provvedimenti/atti amministrativi [...]*";
- a seguito di ricorso proposto dalla seconda classificata (R.G. n. 1038/2012), nella camera di consiglio del 20 giugno 2012, questa Sezione accoglieva la domanda cautelare con espressa inibizione alla stipula del contratto fino alla definizione del merito del ricorso (per il quale fissava l'udienza pubblica del 7 novembre 2012);
- con atti inviati agli addetti al servizio in data 27 giugno 2012, La Splendor comunicava l'interruzione della

prestazione lavorativa e della retribuzione nel periodo di chiusura al pubblico degli impianti sportivi ossia dall'1 luglio al 31 agosto 2012 (senza peraltro fornire alcuna comunicazione all'A.G.I.S., che veniva informata del fatto dai lavoratori).

Tanto premesso, la resistente amministrazione ha eccepito in rito l'inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso per difetto di interesse in relazione alle statuizioni rese nel già citato giudizio iscritto al n. 1038/2012 di R.G.. Nel merito, l'ente pubblico ha chiesto, comunque, la reiezione delle domande attoree per l'infondatezza delle censure dedotte.

Alla camera di consiglio del 12 settembre 2012 la Sezione ha respinto l'istanza incidentale di sospensione dell'efficacia degli atti impugnati. La decisione cautelare è stata confermata dal Consiglio di Stato, Sezione V, con ordinanza n.4982 del 18 dicembre 2012.

La parte ricorrente ha successivamente depositato memoria difensiva e documenti, insistendo nelle proprie richieste.

Alla pubblica udienza del 3 luglio 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In via pregiudiziale va disattesa l'eccezione sollevata in rito dall'amministrazione resistente atteso che la mera proposizione di un distinto ricorso avverso l'aggiudicazione da parte della seconda classificata (R.G. n. 1038/2012), con l'interinale esito favorevole della domanda cautelare, in assenza di una sentenza definitiva di accoglimento, non vale ad escludere la sussistenza dell'interesse dell'odierna ricorrente a conservare gli effetti dell'affidamento dell'appalto e ad agire quindi in via giurisdizionale per conseguire l'annullamento del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione ed il risarcimento del danno. Va peraltro aggiunto che, nelle more del giudizio, la suddetta causa è stata definita da questo T.A.R. con sentenza n. 4567 del 12 novembre 2012, resa in forma semplificata, con la quale è stata dichiarata l'improcedibilità del gravame per sopravvenuto difetto d'interesse.

Nel merito il presente ricorso è comunque infondato e va pertanto respinto.

2. In primo luogo, non merita accoglimento la censura di violazione dell'art.7 della legge n. 241 del 1990.

Come si evince dalla documentazione depositata in giudizio dalla Provincia di Caserta, con riguardo alla prima ragione giustificativa posta a base della determina in discussione, in data 18 aprile 2012 la ditta aggiudicataria ha partecipato all'apposito incontro tenutosi presso la Direzione territoriale di Caserta del Ministero del lavoro e delle politiche sociali con le organizzazioni sindacali dei lavoratori e la stazione appaltante, ove le è stata contestata la mancata applicazione dell'art. 4, lettera a), del CCNL di categoria e dell'art. 8 del capitolato speciale di appalto, con esplicito invito rivolto dai rappresentanti sindacali alla stazione appaltante ad adottare gli atti consequenziali. Successivamente, stante la mancata ottemperanza da parte dell'impresa, in data 12 giugno 2012, l'amministrazione le ha inviato una lettera raccomandata (a firma dell'avv. P. Romano) con cui l'ha diffidata "*all'assunzione di tutto il personale già dipendente dell'impresa uscente alle stesse condizioni giuridico-normative che godevano presso quest'ultima, con l'avvertimento che, in caso contrario, la Provincia di Caserta sarà costretta ad adottare i consequenziali provvedimenti/atti amministrativi [...]*".

