

O.d.g. del _____

PROPOSTA DI DELIBERA DEL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE N° 1Delibera n° 109del 13/9/2024

Oggetto: **PROCEDURA APERTA N° 13/2022 PER L'AFFIDAMENTO TRIENNALE DEI SERVIZI DI PULIZIA AUTOBUS, IMPIANTI ED AMBIENTI AZIENDALI AMAT S.p.A. – AUTORIZZAZIONE ALL' INSERIMENTO DI PERSONALE ESTERNO ALL'APPALTO**

ALLEGATI/NOTE:

Allegato 1: nota prot. 0003554/2024 del 23/02/2024

Allegato 2: nota prot. 0005113/2024 del 19/03/2024

Allegato 3: nota prot. 0012159/2024 del 18/07/2024

Allegato 4: nota prot. 0012681/2024 del 29/07/2024

Allegato 5: nota prot. 0012761/2024 del 30/07/2024

Il Direttore Generale f.f., d'intesa con il Capo Ripartizione Contratti ed Acquisti, riferisce e propone quanto segue:

- con nota, registrata al protocollo aziendale al n° prot. 0003554/2024 del 23/02/2024 (**Allegato 1**), a seguito di reiterate comunicazioni de La Lucente S.p.A. con le quali ha palesato un'evidente difficoltà nel garantire i servizi previsti da contratto a causa di indisponibilità di personale dovuta sia a rifiuti di eseguire prestazioni straordinarie sia da frequenti episodi di malattia, KYMA MOBILITÀ ha formalmente richiesto alla stessa l'elenco del personale stabilmente impiegato nell'appalto, al fine di verificare il rispetto della clausola sociale;
- con nota, registrata al protocollo aziendale al n° prot. 0005113/2024 del 19/03/2024 (**Allegato 2**), La Lucente S.p.A. ha trasmesso l'elenco del personale stabilmente impegnato nell'appalto chiedendo ufficialmente, in deroga alle previsioni contrattuali, di autorizzare l'inserimento di personale esterno nell'appalto, rispetto a quello beneficiario della clausola sociale;
- con nota, registrata al protocollo aziendale al n° prot. 0012159/2024 del 18/07/2024 (**Allegato 3**), il RUP della procedura indicata in oggetto ha chiesto al CdA aziendale formale autorizzazione a concedere a La Lucente S.p.A. l'integrazione del personale sollecitata;
- a seguito di richiesta posta dal RUP della procedura al CdA, quest'ultimo ha deciso

di riservare ogni decisione all'esito dell'acquisizione di parere legale all'Avv. Giuseppe Macripò in merito agli adempimenti da adottare in merito alle seguenti questioni:

1) se l'inserimento di personale esterno all'appalto sia compatibile con la clausola sociale, prevista all'art. 5 del bando di gara ed all'art. 3 del contratto triennale per i servizi di pulizia;

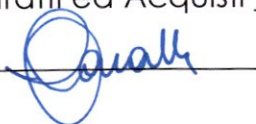
2) se la clausola sociale possa essere rispettata da La Lucente S.p.A., nella sua quantificazione di 32.000 ore annue, anche se gli orari di lavoro dei dipendenti fossero formate non solo da ore di lavoro ordinario, ma anche da prestazioni di lavoro straordinario;

- a seguito di parere favorevole dell'Avv. Macripò, registrato al protocollo aziendale al n° prot. 0012681/2024 del 29/07/2024 (**Allegato 4**), data l'urgenza di provvedere, KYMA MOBILITÀ ha autorizzato La Lucente S.p.A., con nota registrata al protocollo aziendale al n° prot. 0012761/2024 del 30/07/2024 (**Allegato 5**), l'inserimento del personale esterno nell'appalto, limitatamente a supplenze per assenze brevi e non preventivabili precisando che tale nuovo personale, in ogni caso, non dovrà essere inserito nel novero di quello beneficiario della clausola sociale per il futuro cambio appalto.

Tanto premesso si propone:

1. di ratificare l'inserimento del personale esterno nell'appalto, limitatamente a supplenze per assenze brevi e non preventivabili precisando che tale nuovo personale, in ogni caso, non dovrà essere inserito nel novero di quello beneficiario della clausola sociale per il futuro cambio appalto;
2. di autorizzare la Direzione Generale, la Direzione Tecnica e l'Unità Contratti ed Acquisti ad ogni adempimento connesso e conseguente.

- Il Capo Ripartizione Contratti ed Acquisti 

- Il Direttore Generale f.f. 

IL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE

- vista la proposta formulata ed i relativi allegati;
- visti lo Statuto Sociale ed il Codice civile,
- a voti ...

DELIBERA

- a) di ratificare l'inserimento del personale esterno nell'appalto, limitatamente a supplenze per assenze brevi e non preventivabili precisando che tale nuovo personale, in ogni caso, non dovrà essere inserito nel novero di quello beneficiario della clausola sociale per il futuro cambio appalto;
- b) di autorizzare la Direzione Generale, la Direzione Tecnica e l'Unità Contratti ed Acquisti ad ogni adempimento connesso e conseguente.

Allegato 1

KYMA
MOBILITÀ



Spett.le La Lucente S.p.A. -
lalucentespa@postecert.it

Oggetto: CONTRATTO TRIENNALE DEI SERVIZI DI PULIZIA AUTOBUS, IMPIANTI ED AMBIENTI AZIENDALI Kyma Mobilità S.p.A. – Elenco personale impegnato nell'appalto

Con riferimento a quanto previsto all'art. 3 del contratto ed al monte ore ivi previsto per l'esecuzione delle prestazioni di gara, si richiede di trasmettere i seguenti documenti:

- elenco del personale impegnato stabilmente nell'appalto con indicazione di: profilo orario, livello posseduto, scatti e anzianità.
- Prospetto dei turni del personale del mese di gennaio, con evidenza delle prestazioni rese dal personale, separate per ore di lavoro ordinario ed ore di lavoro straordinario.

