

OGGETTO: CONCESSIONE DEL SERVIZIO DI RACCOLTA E GESTIONE DEI RIFIUTI PRODOTTI DALLE NAVI NEL PORTO DI BRINDISI PER UN PERIODO DI 18 (DICIOOTTO) MESI. - CIG: 80008183E1

CHIARIMENTI_01 al 20.09.2019

Sono pervenuti a questa Stazione appaltante i seguenti quesiti:

- Q1: Si richiedono chiarimenti relativamente alla clausola sociale messa al fine di garantire la continuità del rapporto di lavoro in essere, al momento del subentro, al fine di assicurare la continuità del servizio e dell'occupazione, in quanto nell'elenco del personale proposto dalla stazione appaltante risultano 3 persone che dovrebbero lavorare in modo continuativo ed esclusivo nel servizio d'appalto. Andando quindi nel dettaglio dell'elenco del personale posto a base risulta la presenza di una figura con funzione di "Impiegato Tecnico/Amministrativo Coordinatore" che ha un costo annuo lordo compreso di tredicesima e quattordicesima mensilità pari a circa di € 60.000,00, circa un terzo di più rispetto alla somma dei due operatori che fisicamente operano nell'appalto. Appare lapalissiano che una figura tecnica con mansioni amministrative e di coordinamento che opera nell'azienda uscente dai primi anni in cui è stata costituita e cioè dal 2006 non può essere stata acquisita durante precedenti cambi appalti e soprattutto non può attualmente essere dedicata esclusivamente a questo. Si ritiene che in maniera erronea potrebbe essere stato inserito nell'elenco del personale dall'impresa uscente un responsabile tecnico aziendale o addirittura una persona che sino a poche settimane fa o ancora oggi riveste la carica di socio. In virtù di queste considerazioni e in accordo con l'attuale giurisprudenza in materia, la stazione appaltante «dovrebbe entrare» nell'organizzazione imprenditoriale del concorrente uscente, onde predisporre «clausole sociali» che siano il più possibili precise e circostanziate, pena la revoca dell'intera procedura di gara. In conclusione chiediamo pertanto in accordo con la Legge Antitrust e le più recenti segnalazioni delle Authority, in particolare della Autorità Garante della Concorrenza, che è intervenuta recentemente in diversi casi analoghi, di verificare nello specifico che l'operatore assunto, con livello 6 A in data 25/05/2006 con funzione tecnica, amministrativa e di coordinamento, non abbia rivestito e non riveste attualmente cariche aziendali imputabili alla direzione tecnica o societaria dell'impresa verificabili semplicemente tramite visura societaria. In assenza di evidenza di tali verifiche di congruità del personale inserito nella clausola sociale entro dei tempi ragionevolmente congrui al fine di poter formulare offerta saremo costretti in maniera cautelativa a presentare immediato ricorso nelle opportune sedi prima della scadenza della presentazione dell'offerta in autotutela.
- R1: *Il quesito proposto solleva dei dubbi in merito alla clausola sociale inserita nella appalto in oggetto indicato, e segnatamente in ordine al trattamento economico di un lavoratore incluso nell'elenco. Com'è noto l'art. 50 del d.lgs. 50/2016, Codice dei contratti, nel testo introdotto dal decreto "correttivo" d.lgs. 56/2017, dispone che: "(Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi) Per gli affidamenti dei contratti di*



concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto". La modifica legislativa ha reso obbligatorie ("i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono...") le clausole in esame, che invece secondo il testo previgente dell'articolo erano solo facoltative ("i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti possono inserire..."). Orbene ritenendo preliminarmente necessario chiarire un aspetto fondamentale, è sufficiente, sul punto, ricordare che la giurisprudenza del Consiglio di Stato (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. III, 09.11.2018 n. 6326 e Consiglio di Stato, sez. III, 27.09.2018, n. 5551), ha affermato che la cd. clausola sociale (art. 50 d.lgs. n. 50/2016) deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost., che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto. Conseguenza obbligata di questa premessa è che tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando 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'imprenditore subentrante (Consiglio di Stato, sez. III, 05.05.2017 n. 2078). Quindi, secondo questo condivisibile indirizzo 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 (Consiglio di Stato, 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). Giova ricordare, al fine di rafforzare la legittimità della distrazione di un lavoratore, assunto in virtù della clausola sociale, che la giurisprudenza (Cons. St., sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078) ha affermato che 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; la clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria (Consiglio di Stato, sez. III, 30 marzo 2016, n. 1255).

