



DELIBERA n. 851

del 22 settembre 2021

Fascicolo UVSF 687/2021

Oggetto:

Gara ponte, mediante procedura aperta, per l'affidamento del Servizio di Ristorazione destinato ai pazienti ricoverati ed utenti aventi diritto presso le strutture ospedaliere e sanitarie territoriali della ASL Bari (CIG 7902301115) di durata biennale. Importo gara (IVA escl.) di € 23.681.056,32.

Riferimenti normativi

art.50, d.lgs. 50/2016;

art.83, comma 8, d.lgs.50/2016;

art.95, comma 2, d.lgs. 50/2016;

l.R. Puglia n.4 del 25.2.2010.

Parole chiave

Contratto Collettivo Nazionale per le lavoratrici e i lavoratori (C.C.N.L.) delle cooperative del settore socio-sanitario assistenziale-educativo e di inserimento lavorativo – applicazione della c.d. "clausola sociale".

Non massimabile

VISTO

l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;

VISTO

il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 ed il decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e successive modificazioni;

VISTO

il Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici adottato con delibera n. 803 del 4 luglio 2018, pubblicato in G.U.R.I. Serie Generale n. 241 del 16 ottobre 2018;

VISTA

la relazione dell'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture.

Premesse

Nell'ambito della propria funzione di vigilanza sui contratti pubblici ex art. 213, comma 3, lett. a) del d.lgs. 50/2016, a seguito della segnalazione prot. ANAC n. 8103 del 31.1.2021, questa Autorità intende valutare la sussistenza di anomalie relativamente alla procedura di affidamento in oggetto espletata dall'ASL Bari. In particolare, veniva riportato dalla segnalazione del precedente affidatario del servizio di ristorazione, che l'O.e. R.T.I. ...Omissis... attuale aggiudicatario, non avrebbe rispettato l'espressa previsione inclusa nell'allegato 6 degli atti di gara della c.d. "clausola sociale". Infatti, sempre da quanto riportato nella succitata segnalazione, l'offerta organizzativa del RTI aggiudicatario prevedeva la riassunzione di tutte le 93 unità lavorative occupate alle dipendenze del precedente affidatario...Omissis... come contemplato dall'art. 50 del d.lgs. 50/2016, oltre che dalla l.R. Puglia n. 4 del 2010 e dalla lex specialis della gara in esame. Per di più, come risulterebbe dall'offerta presentata in sede di gara dal RTI aggiudicatario, lo stesso avrebbe dichiarato di assicurare i passaggi diretti del personale in forza al precedente gestore ed ha esplicitamente indicato, nel "riepilogo generale" dell'organizzazione del lavoro per l'esecuzione del servizio di ristorazione - riportato anche a pag. 9 dell'allegato progetto tecnico - l'impiego di un complessivo numero di 154 unità lavorative con esplicita annotazione del "rispetto della clausola sociale prevista", facendo volutamente intendere che tutto il personale di cui all'allegato 6 degli atti di gara, composto di n. 93 lavoratori già occupati alle dipendenze del precedente O.e., sarebbe stato impiegato congiuntamente ai n. 61 lavoratori già alle dipendenze di ...Omissis... per l'espletamento di detto affidamento.

In data 21.4.2021, prot. ANAC n. 33123, l'ufficio istruttore dell'Autorità inviava alla ASL Bari e, per conoscenza, all'O.e. segnalante e al RTI attualmente affidatario del servizio la comunicazione di avvio dell'istruttoria ai sensi dell'art. 13 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4 luglio 2018.

L'Azienda ha inviato le proprie controdeduzioni con nota acquisita al prot. ANAC n. 39852 del 17.5.2021.

Il RTI ...Omissis... ha inviato le proprie controdeduzioni con nota acquisita al prot. ANAC n. 39917 del 17.5.2021 e...Omissis... con nota prot. ANAC n. 40322 del 18.5.2021.

Per quanto riguarda il tema oggetto di istruttoria, l'Ufficio istruttore ha ritenuto di aver acquisito tutti gli elementi di valutazione in fatto ed in diritto, in base alla documentazione pervenuta, alle controdeduzioni della S.A. e alle considerazioni che verranno di seguito esplicitate.