Distinti saluti.

IL DIRETTORE TECNICO

(ing. Mauro Piazza)

Kyma Mobilità S.p.A. Protocollo In uscita n. 0003554/2024 del 23/02/2024 11:05:41



KYMA MOBILITÀ S.p.A.

Società per Azioni con Socio unico soggetta a direzione e coordinamento da parte del Comune di Taranto

Via Cesare Battisti, 657 - 74121 Taranto / 099 7356111 - Fax 099 779424;

www.kymamobilita.it - kymamobilita@kymamobilita.it - PEC: kymamobilita@pec.kymamobilita.it

C.F., P.IVA e N° iscrizione al Registro Imprese di Taranto 00146330733 - Capitale Sociale € 2.340.463,00 int. vers

Allegato 2

Prot. N. 0005113/2024 del 19/03/2024

☆ Dettaglio Email

18/03/24 17:06:11

Oggetto: Fwd: I: Kyma Mobilità - risconto a nostra nota - richiesta elenco personale
A: kymamobilita@kymamobilita.it, piazza@amat.ta.it
Da: nicola.carrieri@kymamobilita.it

----- Messaggio Inoltrato -----

Oggetto: I: Kyma Mobilità - risconto a nostra nota - richiesta elenco personale

Data: Mon, 18 Mar 2024 17:03:09 +0100

Mittente: La Lucente SpA Pec <lalucentespa@postecert.it> (mailto:lalucentespa@postecert.it)

A: appalti@pec.kymamobilita.it (mailto:appalti@pec.kymamobilita.it)

Spett.le Committente,

in riscontro alla Vs nota prot. 3554 del 23.02.2024, Vi trasmettiamo, in allegato, quanto contrattualmente previsto.

Cogliamo l'occasione per comunicarvi che stiamo rilevando un elevato tasso di malattia, più che triplicato rispetto alla media aziendale, tale da dovervi richiedere la possibilità di ricevere formale deroga delle previsioni dell'art. 3 del contratto, consentendoci di poter inserire in appalto nuove figure diverse rispetto a quelle riportate nell'attuale elenco.

Infatti, nonostante i costi del personale siano lievitati notevolmente sulla commessa, ci troviamo in difficoltà a coprire i servizi ogni qualvolta dobbiamo sostituire personale in maniera improvvisa (malattia).

Conseguentemente, se la Vs. Spettabile Committenza non dovesse acconsentire alla richiesta deroga, non potremmo ritenerci responsabile di eventuali disservizi, che al momento stiamo evitando con fatica.

Inoltre, da CCNL abbiamo l'obbligo di dover mandare il personale in ferie, ma a causa dell'eccessivo tasso di malattia abbiamo difficoltà a sostituire le maestranze.

Nel ringraziarvi, restiamo in attesa di cortese riscontro e salutiamo cordialmente.

Â

La Lucente SpA

Â

Â

----- Messaggio Inoltrato -----

Oggetto: richiesta elenco personale

Data: Fri, 23 Feb 2024 11:14:05 +0100

Mittente: Appalti PEC <appalti@pec.kymamobilita.it> (<mailto:appalti@pec.kymamobilita.it>)

A: la lucente <la lucente@postecert.it> (<mailto:la lucente@postecert.it>)

CC: area contratti nicola <nicola.carrieri@kymamobilita.it>
(<mailto:nicola.carrieri@kymamobilita.it>)

si allega nota come da oggetto

distinti saluti

kyma mobilita

[📎 prot_3554 del 23_02_2024_lalucente.pdf \(/protocol/webmail/message_attachment?document_id=160998&filename=prot_3554_del_23_02_2024_lalucente.pdf&local_mail=doc_160998.eml&postacert=true\)](#)



[📎 Elenco del Personale.pdf \(/protocol/webmail/message_attachment?document_id=160998&filename=Elenco+del+Personale.pdf&local_mail=doc_160998.eml&postacert=true\)](#)



Al presidente del CDA

avv. Daniele D'Ambrosio

Oggetto: CONTRATTO TRIENNALE DEI SERVIZI DI PULIZIA AUTOBUS, IMPIANTI ED AMBIENTI AZIENDALI Kyma Mobilità S.p.A. - Relazione in merito a situazione personale de "La Lucente s.p.a."

Premesso che:

- In esecuzione della deliberazione del C.d.A. n.87 del 27/09/2022, è stata indetta procedura aperta n. 13/2022, avente per oggetto l'affidamento triennale dei servizi di pulizia aziendali.
- La gara è stata indetta prevedendo una clausola sociale particolarmente rigida: l'aggiudicataria è stata tenuta a garantire livelli occupazionali elevati, quantificato in certo numero di ore aggregate dei contratti di lavoro part time dei singoli operai. Nello specifico, il monte ore da garantire ammontava 32.000 ore complessive annue per un numero di 25 unità lavorative.
- Si precisa che la giurisprudenza nazionale in materia di clausole sociali, anche quelle più recente (Consiglio di Stato, sez. V, 25.01.2024 n. 807) si fonda su un consolidato orientamento per cui debba consentirsi un'applicazione elastica e non rigida della clausola sociale prevista ai sensi del Codice dei Contratti, per contemperare l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto (Cons. St., sez. V, 1 agosto 2023 n. 7444).
- In tale ottica, la rigida clausola sociale apposta al bando di gara non si pone pienamente in linea con tale orientamento.
- Si precisa, tuttavia, che la clausola sociale, così come posta, è stata formalmente accettata dai concorrenti della gara, seppure la sua formulazione in tale veste è stato motivo fondante dell'anormalmente elevato numero di richieste di chiarimenti sul bando pervenuti (n. complessivo 32) e dei conseguenti problemi operativi connessi alla necessità di gestirli e rispondervi in tempi brevi.
- La clausola, apposta in gara ha previsto, inoltre, in maniera specifica, il divieto tassativo di sostituire con altre e nuove unità, quale che sia la forma, i rapporti di lavoro originari che dovessero venir meno per qualunque ragione temporanea o definitiva, lungo l'intero periodo di durata del contratto, essendo tenuta l'aggiudicataria, in caso di risoluzione di un rapporto di lavoro nel corso del periodo contrattuale, ad incrementare sin da subito in misura corrispondente e proporzionale il numero di ore ordinarie da remunerare al rimanente personale dipendente, impegnandosi ad utilizzare sempre il medesimo personale assunto.

dalla precedente affidataria dei servizi.