Giova aggiungere, in relazione alla lamentata eccessiva onerosità del reddito di uno dei tre lavoratori inclusi nell'elenco, che la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che non sussiste una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile modesto può comportare un vantaggio significativo per l'impresa anche in termini di qualificazione per essere stata aggiudicataria di un determinato appalto, e inoltre che l'impresa aggiudicataria può, al fine di giustificare la congruità dell'offerta, rimodulare le quantificazioni dei costi e dell'utile indicate inizialmente nell'offerta, purché non ne risulti una modifica degli elementi compositivi tali da pervenire ad un'offerta diversa rispetto a quella iniziale (Consiglio di Stato, sez. V, 12.09.2018 n. 5332; id., sez. VI, 5 giugno 2015, n. 2770).

Con la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 08.06.2018 n. 3471, è stato riaffermato il principio, - attraverso la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, e secondo la giurisprudenza amministrativa di gran lunga maggioritaria -, secondo cui l'apposizione di una clausola sociale agli atti di una pubblica gara ai sensi della disposizione del Codice dei contratti pubblici (art. 50 d.lgs. n. 50/2016) applicabile pro tempore, è costituzionalmente e comunitariamente legittima solo se non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento di tutto il personale utilizzato dall'impresa uscente, in violazione dei principi costituzionali e comunitari di libertà d'iniziativa economica e di concorrenza oltretutto di buon andamento, e consente invece una ponderazione con il fabbisogno di personale per l'esecuzione del nuovo contratto e con le autonome scelte organizzative ed imprenditoriali del nuovo appaltatore. Quindi, questa stazione appaltante intende uniformarsi al principio secondo il quale "non comporterebbe un obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria, (Consiglio di Stato, sez. III n. 3471 del 08.06.2018, Cons. Stato, III, n. 1896/2013, Consiglio di Stato, sez. III, 30.03.2016 n. 1255): per cui la mancata osservanza dell'obbligo di automatico assorbimento di tutto il personale "utilizzato per l'appalto" non avrebbe quell'effetto escludente nella procedura di gara lasciando all'impresa subentrante quel margine di discrezionalità inteso come facoltà del datore di lavoro per cui "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; la clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo "indeterminato" ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria (Consiglio di Stato, sez. III, 30 marzo 2016, n. 1255). Al riguardo la sentenza del Tar Firenze, 13.02.2017 n. 231 aiuta ulteriormente a riportare correttamente lo stato della interpretazione giurisprudenziale, e quindi, può essere sintetizzato, richiamando la sentenza della Terza Sezione del Consiglio di Stato n. 1255 del 2016, (argomentazioni e conclusioni ampiamente ribaditi e ulteriormente chiariti dalla sentenza n. 3471 del 08.06.2018 sez. III del Consiglio di Stato, nel modo che segue:

a) la "clausola sociale" deve conformarsi ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando, altrimenti, essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la

partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 della Costituzione;

b) 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'imprenditore subentrante;

Alla luce di tale interpretazione la clausola di cui al presente quesito, impropriamente letta dalla società istante come tale da imporre in termini rigidi la conservazione del personale di cui al precedente appalto, risulta non correttamente intesa, dovendo invece essa essere intesa in termini di previsione della priorità del personale uscente nella riassunzione presso il nuovo gestore, in conformità alle esigenze occupazionali risultanti per la gestione del servizio, in modo da armonizzare l'obbligo di assunzione con l'organizzazione d'impresa prescelta dal gestore subentrante (in termini la sentenza della Sezione III del CdS, n. 1426 del 2016 nonché la sentenza della Prima Sezione di TAR Firenze n. 261 del 2016).

D'altra parte l'art. 50 del d.lgs. n. 50 del 2016, che disciplina specificamente la "clausola sociale" in applicazione della disciplina europea e che ha un contenuto più specifico dell'art. 69 del d.lgs. n. 163 del 2006, contiene sì la specifica previsione del inserimento nei bandi di gara della suddetta clausola, affermando che essa mira a "promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato", ma "nel rispetto dei principi dell'Unione Europea". Quindi si tratta di disciplina normativa che non innova, ed anzi sussume nel testo di legge i risultati cui era giunta la giurisprudenza, giacché la "stabilità occupazionale", che è sicuramente un obiettivo normativo importante e un valore ordinamentale, deve essere "promossa" e non rigidamente imposta e comunque deve essere armonizzata con i principi europei della libera concorrenza e della libertà d'impresa, così da escludere un rigido obbligo di garanzia necessaria della stabilità, pur in presenza di variato ambito oggettivo del servizio a gara, che, nel caso concreto, peraltro, non sussiste, essendo esattamente il medesimo del precedente affidamento. Posto che la clausola sociale contenuta nel bando non è affatto indeterminata – o poco chiara come erroneamente sostenuto dalla società istante –, invero essa tutela – conformemente alla disciplina contrattuale collettiva e nei limiti delle pronunce giurisprudenziali di cui sopra, – "tutto il personale addetto" all'unità produttiva interessata. (Consiglio di Stato, sez.IV, 2.12.2013, n. 5725). Né la società richiedente i chiarimenti può addurre, a giustificazione del proprio quesito, e invitare "la stazione appaltante ad entrare nell'organizzazione imprenditoriale del concorrente uscente, onde predisporre «clausole sociali» che siano il più possibili precise e circostanziate, pena la revoca dell'intera procedura di gara."

