

La stazione appaltante può imporre l'applicazione di un CCNL per i lavoratori?

Autore: Graziotto Fulvio

In: Appalti pubblici

In tema di appalti pubblici di servizi, la stazione appaltante non può imporre l'applicazione di un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro per i lavoratori.

Decisione: Sentenza 1969/2016 Tribunale Amministrativo Regionale Lazio - Sezione II

Classificazione: Amministrativo

Parole chiave: appalti di servizi - clausola sociale - contratto collettivo di lavoro - subentro

Il caso.

Una ONLUS si era vista esclusa dai tre lotti di relativi all'affidamento del servizio di assistenza educativa e culturale, perché "il calcolo percentuale dei costi i coordinamento e gestione è influenzato dalla determinazione del rapporto con la tariffa oraria prevista per l'operatore definita non conforme. Si ritiene quindi di non potere attribuire alcun punteggio e si rimanda alla stazione appaltante per le successive determinazione del caso."

La ONLUS aveva anche presentato un'istanza di autotutela per il riesame della determinazione di esclusione, ma l'amministrazione non ha dato riscontro positivo.

La ricorrente evidenziava che la *lex specialis* della procedura non obbligava, in alcuna parte, al rispetto di altri CCNL se non quello di riferimento, e che l'applicazione di un determinato contratto collettivo di lavoro non può essere imposto alle imprese concorrenti agli appalti pubblici.

Il Tribunale Amministrativo Regionale ha quindi ritenuto il ricorso fondato e meritevole di accoglimento.

La decisione.

Nell'affrontare la questione, la ONLUS argomenta anche che sostenere che l'amministrazione dovrebbe imporre l'applicazione del solo CCNL cooperative sociali a qualunque soggetto partecipante ad un gara per l'affidamento di servizi socio - assistenziali, si risolverebbe, comunque, in una indebita limitazione della concorrenza, con la conseguenza che gli unici soggetti che potrebbero accedervi sarebbero le cooperative sociali.

Il TAR, dapprima rileva dagli atti che «L'esclusione della ricorrente è stata determinata dal fatto che, secondo la commissione di gara "il calcolo percentuale dei costi di coordinamento e gestione è influenzato dal rapporto con la tariffa oraria prevista definita non conforme. Si ritiene quindi di non potere attribuire alcun punteggio e si rimanda alla stazione appaltante, per le successive determinazioni del caso».

Poi sottolinea che , come già evidenziato nella precedente fase cautelare, la delibera «non richiede affatto che gli organismi partecipanti alle procedure di selezione per l'affidamento dei servizi socio - assistenziali in esame, applichino il C.C.N.L. delle cooperative sociali. Tale contratto viene preso soltanto quale parametro di riferimento per il calcolo del "tetto massimo riconoscibile per ora di servizio" da parte dell'amministrazione. Al contrario, è invece espressamente previsto che gli organismi fornitori, applichino il "contratto collettivo di riferimento", con la precisazione che "si considerano assimilabili alla figura del

C1 tutte le qualifiche professionali che abbiano funzioni e mansioni equipollenti a quelle previste per l'operatore C1".».

Il giudice amministrativo identifica quindi le ragioni che hanno portato l'amministrazione a prendere in considerazione il CCNL di maggior diffusione: «al fine non già di limitare la partecipazione ai soli organismi che ne facciano applicazione, bensì, piuttosto, per consentire la partecipazione anche a quegli enti che abbiano costi del lavoro più elevati, e che avrebbero potuto, di fatto, trovarsi nell'impossibilità di competere per l'incapienza del corrispettivo erogato dall'amministrazione per tale voce».

Il Collegio, precisando che nel caso di specie la *lex specialis* non imponeva l'applicazione di un determinato contratto collettivo, richiama una precedente decisione del Consiglio di Stato e fa osservare che «in linea generale, che l'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione né la mancata applicazione di questo può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, "sicché deve negarsi in radice che l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro possa determinare, in sé, l'inammissibilità dell'offerta" (Cons. St., sez. III[^], sentenza n. 5597 del 9.12.2015).».

E rileva che, comunque, «Anche la c.d. clausola sociale non può imporre all'impresa subentrante in una gara pubblica di prescegliere un determinato contratto collettivo, potendo essa applicare un contratto collettivo diverso, pertinente all'oggetto dell'appalto, che salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo (così, ancora, Cons. St., sent. ult. cit.)».