Nella presente fattispecie può farsi pertanto applicazione al principio del raggiungimento dello scopo, recepito nell'art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990, in base al quale deve escludersi il vizio nei casi in cui lo scopo della partecipazione del privato sia stato comunque raggiunto anche in difetto della comunicazione di avvio o vi sia comunque un atto equipollente alla formale comunicazione (cfr. tra le tante Consiglio di Stato, sez. IV, 2.11.2010, n. 7732; 27.1.2011, n. 609), come accaduto nel caso di specie.

3. Si palesano infondate anche le doglianze con le quali sono stati dedotti nei confronti dell'operato dell'autorità

amministrativa i vizi di difetto dei presupposti, carenza di istruttoria e di motivazione.

3.1. Invero, entrambe le ragioni poste a fondamento dell'atto di revoca trovano conferma nella complessiva documentazione versata in giudizio, atteso che non risulta contestato in fatto né che La Splendor ha assunto i dipendenti dell'impresa uscente con orario di lavoro settimanale ridotto del 50% (come segnalato dall'O.S. UIL Trasporti di Caserta con nota del 18 maggio 2012) né che la stessa ditta ha inviato agli addetti al servizio le lettere (datate 27 giugno 2012) con le quali li ha invitati ad interrompere la prestazione lavorativa nel periodo (dall'1 luglio al 31 agosto 2012) di chiusura al pubblico degli impianti sportivi (senza peraltro informare l'A.G.I.S.) ed ha manifestato la volontà di non retribuirli nel suddetto arco temporale.

3.2. In punto di diritto, ambedue le condotte censurate dalla stazione appaltante si pongono in contrasto con le previsioni del capitolato speciale d'appalto. Con riguardo al primo profilo, l'art. 10, comma 1, così recita: *“L'impresa aggiudicataria si impegna al rispetto delle norme contrattuali vigenti in materia di salvaguardia dell'occupazione e, pertanto, essa è, in ogni caso, obbligata ad assumere tutto il personale, già dipendente dell'impresa uscente, nel rispetto delle norme contenute nel C.C.N.L. di categoria e, comunque, in numero non inferiore a dodici unità”*. Al riguardo, l'art. 4 del CCNL relativo ai servizi di pulizia integrati e multiservizi – dopo aver *“Rilevato che il settore è caratterizzato, nella generalità dei casi, dalla produzione di servizi tramite contratti di appalto e che da questo conseguono frequenti cambi di gestione fra le imprese con risoluzione di rapporti di lavoro da parte dell'impresa cedente e predisposizione delle necessarie risorse lavorative, con assunzioni con assunzioni “ex novo” da parte dell'impresa subentrante [...]”* – distingue le seguenti due ipotesi: *“a) in caso di cessazione di appalto a parità di termini, modalità e prestazioni contrattuali l'impresa subentrante si impegna a garantire l'assunzione senza periodo di prova degli addetti esistenti in organico sull'appalto – risultante da documentazione probante che lo determini – almeno quattro mesi prima della cessazione stessa, salvo casi particolari quali dimissioni, pensionamenti, decessi; b) in caso di cessazione di appalto con modificazioni di termini, modalità e prestazioni contrattuali, l'impresa subentrante – ancorchè sia la stessa che già gestiva il servizio – sarà convocata presso l'Associazione territoriale cui conferisce mandato [...] con la Rappresentanza sindacale aziendale e le Organizzazioni sindacali [...], al fine di armonizzare le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali [...], anche facendo ricorso a processi di mobilità [...] ovvero a strumenti quali part-time, riduzione orario di lavoro, flessibilità delle giornate lavorative, mobilità.”*

Orbene, come emerge dal verbale riferito al già citato incontro tenutosi presso la Direzione territoriale di Caserta del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, alla stregua di quanto documentato in quella sede dall'A.G.I.S. e stante la genericità della contestazione sul punto da parte dell'impresa, l'appalto risulta aggiudicato alle stesse condizioni già in atto con conseguente obbligo della ditta subentrante, secondo l'evocata previsione di cui alla lettera a) dell'art. 4 del CCNL di categoria, di assumere alle stesse condizioni normative il personale già dipendente dell'impresa uscente.

Anche la preannunciata interruzione del servizio e della retribuzione per il periodo estivo si pone in evidente contrasto con il capitolato speciale di appalto, che agli artt. 6 e 7 dispone lo svolgimento di lavori di ordinaria manutenzione nel periodo di chiusura al pubblico delle strutture sportive sia per l'attività di pulizia che per la conduzione degli impianti tecnologici.