Infatti, al riguardo val la pena in questa sede chiarire che, pur se non sancito espressamente, l'obbligo per la Stazione appaltante di «entrare» nella valutazione dell'organizzazione imprenditoriale del concorrente uscente, - onde predisporre «clausole sociali» che siano il più possibili precise e circostanziate, pena la revoca dell'intera procedura di gara -, in realtà, in ottemperanza, alla Legge Antitrust e dalle più recenti segnalazioni delle Authority, segnatamente della Autorità Garante della Concorrenza, che è intervenuta, - con parere relativo al disegno di legge 1678-B contenente deleghe al Governo per l'attuazione di direttive

europee in materia di appalti e concessioni, 11 dicembre 2015.- in supporto delle stazioni appaltanti, questa ADSP ha invitato l'attuale concessionario a fornire, in dettaglio, i dati afferenti il personale da trasferire all'eventuale nuovo aggiudicatario, dati che poi sono stati, regolarmente e tempestivamente inseriti nel CSA. A ciò si aggiunga come, nel caso di specie, la società che ha formulato il quesito, non ha contestato il numero di lavoratori da adibire complessivamente all'appalto, (numero, peraltro limitato a tre) , che coincide con gli elenchi forniti dai gestori uscenti. A tal proposito giova evidenziare come, al fine di assicurare la corretta gestione del servizio posto a gara che, come è noto, non si limita alla mera raccolta dei rifiuti bensì concerne anche i relativi processi gestionali, (giuridici e di organizzazione) la previsione di una unità particolarmente competente nel settore debba considerarsi congrua e non ultronea. Sicché l'accampato riconoscimento economico al responsabile tecnico della concorrente uscente, non riveste neppure un carattere oggettivo, risolvendosi solo nella unilaterale pretesa di escludere dall'obbligo di assunzione (una) 1 unità, o di ridimensionare il rispettivo costo stipendiale.

Pertanto si può affermare che :

(a) – 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, essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 della Costituzione, che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto, sicché tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente (cfr. Cons. Stato, VI, n. 5890/2014);

(b) – 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'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 (cfr. Cons. Stato, III, n. 5598/2015);

Infine il Consiglio di Stato, sez. III, 09.12.2015 n. 5598 ha altresì chiarito che “ La clausola sociale dell'obbligo di continuità nell'assunzione è stata costantemente 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» mentre «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» (v., ex plurimis, Cons. St., sez. IV, 2.12.2013, n. 5725).

Orbene è evidente che la clausola sociale, la quale prevede, secondo numerose disposizioni, «l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto», (così l'art. dell'art. 29, comma 3, del d.lgs. 276/2003, ma altrettanto rilevanti sono la generale previsione dell'art. 69, comma 1, del d.lgs. 163/2006 e quella dell'art. 63, comma 4, del d.lgs. 112/1999), perseguendo la prioritaria finalità di garantire la continuità dell'occupazione in favore dei medesimi lavoratori già impiegati dall'impresa uscente nell'esecuzione dell'appalto, è costituzionalmente legittima, quale forma di tutela occupazionale ed espressione del diritto al lavoro (art. 35 Cost.), se si contempera con l'organigramma dell'appaltatore subentrante e con le sue strategie aziendali, frutto, a loro volta, di quella libertà di impresa pure tutelata dall'art. 41 Cost.

Tutto ciò premesso e considerato, la richiesta della società interpellante non può trovare favorevole accoglimento in quanto, in base alla normativa vigente in materia e sulla scorta della giurisprudenza consolidata sul punto, non vi è possibilità che la Stazione Appaltante possa avere questi poteri invasivi nell'organizzazione aziendale della società uscente dell'appalto di cui è causa, fatti salvi i casi di evidenti irrazionalità e/o incongruenza rispetto all'organizzazione operativa del servizio, - cosa che nel caso di specie non trova evidenza - né, a fronte della riscontrata mancata incoerenza o irragionevolezza, può giustificarsi - si ribadisce nella fattispecie in esame - un'ipotetica azione della stazione appaltante volta ad un generico controllo, che rischia di lambire, se non violare, il diritto costituzionalmente garantito della libertà di impresa cui non può non essere connesso anche quello di organizzazione della medesima.

