

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 976 del 2014, proposto da:
PUL SERVICE S.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avv. Simona Piolatto e Veronica Navarra, con
domicilio eletto presso lo studio della prima in Torino, corso Trapani 59;

contro

FARMACIE COMUNALI DI TORINO S.P.A., in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Gili, con domicilio
eletto presso lo studio del medesimo in Torino, Via Vela, 29;

nei confronti di

PULIART S.N.C., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita;

per l'annullamento

- della comunicazione della stazione appaltante del 30.5.2014
AMM/VAL/2014/538/U,
dell'8-7-2014 prot. AMM./VAL/2014/667/U e del 7.7.2014 prot.
AMM/VAL/2014/663/U, di esclusione dalla gara, revoca dell'aggiudicazione
provvisoria ed aggiudicazione definitiva alla Puliart snc;
- di ogni altro provvedimento in essi richiamato, collegato precedente o successivo;

- nonchè per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, e per il risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Farmacie Comunali di Torino S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 gennaio 2015 il dott. Ariberto Sabino Limongelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con lettera di invito del 9 maggio 2014, Farmacie Comunali Torino s.p.a. ha indetto una procedura negoziata di cottimo fiduciario, tramite procedura telematica, per l'affidamento del servizio di pulizia delle farmacie comunali per il periodo dal 1 giugno 2014 al 31 maggio 2015, per un importo a base di gara pari ad € 201.600,00 oltre IVA ed oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso pari ad € 2.500,00.

La lettera di invito prevedeva l'aggiudicazione secondo il criterio del prezzo più basso, ai sensi dell'art. 82 comma 3 del D. Lgs. n. 163/2006, da individuarsi nel maggior ribasso percentuale offerto sul costo orario netto a base di gara, pari ad € 16,00/h (per una quantità annua di ore pari a 12.600), fatta salva l'eventuale verifica della congruità dell'offerta, ai sensi dell'art. 86 comma 3 D. Lgs. n. 163/2006.

Alla gara partecipavano numerose imprese.

1.2. All'esito della valutazione delle offerte, veniva dichiarata aggiudicataria provvisoria la concorrente Pul Service s.r.l., che aveva presentato il maggior ribasso percentuale sul costo orario netto a base di gara, pari al 25,53%. Al

secondo posto si classificava la concorrente Puliart s.n.c. con un ribasso percentuale pari al 23,81%.

1.3. L'offerta dichiarata aggiudicataria provvisoria era sottoposta al procedimento di verifica di congruità di cui all'art. 83 comma 3 D. Lgs. n. 163/2006.

1.4. Nelle more di tale verifica, il servizio era avviato in via d'urgenza a decorrere dal 3 giugno 2014 in considerazione dell'impossibilità di prorogare ulteriormente il servizio appena scaduto perché già oggetto di due precedenti proroghe nei confronti del medesimo gestore, e tenuto conto dell'avvenuto previo esperimento di altra procedura negoziata andata deserta.

1.5. La verifica di congruità dell'offerta Pul Service si concludeva negativamente, con un giudizio conclusivo di non serietà e di inattendibilità dell'offerta economica di detta concorrente; ciò sul rilievo che detta offerta aveva *“evidenziato l'applicazione di due diversi CCNL nei confronti del personale svolgente la stessa attività e negli stessi luoghi; ciò è apparso alla scrivente Stazione appaltante in palese contrasto con l'art. 2070 c.c., stante l'illegittimità della scelta di impiegare operatori diversamente retribuiti nel contesto del medesimo appalto di pulizie, tale da turbare la corretta e serena esecuzione dell'appalto e da esporre la scrivente Amministrazione a grave pregiudizio”*.

1.6. L'esito negativo della verifica di congruità induceva la stazione appaltante a disporre, con provvedimento del 7 luglio 2014, l'esclusione di Pul Service s.r.l. dalla procedura di gara, con conseguente revoca dell'aggiudicazione provvisoria già disposta in suo favore e aggiudicazione definitiva della gara (previa verifica di congruità) alla concorrente Puliart, seconda classificata.

1.7. Con nota del 15 luglio 2014 la stazione appaltante disponeva l'avvio del servizio in via d'urgenza da parte di Puliart, a far data dal 16 luglio fino al 30 agosto 2014 (periodo successivamente prorogato fino al 30 settembre 2014).