- Il contratto è stato stipulato con la società "La Lucente s.p.a.", aggiudicataria della procedura, al prezzo di € 1.255.500,00 triennali, con decorrenza: 15/07/2023-14/07/2026.
- Il verbale di cambio appalto propedeutico all'avvio dei servizi si è concluso con un accordo con le parti intervenute, avendo la società "La Lucente s.p.a." offerto di mantenere profilo orario di tutti gli operatori già posseduto nel corso dell'appalto uscente, il cui contraente era il R.T.I. composto dalla medesima "La Lucente s.p.a." e la società "Servizi Integrati". S.r.l.
- Con Delibera del CdA n. 19 del 08/02/2024, è stata autorizzata l'estensione del contratto, ai sensi del c.d. "quinto d'obbligo" comprendente le maggiorazioni dei servizi presso il capolinea di Parco Cimino.
- Negli scorsi mesi, La Lucente ha palesato un'evidente difficoltà nel garantire i servizi di contratto, a causa di indisponibilità di personale, dovuta sia a rifiuti di eseguire prestazioni straordinarie, sia da frequenti episodi di malattia.
- Con nota prot. 3554 del 23/02/2024, Kyma Mobilità ha formalmente richiesto a La Lucente s.p.a. l'elenco del personale stabilmente impiegato nell'appalto, al fine di verificare il rispetto della clausola sociale.
- La Lucente s.p.a., con nota assunta al n. di prot. 5113 del 19/03/2024, con la quale ha trasmesso l'elenco del personale stabilmente impegnato nell'appalto, ha richiesto ufficialmente, in deroga alla previsioni contrattuali, di autorizzare l'inserimento di nuove figure nell'appalto, richiesta motivata a causa di tale un eccesso di morbosità del personale, che renderebbe difficoltosa l'esecuzione delle prestazioni appaltate.
- Per quanto riguarda l'elenco trasmesso con la nota del 19/03/2024, dallo sviluppo delle ore del personale ivi indicato (n. 23 unità) si evince che il totale delle ore "teoriche" settimanali del personale ammonta a n. 552, che, in un totale di 52 settimane che compongono un anno, porta ad un totale di 28.704 ore annuali.
- La gara d'appalto è stata espletata prevedendo una clausola sociale per la quale l'aggiudicataria si è impegnata a provvedere alla esecuzione delle prestazioni di gara avvalendosi esclusivamente delle stesse 25 unità assunte a tempo parziale già utilizzate dalla precedente aggiudicataria dei servizi per il monte orario complessivo pari a 32.000 ore annue. Tale clausola, presente negli atti di gara, è stata riprodotta anche nel contratto di appalto, sottoscritto da "La Lucente s.p.a.".
- L'elenco di n. 25 persone è stato tratto da comunicazione inviata il 08/02/2022 dalla stessa "Lucente s.p.a.", quale appaltatore uscente in raggruppamento temporaneo d'impresa con la "Servizi Integrati s.r.l.", a fronte di specifica richiesta di Kyma Mobilità. L'elenco comprendeva, in realtà 26 unità, ma in gara il numero è stato portato a 25, in quanto Kyma Mobilità ha appreso dell'avvenuta quiescenza del dipendente De Cataldis Cosimo, in via meramente ufficiosa.
- Attualmente il numero dei dipendenti ammonta a n. 23. In merito a tale numero, inferiore rispetto a quello previsto dal contratto, appare chiaro che La Lucente



s.p.a., sia quale appaltatore precedente (i in R.T.I.), sia quale appaltatore attuale (art. 8 di entrambi i contratti) aveva l'obbligo di comunicare ogni variazione del personale in riduzione (non essendo, invece, ammessi inserimenti di nuovo personale), con la relativa variazione dei profili orari dei dipendenti, che dovesse verificarsi nella composizione del loro elenco.