- Q2: Nell'allegato "tabella-a-criteri-gara-rev02" inserito tra la documentazione di gara nel rigo 1.7 "Mezzi con relativo elenco - mezzi euro 5 aggiuntivi" nella colonna della descrizione si riporta che sarà attribuito un punto per ogni veicolo aggiuntivo "sino ad un massimo di 4 punti", mentre nella colonna successiva relativa al punteggio analitico si riporta un valore "da 0 a 3" punti. Ravvisando una discordanza tra i due punti riportati, con la presente si chiede, cortesemente, di fornirci un chiarimento in merito. Restiamo a disposizione per eventuali in merito e, in attesa di gentile riscontro, porgiamo cordiali saluti;
- R2: ***Si conferma che il punteggio massimo attribuibile per il punto 1.7 è 3 punti; pertanto l'indicazione "fino ad un massimo di 4 punti" è da intendersi come un refuso.***
- Q3: Si richiede un chiarimento circa quanto riportato nella "Tabella A – Criteri di Gara al punto 1.4" in cui si dichiara che il personale minimo è fissato in n. 2 unità: tale dato (n.2 unità) non coincide con quanto riportato nella "Tabella D – elenco del personale" di cui al punto 9.2.1 del Disciplinare di Gara "Clausola sociale per cambio appalto", pari a n.3 unità. Si richiede tale chiarimento anche ai fini del riferimento rispetto al quale saranno valutate le "unità aggiuntive" ai fini del punteggio al criterio 1.4 della Tabella A".
- R3: ***Si conferma che non sussiste alcuna contraddizione in quanto il numero di 2 unità è espressamente riferito alla squadra da dedicare al servizio operativo.***

Q4: Relativamente al punto “3.2.1 Raggruppamenti temporanei di operatori economici” del disciplinare di gara si chiede di confermare che il requisito di iscrizione all’Albo Nazionale Gestori Ambientali, ex art. 212 del d.lgs. 152/2006 e s.m.i. di cui al punto 3.1.1 numero 2) debba essere posseduto da ciascuna delle imprese raggruppate/raggruppande anche se, come nel caso di specie, una delle imprese sarà impiegata unicamente per attività marittime che non si ritiene rientrino nel campo di applicazione del d.lgs. 152/2006 (raccolta dei rifiuti dalle navi, trasporto degli stessi a mezzo di idonee imbarcazioni aziendali regolarmente autorizzate dalla Capitaneria di Porto e dal Rina, consegna in banchina ad altra società del raggruppamento)

R4: *Si conferma quanto previsto nel Disciplinare di gara al punto “3.2.1 Raggruppamenti temporanei di operatori economici” e nello specifico che tutti i componenti raggruppati/raggruppandi devono possedere l’iscrizione all’Albo Nazionale Gestori Ambientali, ex art. 212 del d.lgs. 152/2006 e s.m.i. prevista al punto 3.1.1 del Disciplinare di gara.*

Q5: Si chiede di precisare, con riferimento al punto “3.2.5 Subappalto facoltativo ordinario” del disciplinare di gara e al richiamato art. 105 – comma 4, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016, la tipologia di qualifica richiesta per il subappaltatore e, in particolare, se la categoria di qualifica debba essere stabilita preventivamente con riferimento al bando di gara in questione ovvero se è sufficiente che la società risulti iscritta in una specifica categoria fornitori dell’Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Meridionale.

R5: *Si precisa che, per la partecipazione alla gara, il concorrente è tenuto ad indicare esplicitamente i servizi o le parti di essi che intende concedere in subappalto nei limiti previsti dalla normativa, in mancanza di tale indicazione specifica il subappalto non sarà concesso così come esplicitamente previsto dall’art. 105 del d.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii.; l’indicazione del nominativo del subappaltatore non è richiesta in questa fase.*

PRECISAZIONI DELLA STAZIONE APPALTANTE

- le richieste di chiarimento relative alle condizioni di ammissibilità alla gara del singolo candidato non saranno riscontrate;
- la denominazione esatta della Stazione Appaltante è: Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Meridionale, con sede legale in Bari, P.le Cristoforo Colombo, 1.

f.to il RUP
Avv Rosario ARCADIO