



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 la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2155 del 2014, proposto da: Markas Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Silvio Bozzi e Pietro Adami, con domicilio eletto presso Liberal Srl in Lecce, via Augusto Imperatore, 16;

contro

Azienda Sanitaria Locale Brindisi, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanna Corrente, con domicilio eletto presso l'avv. Daniele Montinaro in Lecce, via G. Boccaccio, 25;

nei confronti di

Sanitaservice Srl, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della deliberazione del Direttore Generale dell'ASL di Brindisi n. 1487 del 13 agosto 2014 - pubblicata in pari data - con la quale è stato deciso di "affidare alla società in house Sanitaservice ASL BR s.r.l. per il periodo di anni sei, a decorrere dal 1° ottobre 2014, salvo rinnovo alla scadenza, la gestione del servizio di pulizia e

sanificazione di tutte le strutture della ASL, attualmente gestito dalle Ditte e Cooperative come specificamente dettagliato in premessa...";

- di ogni altro atto presupposto, conseguente e connesso, e segnatamente la D.G.R. Puglia 2271 del 3 dicembre 2013 "Criteri di organizzazione delle Società strumentali alle Aziende ed Enti del Servizio Sanitario Regionale della Puglia" in parte qua.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Brindisi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 ottobre 2014 il dott. Marco Rinaldi e uditi per le parti i difensori avv. S. Bozzi per la ricorrente e avv. G. Corrente per la P.A.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La società Markas, attuale gestore (in regime di proroga dal luglio 2010) del servizio di pulizia di alcuni plessi della Azienda Sanitaria Locale di Brindisi, ha chiesto l'annullamento della deliberazione del Direttore Generale dell'ASL di Brindisi n. 1487 del 13 agosto 2014 con cui è stato disposto l'affidamento in house a Sanitaservice ASL BR s.r.l. per il periodo di anni sei, a decorrere dal 1° ottobre 2014, salvo rinnovo alla scadenza, del servizio di pulizia e sanificazione di tutte le strutture della ASL.

1.1.- L'illegittimità di tale scelta gestionale è invocata dalla ricorrente in ragione del (supposto) divieto di costituzione di società strumentali in house introdotto dall'art. 4 del D.L. 95/2012, conv. con mod. in L. 135/2012; dell'assunto secondo

cui la società in house non potrebbe procedere all'assunzione a tempo indeterminato del personale utilizzato dal precedente gestore; del difetto di motivazione e della mancata contestuale approvazione del disciplinare di servizio.

2.- Si è costituita in giudizio l'ASL BR contrastando analiticamente le avverse pretese.

3.- Il ricorso non merita accoglimento.

3.1.- Con il primo motivo di gravame la società Markas deduce la violazione dell'art. 4 del D.L. 95/2012, conv. con mod. in L. 135/2012: la scelta di affidare in house il servizio (strumentale) di pulizia e sanificazione si porrebbe in contrasto con la citata disposizione normativa che, nell'interpretazione fornita dalla ricorrente, vieterebbe l'affidamento diretto di servizi strumentali ovvero la costituzione di società strumentali in house (società che svolgono la loro attività a favore della P.A. controllante, prestando alla stessa servizi e forniture).

L'assunto non può essere condiviso.

Il Collegio non ignora quanto disposto dall'art. 4, comma 7, del d.l. n. 95/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 135/2012, e successive modificazioni, a tenore del quale "Al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, a decorrere dal 1° gennaio 2014 le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, le stazioni appaltanti, gli enti aggiudicatori e i soggetti aggiudicatori di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nel rispetto dell'articolo 2, comma 1 del citato decreto, acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante le procedure concorrenziali previste dal citato decreto legislativo".

La norma, che enuncia il principio dell'evidenza pubblica, è tuttavia derogata dal successivo comma 8, primo periodo, secondo cui "A decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale

interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house”.