- Kyma Mobilità non ha mai ricevuto alcuna comunicazione da parte de "La Lucente s.p.a.", né prima dell'avvio del contratto, né successivamente, in merito alla riduzione dell'elenco dei dipendenti da 25 a 23 (in realtà non vi era stata alcuna comunicazione neanche in merito alla quiescenza del De Cataldis, 26° unità, estrapolata dall'elenco del personale beneficiario della clausola sociale solo in quanto notizia informalmente appresa).
- Con la stipula del contratto, La Lucente s.p.a. ha assunto il formale ed espresso impegno a provvedere alla esecuzione delle prestazioni oggetto di gara "avvalendosi esclusivamente delle stesse 25 unità assunte a tempo parziale già utilizzate dalla precedente aggiudicataria dei servizi per il monte orario complessivo pari a 32.000 ore annue" e con l'espresso "divieto tassativo di sostituire con altre e nuove unità, quale che sia la forma, i rapporti di lavoro originari che dovessero venir meno per qualunque ragione temporanea o definitiva, lungo l'intero periodo di durata del contratto" In siffatte fattispecie, l'aggiudicataria, infatti, è tenuta ad incrementare sin da subito in misura corrispondente e proporzionale il numero di ore ordinarie da remunerare al personale dipendente, impegnandosi ad utilizzare il medesimo personale assunto dalla precedente affidataria dei servizi (art. 3 del contratto).
- In meri termini contrattuali, essendo La Lucente s.p.a. impegnata a garantire una clausola sociale che prevede un monte ore "teorico" di 32.000 ore per 25 unità ed essendosi il personale ridotto a 23 unità per 28.704 ore teoriche, non sarebbe possibile sostituire tale personale con nuove unità, ma bisognerebbe incrementare il numero di ore al personale dell'appalto in essere.
- Negli scorsi mesi, la situazione pare essersi aggravata: l'aggiudicataria si è trovata nella materiale impossibilità di eseguire i servizi appaltati, stretta tra il vincolo contrattuale che impone l'impossibilità di coprire le assenze con personale esterno, statuita ai sensi di contratto e l'assenteismo del personale, nonché il diniego di molte delle unità ad eseguire prestazioni straordinarie a copertura dei turni vacanti. A tali circostanze, si è aggiunto il pretestuoso rifiuto di alcune unità di eseguire alcune prestazioni di lavoro contrattualmente previste e sonora svolte, come, per esempio, la consegna dei bocconi d'acqua di capilinea.
- I servizi di pulizia che hanno risentito più di altri di tali circostanze sono quelli da svolgere presso il capilinea, soprattutto quello di Parco Cimino.
- Con p.e.c. assunta al prot. 11439 del 05/07/2024, La Lucente s.p.a. ha trasmesso elenco delle ore retribuite (lavorate e di assenza) per il periodo Gennaio-Giugno 2024, con esclusione delle sole ore di ferie, rol, e fest. Sopprese. Quest'elenco riporta un totale di 15.919, ore retribuite su 6 mesi, in linea con la clausola sociale di

32.000 ore annue. Ciò soprattutto alla luce di quanto previsto all'art. 3 del contratto, ovvero che "Le 32.000 ore di prestazioni annue previste non sono da intendersi quali ore effettive dei servizi resi, bensì quali ore contrattuali ordinarie degli operatori, ovvero date dalla sommatoria delle ore settimanali da contratto di lavoro di ognuno dei lavoratori, moltiplicate per 52 (settimane in un anno). Tale monte ore comprende quindi le ore di assenza per ferie, malattia, infortuni, permessi, ecc..."

- Con le note assunte ai prott. 11328 del 03/07/2024 e 11754 del 11/07/2024, La Lucente s.p.a., oltre a ribadire la richiesta di deroga dalle previsioni dell'art. 3 del contratto in merito all' inserimento di nuove unità, ha dato evidenza di una trattativa sindacale per un accordo su un aumento contrattuale proposto da La Lucente stessa già a decorrere dal mese di luglio, rifiutato dalle stesse OO.SS. in quanto sarebbe stato elargito in modo da raggiungere in modo strutturale il monte ore di 32.000 annue, rimodulando lo stesso incremento settimanale proposto in favore anche dei turni di sabato, domenica e festivi, nonché per la copertura dei capolinea.
- La situazione è particolarmente delicata soprattutto alla luce della controversa situazione giuridica creatasi, in quanto, a fronte dei chiari disservizi sui servizi di pulizia, occorre valutare la concreta opponibilità dell'inadempimento al fornitore di servizi "La Lucente s.p.a.", in quanto legato al rispetto di clausola sociale molto più rigida di quanto derivante dai pacifici orientamenti giurisprudenziali in materia.

Tanto premesso, alla luce di quanto suesposto, si propone a codesto CdA di concedere a "La Lucente s.p.a l'inserimento di personale esterno nell'appalto, al fine del ripristino dei normali servizi di pulizia, in quanto il contratto non vieta espressamente l'ingresso di personale esterno, limitandosi a prescrivere l'obbligo di ripartire sul personale beneficiario della clausola sociale le 32.000 ore previste nel contratto, che, si precisa, sono ore teoriche, ovvero comprensive di quelle di assenza per ferie, malattia, infortuni, permessi, ecc.....

La concessione di impiego di questo nuovo personale sarebbe comunque temporanea fino a quando il personale in servizio non si renderà disponibile ad effettuare le ore necessarie per garantire i servizi di cui al contratto in essere.

Questo nuovo personale, inoltre, non sarebbe in ogni caso inseribile nella futura clausola sociale al termine del contratto stesso.

Il Capo ripartizione
Appalti, contratti e acquisti
Dott. Nicola Carrieri

Il DEC
Ing. Domenico Pellicoro

Il Direttore Tecnico e
d'Esercizio
Ing. Mauro Piazza

Allegato 9

STUDIO LEGALE
AVV. GIUSEPPE MACRIPO'
(c.f. MCRGPP61H03F587F)
Via Roma n.66 – 74020 Monteparano (TA)
Tel/fax 099.5993672 mail: avv.giuseppemacripo@libero.it
PEC: macripo.giuseppe@oravta.legalmail.it

Egr. Presidente
KYMA Mobilità
appalti@pec.kymamobilita.it

Codesta Azienda ha chiesto al sottoscritto avvocato di produrre un parere in merito agli adempimenti che il Consiglio di Amministrazione dovrà adottare in ordine al contratto triennale per il servizio di pulizia intercorrente tra Kyma Mobilità e l'impresa "La Lucente" spa formulando i seguenti quesiti.

Con nota n. 12345 del 22.07.2024:

1. Se l'inserimento di personale esterno all'appalto sia compatibile con la clausola sociale prevista all'art. 5 del bando di gara ed all'art. 3 del contratto triennale per i servizi di pulizia;
2. Se la clausola sociale possa essere rispettata da "La Lucente" spa nella sua quantificazione di 32.000 ore annue, anche se gli orari di lavoro dei dipendenti fossero formati non solo da ore di lavoro ordinario, ma anche da prestazione di lavoro straordinario.