2. Con ricorso portato alla notifica il 28 luglio 2014 e depositato l'8 agosto 2014, Pul Service impugnava la propria esclusione dalla gara e la contestuale

aggiudicazione definitiva della stessa a Puliart e ne chiedeva l'annullamento sulla scorta di due motivi, con i quali deduceva:

2.1) *violazione degli artt. 11, 12, 86 e ss. del D. Lgs. n. 163/2006 e degli artt. 193, 328, 329 e ss del DPR 207/2010 nonché la lesione del legittimo affidamento*; lamentava, in particolare, che la stazione appaltante: a) avesse proceduto alla verifica di congruità dell'offerta dopo l'aggiudicazione provvisoria, anziché prima di tale momento; b) avesse preteso la stipulazione della cauzione definitiva dopo l'aggiudicazione provvisoria, anziché dopo l'aggiudicazione definitiva; c) avesse disposto l'avvio del servizio in via d'urgenza dopo l'aggiudicazione provvisoria, anziché dopo quella definitiva; d) avesse lasciato decorrere inutilmente il termine di 30 giorni per l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, così ingenerando nella ricorrente il legittimo affidamento nella definitività dell'aggiudicazione;

2.2) *eccesso di potere per erroneità e falsità dei presupposti, illogicità, insufficienza della motivazione, errata interpretazione della normativa presupposta, travisamento dei fatti, errore di fatto e di diritto, incongruità dell'istruttoria*; in particolare, la ricorrente deduceva l'erronea interpretazione da parte della stazione appaltante dell'art. 2070 c.c., l'insussistenza di un obbligo di legge di applicare un unico CCNL (nella specie il CCNL Multiservizi) al personale impiegato nel servizio e l'inesistenza di un diritto dei lavoratori di una medesima impresa alla parità di retribuzione, nonché l'illogicità del giudizio della commissione di gara e l'insufficienza della motivazione.

2.3. Chiedeva conclusivamente l'annullamento dell'atto impugnato, previa sospensione incidentale, e la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento del danno in forma specifica, o, in subordine, per equivalente.

3. Si costituiva in giudizio la stazione appaltante Farmacie Comunali Torino s.p.a., depositando documentazione e resistendo al gravame con memoria. Non si costituiva, invece, la controinteressata Puliart s.n.c., ritualmente intimata con atto notificato (ricevuto) il 30 luglio 2014.

4. Con ordinanza n. 338/14 del 18 settembre 2014, la Sezione accoglieva la domanda cautelare ritenendo fondate, in particolare, le censure dedotte con il secondo motivo di ricorso in ordine all'erronea applicazione dell'art. 2070 c.c. ai fini della formulazione del giudizio di anomalia dell'offerta di parte ricorrente; disponendo, per l'effetto, che la stazione appaltante provvedesse, fino alla definizione del merito, ad immettere nuovamente la società ricorrente nella gestione provvisoria e urgente del servizio (già avvenuta dal 3 giugno al 15 luglio 2014).

5. In prossimità dell'udienza di merito, entrambe le parti depositavano memorie conclusive.

6. La stazione appaltante, con nota del responsabile del procedimento, precisava di aver disposto, in esecuzione dell'ordinanza cautelare della Sezione, la riammissione della società ricorrente nella gestione provvisoria ed urgente del servizio, sino alla definizione nel merito della controversia e con riserva dell'esito del giudizio.

7. All'udienza pubblica dell'8 gennaio 2015, dopo la discussione orale dei difensori delle parti, la causa era trattenuta per la decisione.

8. Il giorno successivo era depositato il dispositivo della presente decisione.

9. Tutto ciò premesso, osserva il collegio che il ricorso è fondato e va accolto: in particolare, sono fondate e assorbenti le censure dedotte con il secondo motivo.

9.1. Giova osservare che la lettera di invito prevedeva l'impegno del concorrente aggiudicatario del servizio a *“riconoscere a tutto il personale, anche se socio di cooperativa, il trattamento economico e normativo previsto dal relativo C.C.N.L. , nonché dalle disposizioni di eventuali intese intervenute in sede provinciale, con particolare riferimento alle garanzie occupazionali per il personale dell'operatore economico cessante”* (pag. 2, punto iii).

In sostanza, la legge di gara obbligava il concorrente aggiudicatario a riassorbire il personale impiegato dal gestore uscente e a garantire l'applicazione a detto personale del C.C.N.L. di categoria.

Il personale impiegato dal gestore uscente era stato contrattualizzato in applicazione del C.C.N.L. Multiservizi.

9.2. Nella propria domanda di partecipazione alla gara, la società ricorrente ha reso la dichiarazione di impegno prevista dalla lettera di invito in ordine al riassorbimento del personale del gestore uscente alle medesime condizioni contrattuali, e nella propria offerta economica ha ulteriormente specificato di aver determinato il costo del lavoro del personale impiegato nel servizio facendo applicazione del C.C.N.L. Multiservizi.