La possibilità per l'ASL BR di ricorrere al modello dell'in house per la gestione del servizio di pulizia e sanificazione degli ambienti ospedalieri non può dirsi neanche venuta meno per effetto della sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 229 che ha reso inapplicabile alle Regioni a statuto ordinario il comma 8 dell'art. 4 del D.L. 95/2012 e s.m.i. (ma solo per un problema di competenze legislativa): detta norma doveva, infatti, ritenersi pleonastica, limitandosi a recepire la giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di generale operatività dell'in house nel campo degli appalti e dei servizi pubblici. L'immediata applicabilità erga omnes delle sentenze della Corte di giustizia, con riguardo all'affermazione dei principi e all'interpretazione, rende pleonastica la norma contenuta nel citato art. 4, comma 8, poiché quanto dalla stessa disposto sarebbe stato egualmente desumibile, pure in sua assenza, dai principi comunitari in materia.

3.2.- Con il secondo motivo di ricorso la società istante contesta la legittimità della delibera impugnata nella parte in cui, al punto 5 del dispositivo, richiamato l'art. 30 della L.R. 4/2010 (dichiarato incostituzionale da Corte Cost. n. 68/2011), prevede l'assunzione a tempo indeterminato del personale utilizzato dai precedenti gestori del servizio: tale previsione, perpetuando il vizio che affliggeva i commi 1 e 4 dell'art. 30 della L.R. 4/2010, si porrebbe in contrasto con l'insegnamento di Corte Cost. n. 68/2011 nonché con le varie disposizioni, susseguitesi nel tempo, che hanno esteso alle società in house gli stessi divieti, in materia di assunzione del personale, vigenti per le amministrazioni che le controllano.

L'assunto è infondato. E invero, ad onta di alcune ambiguità terminologiche ravvisabili nell'atto impugnato, in particolare al punto 5 del dispositivo, la delibera gravata non contrasta con la citata pronuncia del Giudice delle Leggi, che anzi richiama, limitandosi a prevedere l'assunzione a tempo indeterminato del solo

personale già titolare di un contratto di lavoro subordinato sine die con il precedente gestore. Nelle premesse della delibera l'azienda sanitaria richiama, infatti, la sentenza della Corte Cost. n. 68/2011 e nella parte motiva specifica che l'assunzione a tempo indeterminato non riguarderà in modo automatico e generalizzato tutti i lavoratori transitati, compresi quelli assunti con contratto a termine, ma solo quelli già occupati sine die dal precedente gestore (così testualmente la delibera: " RITENUTO che l'affidamento alla società in house Sanitaservice Asl Br s.r.l. della gestione del servizio in parola possa essere disposto per la durata di sei anni, salvo proroga, autorizzando conseguentemente l'Amministratore Unico della stessa Società, in applicazione della richiamata clausola sociale, ad assumere con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato gli operatori aventi diritto *se ed in quanto titolari di contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con gli attuali Gestori esterni*").

La delibera dunque, seppur in modo non sempre perspicuo e con espressioni a tratti anfibologiche, si limita a conservare lo status quo ante e non valica i limiti della clausola sociale (non crea nuovi diritti, ma conserva solo quelli esistenti): non vi è pertanto violazione dei principi del pubblico concorso e del buon andamento, ma mero rispetto delle garanzie dei diritti dei lavoratori previste dalla legge e dai contratti collettivi per le ipotesi di subentro nell'appalto e di trasferimento d'azienda (la clausola sociale anche nota come clausola di «protezione» o di «salvaguardia» sociale o «clausola sociale di assorbimento» è un istituto previsto dalla contrattazione collettiva e da specifiche disposizioni legislative statali, es. l'art. 69 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, l'art. 63, comma 4, del d.lgs. 13 aprile 1999, n. 112, l'art. 29, comma 3, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, che opera nell'ipotesi di cessazione d'appalto e subentro di imprese o società appaltatrici e risponde all'esigenza di assicurare la continuità del servizio e dell'occupazione, nel caso di discontinuità dell'affidatario; la conservazione dei diritti dei lavoratori in caso di

trasferimento d'azienda è prevista dalla Direttiva 12 marzo 2001, 2001/23/CE e dall'art. 2112 c.c., la cui applicabilità, ricorrendo determinate condizioni, è stata estesa dalla giurisprudenza ai casi in cui il trasferimento derivi non da un contratto fra cedente e cessionario, ma da un atto autoritativo della P.A.: Cass. Lav. n. 21023 del 2007, n. 5708 del 2009 e n. 21278 del 2010, Corte di Giustizia, 29 luglio 2010, C-151/09, UGT-FSP, punti 23 e 25).