Successivamente, con nota n. 12464 del 24.07.2024:

3. Se sia esperibile la soluzione della revoca di tale estensione (-effettuata ai sensi del cd. "quinto d'obbligo" per le maggiorazioni dei servizi presso il capolinea di Parco Cimino-) dell'affidamento e conseguente esecuzione in danno tramite altra azienda da selezionare con le procedure previste dal Codice degli Appalti.

Preliminarmente, sottolineata da parte di codesta Azienda l'urgenza della questione, lo scrivente ha esaminato la consistente documentazione inviatagli dalla quale ha rilevato:

- A seguito di opportuno bando di gara, con procedura aperta, Kyma Mobilità ha stipulato con l'impresa "La Lucente" spa, corrente in Modugno (Ba), "...contratto per l'affidamento triennale dei servizi di pulizia..." a decorrere dal 15.07.2023 sino al 14.07.2026, avente quale corrispettivo per l'intero triennio euro 1.255.500,00 più IVA.

Tale contratto al suo art. 3, ricalcando quanto nell'art. 5 del bando di gara, riporta quale "clausola sociale" (ex art. 50 del Dlgs n. 50/2016) l'obbligo per "La Lucente" spa di avvalersi "...esclusivamente delle stesse 25 unità assunte a tempo parziale già utilizzate dalla precedente aggiudicataria dei servizi per il monte orario complessivo pari a 32.000 ore annue";

"La Lucente" spa ha inoltre il divieto tassativo di sostituire con altre e nuove unità "... i rapporti di lavoro originari che dovessero venir meno per qualunque ragione temporanea o definitiva..." e che "...In caso di risoluzione di un rapporto di lavoro... sarà tenuta ad incrementare sin da subito in misura corrispondente e proporzionale il numero di ore ordinarie da remunerare al personale dipendente impegnandosi ad utilizzare il

medesimo personale assunto dalla precedente affidataria..." elencando per ognuno dei 25 operatori il livello contrattuale e l'indicazione del CCNL di riferimento.

A seguito di formale esplicita richiesta del 23.02.2024, il 18 marzo "La Lucente" spa, inviando l'elenco del personale con i riferimenti di livello ed anzianità di assunzione (ben 10 dipendenti risultavano assunti il 15.07.2023, ossia dalla decorrenza del contratto dei servizi), significava "un elevato tasso di malattia...tra il personale; per cui ha chiesto "...di ricevere formale deroga ..." alla "clausola sociale", potendo quindi "...inserire in appalto nuove figure diverse rispetto a quelle riportate nell'attuale elenco...": ciò in quanto paventava "...difficoltà a coprire i servizi..." e, nel diniego della chiesta deroga, di non essere "...responsabile di eventuali disservizi...".

Con nota n. 5377 del 22.03.2024, codesta Azienda prontamente riscontrava la richiesta di deroga, e, richiamando motivatamente il contratto stipulato, concludeva significando che "...non può essere accolta la vostra richiesta di deroga..." inoltre invitava all'osservanza contrattuale denegando ogni assunta manleva da parte della stessa "La Lucente" spa per eventuali disservizi conseguenti ad assunta "carezza di personale", rimanendo a carico di quest'ultima spa "...tutta la responsabilità di buona e completa esecuzione del servizio, come riportato chiaramente nel disposto contrattuale".

"La Lucente" spa, non paga del riscontro ricevuto, il 3 luglio u.s. rinnovava la richiesta di deroga alla normativa contrattuale di cui all'art. 3 e richiedeva "...quanto meno in via eccezionale di poter inserire nuovo personale per l'esecuzione delle attività contrattualmente previste", assumendo a sostegno della reiterata e rinnovata richiesta che "...le maestranze...hanno inscenato nella giornata odierna l'ennesima pretestuosa protesta...".

Poi con nuova comunicazione del 10 u.s., significando il diniego di molti lavoratori "...ad effettuare lavoro supplementare per sopperire ad assenze imprevedibili...rifiutato dalle stesse OO.SS..." sollecitava Kyma Mobilità "...ad acconsentire all'inserimento di Personale operativo extra organico (-sostenendo che-) La Lucente non può ritenersi responsabile di eventuali disservizi subiti...".

Nel merito,

- In ordine ai quesiti su denominati 1. e 2., è da sottolineare che di ogni rilievo in ordine ai rapporti di diritti e doveri tra lavoratori e datore di lavoro, l'ordinamento prevede ben precise guarentigie e conseguenze per le inadempienze.

Infatti, nell'ipotesi in fattispecie di "assenteismo morboso" (vds visite fiscali) per quanto attiene invece al rifiuto di espletamento di lavoro straordinario, interessante in proposito è la soluzione proposta con la recente ordinanza della Corte di Cassazione, n. 10623/2023, affermando essere legittimo il licenziamento del lavoratore che rifiuta la prestazione di lavoro straordinario nei limiti contrattuali, identificando tale condotta come "notevole inadempimento degli obblighi rinvenienti dal rapporto di lavoro"; pertanto, lapalissianamente Kyma Mobilità è estranea a tali rapporti in quanto committente in un regolare contratto con l'impresa e tali problematiche non sono risolvibili dalla committenza.

Inoltre si sottolinea che Kyma Mobilità dell'adempimento delle garanzie e degli strumenti a salvaguardia degli stessi effettuati da "La Lucente" per preservare il rapporto contrattualmente assunto, non ha avuto alcuna notizia, né comprova, ma semplice affermazione.

È opportuno qui ricordare che la cd. "clausola sociale" prevista, tra l'altro, dall'art 50 del Codice degli Appalti, è "...nel rispetto dei principi dell'Unione Europea volta a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato...nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore...".