Ha poi aggiunto, sempre nell'offerta economica, che eventuali sostituzioni del personale riassorbito per assenze legate a ferie, permessi, malattie e altri eventi sospensivi della prestazione lavorativa sarebbero state gestite *“con risorse già presenti all'interno dell'organico aziendale e assunte con il CCNL Servizi CISAL per i dipendenti da aziende del settore dei Servizi con qualifica di addetti ai servizi di pulizia di 8° livello di inquadramento per un monte ore mensili pari a 42,25 ore”*.

Sempre nella stessa offerta, la ricorrente ha precisato che il costo orario medio del personale in base al CCNL Multiservizi è di € 11,59/h, mentre il costo orario medio del personale in base al CCNL Cisl è di € 7,71/h.

9.3. La stazione appaltante ha ritenuto che tale diversificazione di trattamento retributivo del personale impiegato nello stesso servizio, dipendente dall'applicazione di due diversi CCNL, sia illecita perché *“in palese contrasto con l'art. 2070 c.c.”*, e ciò a causa della *“illegittimità della scelta di impiegare operatori diversamente retribuiti nel contesto di un medesimo appalto di pulizie, tale da turbare la corretta e serena esecuzione dell'appalto e da esporre la scrivente a grave pregiudizio”*. Su tali presupposti, ha ritenuto l'offerta di parte ricorrente non seria e non attendibile, quindi incongrua, disponendo per l'effetto l'esclusione della ricorrente dalla gara e la revoca dell'aggiudicazione provvisoria già disposta in suo favore.

La difesa della stazione appaltante ha aggiunto, nelle deduzioni svolte nel presente giudizio, che nel caso di specie l'applicazione di due diversi CCNL a personale parimenti impiegato nello stesso servizio e negli stessi luoghi, oltre ad integrare violazione dell'art. 2070 c.c., produrrebbe una disparità di trattamento retributivo e una penalizzazione dei lavoratori a cui è applicato il contratto Cisal rispetto a quelli cui è applicato il contratto Multiservizi.

10. Ritiene il collegio che le ragioni addotte dall'Amministrazione per giustificare l'esclusione dalla gara della società ricorrente non possano essere condivise.

10.1. Secondo l'orientamento ormai costante della Cassazione (a partire dalla decisione delle Sezioni Unite 26 marzo 1997, n.2665) il comma 1 dell'art. 2070 c.c., secondo cui l'appartenenza alla categoria professionale, ai fini dell'applicazione del contratto collettivo, si determina secondo l'attività effettivamente esercitata dall'imprenditore, non opera nei riguardi della contrattazione collettiva di diritto comune, che ha efficacia vincolante limitatamente agli iscritti alle associazioni sindacali stipulanti e a coloro che, esplicitamente o implicitamente, al contratto abbiano prestato adesione.

10.2. Pertanto, persino nell'ipotesi in cui il contratto di lavoro individuale sia stato regolato con riferimento ad un contratto collettivo di diritto comune proprio di un settore non corrispondente a quello dell'attività svolta dell'imprenditore, il lavoratore non può aspirare all'applicazione di un contratto collettivo diverso se il datore di lavoro non vi è obbligato per appartenenza sindacale, ma può solo eventualmente richiamare tale disciplina come termine di riferimento per la determinazione della retribuzione ex art. 36 cost., deducendo la non conformità al precetto costituzionale del trattamento economico previsto nel contratto applicato (Cass. Civ. sez. lav. 23 giugno 2003, n. 9964).

10.3. In sostanza, nell'ordinamento vigente l'applicazione di un determinato contratto collettivo può discendere soltanto dall'adesione del datore di lavoro ad

una sigla sindacale (circostanza non ricorrente nella specie in esame, avendo la parte ricorrente dedotto di non aderire ad alcuna sigla sindacale, e non avendo l'Amministrazione provato il contrario). In tutti gli altri casi, l'imprenditore è libero di scegliere il contratto collettivo da applicare al proprio personale, persino qualora esso non sia propriamente pertinente alla tipologia delle mansioni espletate da quest'ultimo, in tal caso essendo onere del lavoratore provare l'inadeguatezza della retribuzione in relazione alla qualità e alla quantità del lavoro prestato, ai sensi dell'art. 36 Cost..

10.4. Il che comporta che, una volta ammessa l'applicazione di un contratto differente, non si può pretendere che vi sia il medesimo trattamento economico, ma la stazione appaltante può solo richiedere che il trattamento economico previsto nel C.C.N.L. proposto sia conforme al precetto dell'art. 36 della Costituzione (tenuto anche conto di quanto previsto attualmente, in tema di verifica delle offerte anormalmente basse, dall'art. 87 comma 3 del Codice dei contratti pubblici, secondo cui "Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge", con la conseguenza che l'offerta economica deve essere, in questi casi, automaticamente esclusa dalla gara).