Fatto

Premettendo che con bando pubblicato in data 31.10.2019 l'ASL Bari ha indetto una gara ponte, mediante procedura aperta, per l'affidamento del servizio di ristorazione destinato ai pazienti ricoverati presso le strutture ospedaliere e sanitarie territoriali della ASL Bari, con la sopra citata segnalazione l'O.e. esponente ha riferito che l'attuale affidatario...Omissis..., quale operatore economico subentrante, avrebbe dovuto assumere aggiudicandosi l'appalto, ai sensi dell'art.11

del capitolato di gara, le unità lavorative indicate dallo stesso O.e. come occupate alle sue dipendenze nel precedente affidamento.

In risposta alle contestazioni dell'O.e. ...Omissis..., riguardo al mancato rispetto dell'art. 11 del capitolato di gara, è pervenuta all'Autorità, per conoscenza, una nota di replica del ...Omissis..., prot. ANAC n.15338 del 22.2.2021, nella quale, tra l'altro, veniva evidenziato: "... ai sensi dell'art. 11 del Capitolato d'Appalto, che richiama a sua volta l'art. 50 del codice dei contratti pubblici, si afferma che debba essere assunto prioritariamente il personale del gestore uscente, che ha diritto al passaggio d'appalto; ciò che ha fatto pedissequamente il RTI che ha assunto tutto il personale avente diritto al passaggio. È palese *per tabulas* che in nessun comparto del progetto è scritto che il RTI "assumerà 93 unità occupate da ...Omissis... pertanto tale affermazione di...Omissis... è capziosa e falsa ... *omissis* ... E' emerso però in maniera evidente ... *omissis* che molti dei lavoratori inseriti negli elenchi dalla ditta...Omissis..., in realtà, non fossero mai stati impiegati nel suddetto appalto o al più alcuni di essi lo fossero stati in periodi addirittura antecedenti la procedura di gara. Un siffatto comportamento della ...Omissis..., che ha inserito negli elenchi unità di personale non avente diritto, può aver inciso sull'interesse dei concorrenti alla procedura, creando remore negli offerenti circa l'ammontare dei costi sottostanti il servizio e quindi inducendo in essi una non realistica valutazione della procedura. In concreto un indebito vantaggio competitivo ... *omissis* ... Questa risultanza, che è bene ribadirlo anche in questa sede è un dato di fatto, è stata infatti riscontrata dalla verifica delle buste paga fornite dalla stessa ...Omissis.... Queste ultime, difatti, evidenziano la presenza di lavoratori col classico contratto di tipo scolastico che prevede l'automatica sospensione durante il periodo estivo, nonché la presenza di figure, come apprendisti baristi o portieri con mansioni assolutamente estranee al servizio in gara, ed al progetto di gara presentato dalle scriventi e ritenuto dalla stazione appaltante idoneo e congruo per l'esecuzione del servizio. Preme ricordare che l'Ente Committente ha già aggiudicato il servizio alle scriventi il cui progetto non prevede l'assorbimento di portieri e baristi figure peraltro, si ribadisce, non richieste dalla *lex specialis* di gara per il servizio da espletarsi né richieste per l'attività sino ad ora prestata... *omissis*.... Fatto di maggior rilievo è quello portato all'evidenza da numerosi lavoratori, inopinatamente inseriti nell'elenco di coloro "aventi diritto ai sensi della clausola sociale" che hanno certificato, per il tramite di propri legali di fiducia, di essere stati inseriti a loro insaputa pur essendo impiegati storicamente in altre unità produttive. Le circostanze ed i fatti di cui si è fornita una prima sintetica ricostruzione, sono le sole ragioni per le quali le scriventi hanno proceduto, nel pieno rispetto della cogente normativa contrattuale in materia di cambi di appalto, alla esclusione dei lavoratori estranei a tale servizio, indipendentemente dal fatto che la ditta ...Omissis... possa averli comunicati nel tempo alla ASL, garantendo il legittimo diritto contrattuale a tutti coloro che sono tutelati dalle previsioni del CCNL."

In definitiva, l'Operatore economico subentrante attestava, quindi, di aver assunto tutto il personale avente diritto e, nella fase di avvio dell'appalto, di aver adeguato le modalità di esecuzione del servizio e la pianta organica alle specifiche esigenze del momento nel rispetto del progetto giudicato vincente dalla ASL. Per di più, in sede di verifica dei documenti forniti dalla S.A. e dall'attuale RTI affidatario dell'appalto, si è riscontrato che, fra tali documenti di gara, figurava