Inoltre più volte il Consiglio di Stato ha affermato che tale clausola deve essere interpretata in conformità ai dettati nazionali e comunitari in maniera di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza senza intaccare la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 della Costituzione (vds, per tutte, C.di.S. n. 5890/2014).

Tale clausola, pertanto, essendo esplicitamente prevista nei CCNL di alcuni settori ad alta intensità di manodopera che si avvalgono frequentemente di "cambio appalto" (come quello delle imprese di pulizie che lo riporta al suo art. 4) va intesa non come requisito di partecipazione, ma come obbligo gravante sull'aggiudicatario nella (successiva) fase dell'esecuzione del servizio.

Che il bilanciamento fra interessi costituzionalmente garantiti, sia pure apparentemente contrapposti (ossia il diritto al lavoro ed alla sua conservazione e la stabilità di iniziativa d'impresa) debba essere temperato con la cd. "clausola sociale" lo ha anche recentemente ribadito il Consiglio di Stato (sen. N. 807/2024).

Tale sentenza ha sottolineato come la clausola sociale debba essere applicata in forma "elastica" e non rigida "... per temperare l'obbligo di mantenimento dei livelli di occupazione del precedente appalto con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economia di costi da valorizzare ai fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto...".

Come chiaramente si evince dal dettato della menzionata sentenza, tale "bilanciamento" va effettuato "a monte" e non "a valle" argomentando sull' "interpretazione" della clausola, perché la giurisprudenza, con il termine "elastico" ha voluto sottolineare che tale connotato deve essere considerato al momento della sua formulazione, nel bando, e solo successivamente nell'eventuale contratto.

Nella fattispecie, la clausola sociale è già parte del bando (art. 5) e del contratto (art. 3) sottoscritto dalle parti. La formulazione della clausola in forma rigida come nel caso di specie appare travalicare quel "bilanciamento" di interessi sì da potere essere, almeno in parte, considerata vessatoria e di necessità, come avvenuto, della sua sottoscrizione.

Tale circostanza sarebbe dovuta essere opportunamente valutata da qualsivoglia imprenditore attento giacché, probabilmente, esorbitante il naturale rischio d'impresa.

Dall'esplicita sottoscrizione della clausola ne discende la sua vincolatività, scevra quindi da ogni interpretazione "estensiva" o "elastica", come ribadito da Kyma Mobilità, nella sua nota prot. n. 5377 del

22.03.2024, a "La Lucente" spa in cui categoricamente denega ogni "...richiesta di deroga alle condizioni dell'art. 3 del contratto...", invitando la stessa "la Lucente" spa "...a provvedere in conformità..." al disposto dell'art. 3 contrattuale e rimettendo al mittente ("La Lucente" spa) ogni tentativo di manleva "... da eventuali disservizi che potessero derivare da carenza di personale".

Da ciò appare evidente che l'applicazione della clausola contrattuale in discorso, tassativamente vieta che l'impresa aggiudicataria dell'appalto possa "sostituire" i 25 lavoratori o alcuni di essi "con altre o nuove unità" per l'espletamento dello stesso.

La clausola, a ben vedere, prevede due obblighi: il primo su esplicitato, l'altro che prevede "...in caso di risoluzione di un rapporto di lavoro..." con alcuno di quei lavoratori, l'impresa deve suddividere il carico delle ore di lavoro di chi ha risolto il rapporto, in modo proporzionale tra i restanti lavoratori così come già individuati. Vincolo quindi contrattuale non derogabile.

Non sfuggirà che entrambi gli obblighi sanciscono l'assoluto divieto di sostituzione con unità esterne di quei lavoratori il cui rapporto di lavoro con l'impresa è venuto meno.

È da sottolineare che l'interpretazione tra i due dettati comporta "l'incremento proporzionale" delle ore a carico dei lavoratori quando si verifica la "risoluzione del rapporto di lavoro".

A quanto emerge dalla documentazione prodotta allo scrivente (vds elenco del personale allegato alla comunicazione de "La Lucente" del 18.03.2024 assunta al protocollo di Kyma Mobilità il 19 detti al prot. n. 5113 ed il riscontro alla stessa del 22.03.2024 prot. n. 5377) la circostanza della risoluzione del rapporto di lavoro si è già verificata per quanto riguarda due lavoratori, per cui la forza lavoro contrattualmente indicata è diventata di 23 unità: da ciò si presume che il carico orario di quei due lavoratori sia stato ripartito "in misura corrispondente e proporzionale" tra i 23 lavoratori tutt'ora in servizio.

Dal ché sorge spontanea la domanda: quid iuris se le risoluzioni del rapporto di lavoro fossero in numero tale che la ripartizione oraria in proporzione comportasse per i lavoratori ancora in servizio un carico individuale lavorativo esorbitante il numero di ore massimo, ordinario e straordinario, previsto dal CCNL, tenuto conto che le ore totali lavorative previste soddisfano anche quel principio di tutela della salute costituzionalmente garantito e quindi invalicabile?

Benchè espressamente sottoscritta, permangono perplessità in ordine alla sua assoluta vincolatività in situazioni particolari che potrebbero dare adito ad eventuale contenzioso.

L'assenza improvvisa di personale che non incida sul rapporto di lavoro del dipendente (che pertanto rimane in organico), per malattie accertate di breve durata, fruizione di permessi, orari eccezionali, ecc., va da sé che deve essere colmata con una logica ed immediata riorganizzazione del servizio, ricorrendo, all'occasione, ove necessario e comunque entro le 32.000 ore annue previste dal contratto, al lavoro straordinario.

Bisogna poi considerare che il contratto in essere, pur avendo natura privatistica, ha tuttavia contenuto ed un contraente appaltante (Kyma Mobilità) di natura pubblicistica, trattandosi di servizio igienico ambientale (la cui valenza è particolarmente rilevante in questo periodo dell'anno).