3.3. Contrariamente a quanto obiettato, risultano anche chiaramente esplicitati nel provvedimento sia l'interesse pubblico sotteso all'esercizio dell'autotutela che le ragioni della sua prevalenza sull'affidamento ingenerato nell'aggiudicataria. Ivi si rileva, infatti, nell'ottica *“di scegliere l'imprenditore più serio ed affidabile per la più corretta e tempestiva esecuzione dell'appalto”*, che *“il voler da parte della ditta aggiudicataria La Splendor snc*

applicare ai lavoratori condizioni giuridico-normative diverse da quelle contemplate dal Capitolato Speciale di Appalto e sospendere i lavoratori addetti al servizio di pulizia per gli interi mesi luglio ed agosto 2012 e non retribuirli per tali mesi integrano ripetuti inadempimenti agli obblighi nascenti dall'aggiudicazione che, unitariamente e singolarmente considerato, denotano inequivocabilmente l'inaffidabilità della ditta La Splendor snc, dopo essersi aggiudicata definitivamente la gara”.

3.4. Al riguardo deve osservarsi che in materia di appalti pubblici, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. III, 11.7.2012, n. 4116), anche dopo l'intervento dell'aggiudicazione definitiva, non è precluso all'amministrazione appaltante di revocare l'aggiudicazione stessa, in presenza di un interesse pubblico individuato in concreto, del quale occorre dare atto nella motivazione del provvedimento di autotutela, alla stregua dei principi generali dell'ordinamento giuridico, i quali, oltre che espressamente codificati dall'art. 21 quinquies della l. 241/90, trovano fondamento negli stessi principi costituzionali predicati dall'art. 97 della Costituzione, ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa. L'esercizio di tale potere, peraltro, tenuto conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse che lo giustificano, non è subordinato al ricorrere di ipotesi tipiche, tassativamente predeterminate dal legislatore, ma è rimesso alla valutazione ampiamente discrezionale della stazione appaltante, attraverso un giudizio sulla capacità di gestione del servizio e sull'affidabilità della ditta prescelta in relazione ai requisiti morali posseduti, sindacabile in sede di legittimità solo per manifesta illogicità delle scelte operate (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 30.12.2005, n. 7580).

3.5. Nel caso di specie, il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione è stato sostanzialmente adottato per il venir meno del rapporto fiduciario con l'aggiudicataria, che deve necessariamente connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico, in conseguenza dei comportamenti tenuti dall'aggiudicataria prima della stipula del contratto.

Ritiene dunque il Collegio che le conclusioni cui è pervenuta l'amministrazione sulla scorta di tali elementi non sia né illogica né irragionevole non essendo seriamente contestabile che il rapporto fiduciario tra la stazione appaltante e l'impresa aggiudicataria della gara sia gravemente compromesso dal mancato rispetto delle fondamentali garanzie poste a tutela dei lavoratori.

4. Infine è inconferente l'ultima doglianza formulata – ove si lamenta che anche la nuova aggiudicataria Scala Enterprise s.r.l. non avrebbe garantito ai lavoratori il rispetto del medesimo trattamento previsto in caso di passaggio di cantiere – atteso che, da un lato, i fatti successivi all'adozione del provvedimento impugnato non possono refluire sulla sua legittimità ma solo giustificare eventualmente l'attivazione delle potestà pubblicistiche rimesse alle cure dell'amministrazione, dall'altro, che secondo il disposto dell'art. 34, comma 2, primo periodo, del c.p.a., *“In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati.”*

5. Il ricorso, in definitiva, si palesa infondato e deve essere pertanto rigettato.

La peculiarità delle questioni trattate giustifica, peraltro, l'equa compensazione delle spese di lite, fatto salvo il contributo unificato, che per legge resta definitivamente a carico della parte soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate, fatto salvo il contributo unificato, che resta definitivamente a carico della parte soccombente.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del 3 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere

Pierluigi Russo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/09/2013

IL SEGRETARIO

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