anche l'allegato n. 6 "Elenco personale clausola sociale" al Disciplinare in cui si dava evidenza dell'elenco dei dipendenti che i gestori uscenti avevano comunicato all'Amministrazione al fine di agevolare l'attuazione della clausola sociale, 98 alle dipendenze di ...Omissis... (non interessate dal cambio di gestione, essendo la medesima società parte di quelle costituenti l' A.T.I. aggiudicataria del nuovo contratto di appalto). Da detto elaborato, nella sua versione originaria, si evince che...Omissis..., a quel momento e quindi presumibilmente immediatamente prima della indizione della procedura, avesse comunicato i dati di ben 98 dipendenti che, a suo dire, risultavano impiegati nell'affidamento oggetto di gara e che quindi avrebbero dovuto essere assunti dal gestore subentrante. Da tale elenco, anche a seguito di interventi e esplicite richieste di alcune Organizzazioni sindacali di categoria, 5 nominativi venivano tempestivamente espunti dal novero degli aventi diritto, in quanto non risultanti precedentemente impiegati nelle strutture e per le mansioni indicate nel bando di gara. Tale elenco è stato quindi, a gara ancora in corso, rettificato e reso parte integrante degli atti di gara.

Sempre dalla consultazione dei documenti di gara, si è potuto constatare che l'offerta tecnica dell'ATI, risultata successivamente affidataria, prevedeva n.154 unità operative da impiegare per le varie strutture ospedaliere oggetto dell'appalto (numericamente coincidenti con le unità dichiarate dalla ATI uscente) e che, nei termini dell'art.11 del Capitolato di gara, sarebbero stati "garantiti i "passaggi diretti" del personale in forza all'uscente gestore" indipendentemente dal numero effettivo di personale utilizzato in precedenza dall'O.e. ...Omissis... per l'espletamento del servizio.

Successivamente al completamento della procedura di gara, è stata disposta l'aggiudicazione in favore dell'ATI composta da...Omissis... (Mandataria), ...Omissis... (mandante) e ...Omissis... (mandante), giusta deliberazione del Direttore Generale n. 1331 del 7.10.2020. Al riguardo, si è appurato che l'O.e. uscente ...Omissis... non ha impugnato le risultanze della gara, pur avendo potuto esaminare nel dettaglio i relativi documenti a seguito di una sua successiva richiesta di accesso agli atti di gara.

Inoltre, solo dopo la definitiva aggiudicazione (intervenuta in data 7.10.2020) il 15.12.2020 ...Omissis... ha trasmesso all'ATI subentrante, e per conoscenza all'ASL Bari, un elenco di sole 83 unità lavorative rispetto alle 93 dichiarate in fase di gara. Nel corso delle trattative sindacali per il cambio gestione la ASL Bari, che vi ha preso parte solo per monitorare la tempistica del passaggio di cantiere, risultava avere appreso, dalle segnalazioni di alcune OO.SS. e dallo scambio di corrispondenza intercorsa tra la società...Omissis... e i legali di fiducia di alcuni dipendenti che asserivano di non essere impiegati nella commessa, della non agevole definizione del numero di lavoratori effettivamente aventi diritto al passaggio di cantiere; tant'è che è stato richiesto l'intervento dell'Ufficio vertenze collettive dell'Arpal della Regione Puglia. Dal verbale dell'incontro, tenutosi presso Arpal Puglia in data 28 gennaio 2021, si evince infine che l'accordo tra le parti non era stato raggiunto essendo emerso in fase di verifica che alcune figure professionali indicate da ...Omissis... risultavano del tutto estranee alla tipologia di servizio di ristorazione ospedaliera da avviare (e.g.: aiuto barman, portiere, centralinista, ecc.). Al riguardo la

stessa ...Omissis... riferiva che l'elenco nominativo, che ASL Bari ha recepito nel citato Allegato 6, fosse stato chiesto ben 19 mesi prima del subentro del nuovo appaltatore, quindi in epoca ben antecedente all'esperimento della gara. Per tale motivo sarebbe stato del tutto naturale che potessero registrarsi situazioni di turn over tali da determinare una modifica dei "nominativi" dei lavoratori adibiti all'esecuzione dell'appalto. Ciò, continuava...Omissis..., "ferme restando in ogni caso le postazioni lavorative necessarie alla corretta esecuzione del servizio ovvero la consistenza quantitativa e qualitativa (e non anche evidentemente "nominativa") dei livelli occupazionali dell'appalto medesimo".