10.5. Nel caso di specie, la società ricorrente non solo ha dedotto - senza essere smentita - di non aderire ad alcuna sigla sindacale, ma per di più ha dichiarato in gara che avrebbe applicato al personale impiegato nel servizio due diversi contratti collettivi entrambi pacificamente pertinenti alla tipologia di mansioni da espletare, e cioè il CCNL Multiservizi al personale riassorbito dal gestore uscente (come previsto dalla legge di gara) e il CCNL Cisal al proprio personale già impiegato in altri servizi e da utilizzare solo per le eventuali, fisiologiche, sostituzioni temporanee del personale riassorbito.

10.6. La circostanza che i due contratti collettivi applicati prevedano trattamenti retributivi differenziati (più elevati quelli del Multiservizi rispetto al Cisal) non integra di per sé alcuna violazione del principio di adeguatezza della retribuzione di cui all'art. 36 Cost.; anzi, il solo fatto che la retribuzione sia determinata con riferimento a due contratti collettivi entrambi pertinenti al servizio da espletare di per sé attesta il rispetto della norma costituzionale, ovvero la corresponsione, in entrambi i casi, di un trattamento retributivo congruo (benché differenziato).

10.7. Né sussiste nel nostro ordinamento un principio di parità di trattamento retributivo a parità di mansioni e qualifiche, essendo le differenze retributive legittime fintantoché non siano poste in essere in attuazione di discriminazioni vietate dalla legge, come quelle fondate su ragioni di sesso, età, razza, religione, opinioni politiche e simili (Cons. Stato, sez. VI, 3 ottobre 2007 n. 5096), o non implicino l'attribuzione di livelli retributivi inadeguati alla qualità e quantità della prestazione erogata, in violazione dell'art. 36 Cos..

10.8. Inoltre, nel caso di specie, neppure la legge di gara prevedeva l'obbligo per l'impresa aggiudicataria di applicare un medesimo trattamento retributivo a tutto il personale comunque impiegato nel servizio: la disciplina di gara richiedeva unicamente l'impegno dei concorrenti a riassorbire, in caso di aggiudicazione, il personale dipendente già impiegato nel servizio dal gestore uscente con l'applicazione del medesimo CCNL già applicato, ma non prevedeva - né avrebbe potuto - l'obbligo del gestore subentrante di estendere il medesimo trattamento retributivo al proprio personale da utilizzare per eventuali sostituzioni del personale riassorbito.

10.9. Del resto, la motivazione del provvedimento impugnato è del tutto generica e carente sul punto, soprattutto sulle ragioni giuridiche in base alle quali il diverso trattamento retributivo previsto dall'impresa aggiudicataria sarebbe "*tale da turbare*

la corretta e serena esecuzione dell'appalto e da esporre la scrivente Amministrazione a grave pregiudizio".

10.10. Nessuna correlazione può essere istituita tra la fattispecie qui in esame e quella già esaminata e decisa in sede cautelare dalla Sezione con ordinanza n. 239/2014 (richiamata dalla difesa della stazione appaltante e concernente un giudizio che vedeva come parte in causa la stessa odierna società ricorrente), dal momento che in quel caso il giudizio di non congruità dell'offerta formulato dalla stazione appaltante, e giudicato legittimo da questo TAR, era dipeso in modo determinante dalla circostanza che l'offerta economica della ricorrente era stata ripetutamente rimodulata in sede di verifica di congruità con riferimento ai contratti collettivi applicabili al personale dipendente, al fine evidente "di far quadrare i conti", mentre nel caso qui in esame l'offerta economica della ricorrente è stata formulata sin dal principio con il riferimento ai due diversi contratti collettivi, senza subire variazioni in sede di verifica di congruità.

11. Alla luce delle considerazioni di cui sopra, le censure formulate dalla società ricorrente con il secondo motivo sono fondate e vanno accolte, con il conseguente annullamento del provvedimento impugnato e l'assorbimento delle censure residue.

12. Per l'effetto, in accoglimento della domanda di risarcimento in forma specifica formulata dalla parte ricorrente, va affermato l'obbligo della stazione appaltante di concludere il procedimento di gara con l'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla società ricorrente e la conseguente sottoscrizione del contratto, espletate le verifiche di legge.

13. La durata (annuale) del contratto dovrà essere stabilita decurtando il periodo di gestione del servizio già svolto in via di urgenza dalla società ricorrente sia prima che durante lo svolgimento del presente giudizio.

14. Le spese di lite possono essere interamente compensate tra le parti attesa la complessità e la relativa novità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo accoglie e per l'effetto annulla l'atto impugnato, nei sensi e per gli effetti indicati in motivazione.

Spese di lite compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 8 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Ofelia Fratamico, Primo Referendario

Ariberto Sabino Limongelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/01/2015

IL SEGRETARIO

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