Nel rapporto pubblico sussiste l'istituto della supplenza temporanea finalizzata a sopperire la singola determinata assenza senza incidere sulla determinazione organica e sull'iscrizione del posto di lavoro.

Per cui, quale estrema ratio, laddove l'assenza dovesse essere prolungata e comunque non preventivata, apparirebbe possibile, nell'insufficienza della riorganizzazione del servizio, procedere a supplenze temporanee e limitate per le singole necessità impreviste ed urgenti venutesi a creare.

Per quanto qui riportato, non appare condivisibile né percorribile la prospettata tesi secondo cui il "temporaneamente" è da rapportare "...fino a quando il personale in servizio non si renderà disponibile ad effettuare le ore necessarie per garantire i servizi di cui al contratto in essere...": ciò in quanto una tale ipotesi renderebbe il "temporaneamente" indefinito nel tempo (oltre che demandato a fatto dei terzi, ossia la disponibilità del personale) e quindi in contrasto con il concetto di definizione temporale ("dal...al") di momentanea difficoltà ad espletare il servizio.

In conclusione, richiamando quanto qui riportato, per quanto attiene al quesito su denominato n. 1 non è possibile l'inserimento di personale estraneo all'appalto in quanto in contrasto con l'art. 5 del bando e l'art. 3 del contratto, clausole vincolanti in quanto espressamente controfirmate ed accettate.

Tuttavia, in considerazione dell'oggetto del contratto (con finalità pubblica e stante l'esigenza pubblica a fornire il servizio) e del principio delle supplenze temporanee, la Pubblica Amministrazione in taluni casi eccezionali, può fare ricorso a tale principio: nella fattispecie può autorizzare l'impresa appaltatrice ad avvalersi di tale principio purché abbia dato prova che non sia stato possibile avvalersi di una riorganizzazione temporanea del servizio e dei carichi di lavoro, nonché dell'attribuzione di straordinario.

Ciò potrà avvenire unicamente per un periodo limitato e definito nel tempo limitato all'assenza del personale venutasi a creare.

Per quanto attiene al quesito su denominato 2., trattando l'oggetto del contratto di un appalto prevedente il lavoro come distribuito per il personale in forza in 32.000 ore totali, "La Lucente" spa sarà tenuta a fornire una prestazione di servizio pari a 32.000 ore, sia che si tratti di lavoro ordinario e/o straordinario.

- Con nota prot. 12464 del 24.07.2024 è stato posto al sottoscritto l'ulteriore quesito (su denominato 3.): se sia esperibile la soluzione della revoca del cd. "quinto d'obbligo" a "La Lucente" spa, come effettuato con delibera del C.d.A. n. 19/2024, per la maggiorazione del servizio presso il capolinea di Parco Cimino con la conseguenziale esecuzione in danno.

Chiesta ed ottenuta la documentazione relativa, si evidenzia che nella seduta del giorno 8 febbraio 2024 il C.d.A. di Kyma Mobilità, con delibera opportunamente motivata, ha autorizzato l'estensione del contratto (il

cd. "quinto d'obbligo") intercorrente con l'impresa "La Lucente" spa dal 01.01.2024 al 14.07.2026 per i servizi di pulizia del capolinea di Parco Cimino.

Tale delibera motivava l'estensione contrattuale con la circostanza che, per effetto del trasferimento da via Consiglio a Parco Cimino del capolinea (avvenuto il 14.09.2024), si era reso necessario un potenziamento dei servizi di pulizia già eseguiti presso il precedente capolinea.

Il 14.12.2024 "La Lucente" spa effettuava il preventivo, in euro 53.149,33, per tale ulteriore servizio per il restante periodo contrattuale, tenuto conto del costo del servizio già effettuato, che trattasi di mera aggiunta all'attuale canone e che ciò era il risultato "...di quanto viene svolto in più rispetto al Capolinea via Consiglio, trattandosi di due strutture con metrature differenti...".

La detta estensione, lapalissianamente, è parte del contratto dei servizi di pulizia decorrente dal 15.07.2023 al 14.07.2026, non soggetto a tacito rinnovo.

In proposito vi è da considerare come in detto contratto, l'art. 6 denominato "contestazioni e penali", prevede una graduazione delle inadempienze da parte dell'impresa con la conseguenziale graduazione delle penali da infliggere, previo un iter procedurale dell'indebito e relative controdeduzioni riportato nello stesso art. 6.

Il penultimo comma di tale articolo stabilisce un tetto massimo delle penali irrogate nel 10% dell'importo contrattuale e laddove dovesse essere superato tale tetto massimo la "...facoltà per Kyma mobilità di risolvere il contratto in danno...".

L'ultimo comma del detto art. 6 prevede poi l'ipotesi dell'inadempienza "...tale da compromettere il regolare svolgimento del servizio..." con la facoltà per la committente di fare "...effettuare il servizio omesso ad altra ditta addebitando alla ditta aggiudicataria oltre la penale prevista, anche l'eventuale maggiore spesa sostenuta...".

L'estensione contrattuale predetta, come giustamente riporta la delibera n.19/2024 del C.diA., è stata effettuata ai sensi dell'art.106, comma 12, del D.lgs n.50 del 2016, ancora applicabile poiché la gara era stata indetta prima dell'attuale Codice degli Appalti.

I citati ultimi due commi prevedono due distinte ipotesi di facoltà da parte di Kyma Mobilità in caso di inadempienza da parte de "La Lucente":

- a) La risoluzione del contratto;
- b) L'affidamento ad altra ditta del servizio omesso (parte dell'intero contratto).