Al riguardo giova evidenziare che l'art. 14 del disciplinare di gara prevedeva che "L'aggiudicatario del contratto di appalto è tenuto ad assorbire nel proprio organico prioritariamente il personale già operante alle dipendenze dell'aggiudicatario uscente, come previsto dall'art. 50 del codice e dall'art. 30 della L.R. n. 4/2010 ... omissis ... a tal fine, l'elenco del personale attualmente impiegato è riportato nell'apposito allegato. La mancata accettazione della clausola sociale comporta l'esclusione dalla procedura di gara". Inoltre, l'art. 11 del Capitolato di gara richiedeva all'O.e. subentrante, al fine di promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, l'impegno ad assorbire prioritariamente nel proprio organico il personale già utilizzato dall'O.e. uscente come previsto dall'art. 50 del Codice, e dall'art. 30 della L.R. n. 4/2010, garantendo l'applicazione dei CCNL di settore, di cui all'art. 51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 "... e ferma restando la necessaria armonizzazione con l'organizzazione dell'operatore economico subentrante e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto..." Nel medesimo articolo 11 è previsto che "Tutto il personale deve essere professionalmente qualificato e costantemente aggiornato sulle tecniche di manipolazione degli alimenti, sull'igiene, sulla sicurezza e prevenzione, nel rispetto di quanto previsto dal contratto collettivo nazionale e della normativa di riferimento".

Diritto

L'applicazione della clausola sociale è disciplinata dall'art. 50 del Codice dei Contratti Pubblici e dalle Linee Guida ANAC n. 13, pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il 28 febbraio 2019 ed entrate in vigore in questo testo il successivo 15 marzo.

L'Autorità ha previsto che il relativo prospetto di reimpiego del personale debba essere allegato all'offerta. La clausola sociale è un istituto volto a salvaguardare i livelli occupazionali e le condizioni di lavoro accordati dalle imprese aggiudicatrici ai lavoratori nel caso di aggiudicazione ad altro operatore economico. Detta clausola sociale viene inserita negli atti di gara e per darne applicazione la stazione appaltante può adottare due tecniche differenti:

a) In primo luogo, la stazione appaltante può inserire la clausola come obbligo a cui dovrà attenersi nella fase di esecuzione del contratto l'operatore economico aggiudicatario della gara, in tal caso l'operatore economico in seguito all'accettazione della clausola è obbligato alle condizioni indicate nella stessa;

b) Altrimenti, la stazione appaltante può inserire la clausola sociale nel momento valutativo ed inserirla tra i criteri di valutazione tecnica, nell'ambito del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'articolo 95 comma 2 D.lgs. 50/2016.

Tuttavia, la clausola sociale deve essere interpretata in modo conforme ai principi nazionali e dell'Unione europea in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale, in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente. Proprio in linea con la salvaguardia della libertà di iniziativa economica ed imprenditoriale si pone la pronuncia del Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 6761 del 2/11/2020, laddove afferma che la scelta sulle concrete modalità di attuazione della clausola spettano allo stesso operatore, anche attraverso la formulazione del c.d. "progetto di assorbimento". Con tale sentenza il giudice amministrativo ha, pertanto, stabilito che è rimessa al concorrente la scelta sulle concrete modalità di attuazione della clausola, incluso l'inquadramento da attribuire al lavoratore, spettando allo stesso operatore formulare l'eventuale "proposta contrattuale" al riguardo, anche attraverso il suddetto "progetto di assorbimento", effettivamente introdotto dall'art. 3, ultimo comma, delle Linee guida Anac n. 13. La stazione appaltante, sussistendo le condizioni soggettive e oggettive di applicazione dell'art. 50 del Codice dei contratti pubblici inserisce la clausola sociale all'interno del bando di gara. La clausola sociale può essere applicata nel caso di servizi, come nel caso in esame, ad alta intensità di manodopera, ovvero quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto.

Tale principio era stato già evidenziato dal Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere n. 2703/2018, del 21 novembre 2018, reso sulle Linee guida recanti la disciplina delle clausole sociali (Art. 50 del D.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal D.lgs. n. 56 del 2017), che ha precisato che la prescrizione delle clausole sociali non può che avvenire che nel "rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost., ma anche dall'art. 16 della Carta di Nizza, che riconosce "la libertà di impresa", conformemente alle legislazioni nazionali". E' proprio in base al necessario rispetto di tale principio che, secondo costante giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. III, 27 settembre 2018 n. 5551 e sez. V, 28 agosto 2017 n. 4079), l'obbligo di riassorbimento del personale imposto dalla clausola in questione deve essere inteso in modo compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante (v. anche Consiglio di Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 750).