3.3.- Prive di pregio sono, infine, le censure con cui la ricorrente deduce l'illegittimità della delibera gravata per difetto di motivazione e per mancata contestuale approvazione del disciplinare.

Con riferimento al prospettato vizio di motivazione, occorre preliminarmente osservare che l'istituto dell'in house, più che un'eccezione al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni, è a sua volta espressione di un principio generale riconosciuto sia dal diritto dell'Unione che dall'ordinamento nazionale: trattasi, segnatamente, del principio di auto-organizzazione amministrativa o di autonomia istituzionale, in forza del quale gli enti pubblici possono organizzarsi nel modo ritenuto più opportuno per offrire i loro servizi o per reperire le prestazioni necessarie alle loro finalità istituzionali.

Come precisato in recenti pronunce del Consiglio di Stato "L'affidamento diretto, in house - lungi dal configurarsi come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locali costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse, con la conseguenza che la decisione di un ente in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto, in house (sempre che ne ricorrano tutti i requisiti così come sopra ricordati e delineatisi per effetto della normativa comunitaria e della relativa giurisprudenza), costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice

amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti (Cons. St., sez. V, 29 aprile 2014, n. 4599); Cons. St., sez. V, 30 settembre 2013, n. 4832; sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762).

I suesposti principi, benché riferiti dal Consiglio di Stato alla materia dei servizi pubblici locali, ben possono essere estesi all'odierna fattispecie, concernente la scelta di un'azienda sanitaria di autoprodurre i servizi di pulizia e sanificazione delle proprie strutture, considerato che il modello dell'in house providing nasce a livello comunitario proprio come alternativa all'appalto di servizi (Corte di Giustizia, sentenza Teckal del 18 novembre 1999, causa C-107/98).

Chiarito che l'opzione tra in house providing e outsourcing si risolve in una scelta discrezionale fra modelli organizzativi alternativi, che ogni P.A. è chiamata a operare entro margini di autonomia pienamente riconosciuti dall'ordinamento comunitario, nel caso di specie, la motivazione adottata dall'ASL BR a fondamento della propria scelta gestionale (maggiore convenienza economica della gestione in house rispetto all'acquisizione del servizio sul mercato, atteso che il costo che l'azienda sanitaria dovrà sostenere per l'affidamento del servizio a Sanitaservice Srl è stato calcolato in € 7.228.903,82 IVA compresa, a fronte di un costo di mercato pari € 7.526.306,00 deducibile dalla spesa sostenuta nell'anno 2013) non appare al Collegio manifestamente illogica, irrazionale e arbitraria né fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti.

Il costo stimato per l'affidamento in house risulta, infatti, essere inferiore a quelli finora sostenuti con gli operatori privati e persino a quello che l'Amministrazione si era impegnata a sostenere all'esito della adesione alla convenzione CONSIP "Facility management uffici 3", pari ad €. 7.296.462,00, poi annullata da questo T.a.r., con sentenza n. 1781 del 14 luglio 2014.

3.3.1.- La mancanza di contestualità tra scelta della gestione in house e approvazione del disciplinare non appare idonea a determinare l'illegittimità dell'atto impugnato: la decisione dell'ASL di differire l'adozione del disciplinare in prossimità del concreto affidamento del servizio appare, nella specie, giustificata dal processo di riorganizzazione delle strutture ospedaliere in atto, in virtù del quale numerosi reparti, strutture complesse e servizi sono o saranno, a breve, soppressi, trasferiti o riallocati (es. chiusura degli ospedali di Cisternino e Ceglie Messapica: fatti non contestati).

4.- Per quanto sin qui esposto il ricorso deve essere rigettato.

Le spese processuali possono essere compensate in ragione della complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 30 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Marco Rinaldi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/12/2014

IL SEGRETARIO

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