Pur essendo entrambi i commi parte dell'art.6, "contestazioni e penali", del contratto, il penultimo comma, effettua richiamo alle "...penali irrogate..." (che nella loro totalità devono superare il 10% dell'importo contrattuale) e, quindi, alla graduazione di esse ed al loro totale (10%); il l'ultimo comma non fa alcun riferimento a tali penali, il ché lascia presumibilmente intendere che per applicare il penultimo comma, ossia la revoca, bisogna prima esperire l'iter sancito nello stesso articolo di contestazione e controdeduzione, e poi procedere alla revoca.

L'ultimo comma, inoltre, presuppone che vi sia una formale constatazione dell'inadempienza per l'identificazione dell'area del servizio in cui tale patologica situazione si è verificata.

Il quesito posto con l'ulteriore nota del 24.07.2024 chiede l'esperibilità della "revoca", però limitatamente all'estensione, cosiddetto quinto d'obbligo.

È opportuno qui ricordare che quel quinto d'obbligo è stato autorizzato per integrare i servizi di pulizia, già rientranti nel contratto del 2023 per il capolinea di parco Cimino, quindi, per quanto concerne tale sede aziendale, sussistono servizi "coperti" dal contratto del 2023 integrati con il cosiddetto quinto d'obbligo.

Quell'estensione, come si è detto, è stata effettuata ai sensi dell'art.106, comma 12, del D.lgs. n.50/2016 che prevede esplicitamente come l'appaltante possa imporre all'appaltatore, senza che questi possa fare valere il diritto alla risoluzione del contratto, l'esecuzione tanto in aumento, quanto in diminuzione della prestazione entro il quinto dell'importo contrattuale, ovviamente ove ciò si renda necessario.

In proposito va sottolineato che la Pubblica Amministrazione è titolare di uno ius variandi in tema di modifica di appalto, anche di servizi (vds. Cass. n.4760/1983), a condizione che, come ogni scelta amministrativa, vada motivata alla luce dello scopo istituzionale da perseguire e dei canoni di efficienza, efficacia ed economicità su cui l'azione amministrativa si regge.

L'estensione effettuata con la delibera del C.d.A. n.19/2024 ha fatto sì che attualmente operi un unico contratto nel quale la parte economica della prestazione è data da quella rinveniente nel contratto del 2023 più quella dell'estensione, per cui "il quinto" in diminuzione è sul contratto nella sua interezza.

Argomentando di quinto d'obbligo, appare arduo sostenere l'istituto della revoca perché questa per attuarsi è necessario che vi sia inadempimento contrattuale per più del 10% economico del servizio totale (fondato sul dettato del penultimo comma dell'art.6 dello stesso contratto con le prescrizioni ivi sancite).

Nel quesito posto è stato chiesto se la revoca fosse possibile solo relativamente ai servizi di Parco Cimino (ossia solo una quota parte del contratto, inclusa nel quinto d'obbligo) con ogni difficoltà motivazionale da parte di Kyma in sede di contestazione degli addebiti nell'individuare quella quota del 10% economico su una sola sede logistica aziendale.

Dalla relazione al Presidente di codesta Azienda, prot. n.12159 del 18.07.2024 (sottoscritta dal D.E.C., dal Direttore Tecnico d'esercizio e dal Capo ripartizione appalti, contratti e acquisti) emerge che "...i servizi di pulizia che hanno risentito più di altri di tali circostanze sono quelli da svolgere presso il capilinia, soprattutto quello di parco Cimino..." (punto 21 relazione).

In conclusione per quanto attiene al quesito denominato 3., certamente risultato di constatazione agli atti aziendali, appare più verosimile raggiungere lo scopo che traspare dal quesito de quo in termini brevi (ossia revoca e conseguenziale azione in danno), utilizzando il dettato dell'ultimo comma dell'art. 6 del contratto, ossia, come già sopra riportato, fare "...effettuare il servizio omesso ad altra ditta addebitando alla ditta aggiudicataria oltre la penale prevista, anche l'eventuale maggiore spesa sostenuta...".

Ritenendo di avere adempiuto l'incarico affidato, si resta a disposizione per ogni ulteriore chiarimento.

Monteparano, 29 luglio 2024

avv. Giuseppe Macripò

Firmato digitalmente da: MACRIPO' GIUSEPPE
Ruolo: AVVOCATO
Descrizione: 1193
Organizzazione: ORDINE DEGLI AVVOCATI DI
TARANTO
Data: 29/07/2024 12:48:54

Allegato 5

KYMA
MOBILITÀ



Spett.le

La Lucente S.p.A.

PEC: lalucentespa@postecert.it

Oggetto: CONTRATTO TRIENNALE DEI SERVIZI DI PULIZIA AUTOBUS, IMPIANTI ED AMBIENTI AZIENDALI KYMA MOBILITÀ S.p.A. – Ingresso di personale esterno all'appalto

Con la presente si fa seguito alle Vs. reiterate richieste di inserimento nell'appalto di personale esterno rispetto a quello beneficiario della clausola sociale.

Alla luce di quanto richiesto, si concede formale autorizzazione ad inserire personale esterno nell'appalto, limitatamente a supplenze per assenze brevi e non preventivabili.

Si precisa che tale nuovo personale, in ogni caso, non dovrà essere inserito nel novero di quello beneficiario della clausola sociale per il futuro cambio appalto.

Distinti saluti.

IL PRESIDENTE DEL C.d.A.

(Avv. Daniele D'AMBROSIO)



KYMA MOBILITÀ S.p.A.

Società per Azioni con Socio unico soggetta a direzione e coordinamento da parte del Comune di Taranto
Via Cesare Battisti, 657 – 74121 Taranto / 099 7356111 – Fax 099 7794247
www.kymamobilita.it – kymamobilita@kymamobilita.it – PEC: kymamobilita@pec.kymamobilita.it
C.F., P.IVA e N° Iscrizione al Registro Imprese di Taranto 00146330733 – Capitale Sociale € 2.340.463,00 int. vers.