Tale interpretazione si pone in linea con il dettato dell'articolo 83 comma 8, del codice il quale prevede la tassatività delle cause di esclusione, per garantire la più ampia partecipazione di operatori economici alle gare. Pertanto, qualora tali clausole non siano espressamente indicate quali escludenti, deve essere garantita la più ampia partecipazione. Per di più, in presenza di prescrizioni ambigue è, infatti, consolidato l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale la necessità di garantire la massima partecipazione alle gare impone una interpretazione estensiva delle predette clausole, da applicare *a fortiori* nel caso in cui le stesse si presentino di dubbia

compatibilità con i principi costituzionali e del diritto dell'Unione europea (cfr. Consiglio di Stato, V, 31 maggio 2018, n. 3262).

Valutazioni

Da quanto sopra esaminato, sia in base alle note della S.A. che dell'attuale RTI affidatario e dell'O.e. esponente, non appare riscontrarsi una evidente lesione dei succitati principi della c.d. "clausola sociale", volta alla tutela del personale precedentemente impiegato per lo svolgimento delle stesse mansioni previste dal contratto in esame. Infatti, all'infuori del contestato mancato reimpiego dei 93 addetti comunicati dall'O.e. uscente al nuovo affidatario, dato che poi si è rilevato sovra dimensionato e smentito in parte dalle stesse dichiarazioni di parte del personale stesso, non sono state rilevate altre eventuali ipotesi di illegittimità nello sviluppo della procedura di affidamento del servizio. Inoltre, Lo stesso art. 11 del Capitolato d'appalto non pare obbligare l'operatore economico subentrante all'assunzione obbligatoria dell'elenco del personale uscente, ma stabilisce che debba assumere prioritariamente tale personale, se di qualifica professionale adeguata al servizio da svolgere, nell'ambito della necessaria armonizzazione con la nuova organizzazione, e le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto. Si precisa inoltre che, sia pure successivamente in data 15 dicembre 2020, l'O.e. ...Omissis... forniva un elenco aggiornato di n. 83 dipendenti che, secondo lo stesso O.e., era stato impiegato nelle stesse sedi oggetto del nuovo affidamento. Da una verifica effettuata, ai sensi dell'art. 222 del CCNL e della clausola di salvaguardia prevista nel disciplinare di gara, veniva tuttavia riscontrata la presenza anche in tale elenco di n.16 unità che non avevano svolto funzioni lavorative presso dette sedi. Infatti, n. 3 unità svolgevano il loro servizio presso il polo "oncologico" che non era compreso nell'appalto originario, n. 6 unità comunicavano tramite i loro legali di non avere mai prestato servizio presso le sopra citate sedi e n. 7 unità risultavano impiegate presso la "piattaforma alimentare (fabbrica) della...Omissis..." e non presso le strutture ospedaliere previste dalla gara. Le rimanenti 67 unità risultavano essere state tutte riassorbite dal RTI subentrante ai sensi del capitolato di gara.

Considerato anche che, come già indicato in precedenza, detta clausola sociale non comporta "alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata, nonché alle medesime condizioni, il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria, ma solo che l'imprenditore subentrante salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo" (cfr. Cons. Stato, sentenza n. 6148 del 2019), non appaiono evidenziarsi lesioni dei sopra descritti obblighi di riassorbimento del personale precedentemente impiegato dall'O.e. esponente .

Alla luce delle considerazioni che precedono,

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'adunanza del 22 settembre 2021

DELIBERA

- di archiviare il presente procedimento istruttorio per quanto sopra descritto, non essendo stati confermati i rilievi e le criticità contestate alla ASL Bari da parte dell'O.e. esponente, con nota prot. ANAC n. 8103 del 31.1.2021, in merito all'ipotesi di irregolare applicazione della clausola di salvaguardia dei posti di lavoro ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento del "Servizio di Ristorazione destinato ai pazienti ricoverati ed utenti aventi diritto presso le strutture ospedaliere e sanitarie territoriali della ASL Bari (CIG 7902301115)".
- di richiedere alla ASL Bari di verificare costantemente la corretta applicazione della clausola sociale impegnandosi a comunicare tempestivamente all'Autorità le eventuali difformità riscontrate in corso di esecuzione del contratto.
- dà mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera alla stazione appaltante ASL Bari ed agli altri soggetti interessati dal procedimento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 19 gennaio 2022

Il Segretario

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente il 19 gennaio 2022