Infine, esamina il profilo probatorio in merito ai livelli retributivi del CCNL utilizzato dalla ONLUS: «Nel caso di specie, non vi è comunque alcuna prova del fatto che il contratto ANFFASS non preveda livelli retributivi adeguati e congrui, idonei a remunerare anche il personale da riassorbire».

Nell'accogliere il ricorso, il TAR precisa che siccome l'esclusione della ricorrente è avvenuta in modo automatico, senza operare alcuna delle verifiche demandate alla commissione e alla stazione appaltante, la pronuncia comporta la necessità di rinnovare la procedura di selezione e la rielaborazione della graduatoria finale.

Osservazioni.

In tema di aggiudicazione dei servizi, anche la cd. "Clausola sociale" non può imporre l'impresa subentrante in una gara pubblica di prescegliere un determinato CCNL: "l'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione né la mancata applicazione di questo può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, sicché deve negarsi in radice che l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro possa determinare, in sé, l'inammissibilità dell'offerta".

Disposizioni rilevanti.

DECRETO LEGISLATIVO 12 aprile 2006, n. 163

Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture

Vigente al: 10-4-2016 (**ABROGATO e sostituito dal 19/4/2016 dal Decreto legislativo n. 50 del**

18/04/2016)

Art. 83 - Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

(art. 53, direttiva 2004/18; art. 55, direttiva 2004/17; art. 21, legge n. 109/1994; art. 19, d.lgs. n. 358/1992; art. 23, d.lgs. n. 157/1995; art. 24, d.lgs. n. 158/1995)

1. Quando il contratto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quali, a titolo esemplificativo:

a) il prezzo;

b) la qualità;

c) il pregio tecnico;

d) le caratteristiche estetiche e funzionali;

e) le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera, del servizio o del prodotto, anche con riferimento alle specifiche tecniche premianti previste dai criteri ambientali minimi di cui ai decreti attuativi del Piano d'azione per la sostenibilità ambientale

dei consumi nel settore della pubblica amministrazione, adottati ai sensi del decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 11 aprile 2008, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 107 dell'8 maggio 2008, e successive modificazioni;

e-bis) il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto stesso;

f) il costo di utilizzazione e manutenzione , avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione;

f-bis) la compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda calcolate secondo i metodi stabiliti in base alla raccomandazione n. 2013/179/UE della Commissione, del 9 aprile 2013, relativa all'uso di metodologie comuni per misurare e comunicare le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni;

g) la redditività;

h) il servizio successivo alla vendita;

i) l'assistenza tecnica;

l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione;

m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio;

n) la sicurezza di approvvigionamento e l'origine produttiva;

o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti.

2. Il bando di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo, elencano i criteri di valutazione e precisano la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato. Il bando, nel caso di previsione del criterio di valutazione di cui al comma 1, lettera f), indica i dati che devono essere forniti dagli offerenti e il metodo che l'amministrazione aggiudicatrice utilizza per valutare i costi del ciclo di vita, inclusa la fase di smaltimento e di recupero, sulla base di tali dati. Il metodo di valutazione di tali costi rispetta le seguenti condizioni:

a) si basa su criteri oggettivamente verificabili e non discriminatori;

b) è accessibile a tutti i concorrenti;

c) si basa su dati che possono essere forniti dagli operatori economici con un ragionevole sforzo.

3. Le stazioni appaltanti, quando ritengono la ponderazione di cui al comma 2 impossibile per ragioni dimostrabili, indicano nel bando di gara e nel capitolato d'onori, o, in caso di dialogo competitivo, nel bando o nel documento descrittivo, l'ordine decrescente di importanza dei criteri.

4. Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i su - criteri e i sub - pesi o i sub - punteggi. Ove la stazione appaltante non sia in grado di stabilirli tramite la propria organizzazione, provvede a nominare uno o più esperti con il decreto o la determina a contrarre, affidando ad essi l'incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno indicati nel bando di gara. PERIODO SOPPRESSO DAL D.LGS. 11 SETTEMBRE 2008, N. 152.

5. Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le stazioni appaltanti utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa. Dette metodologie sono stabilite dal regolamento, distintamente per lavori, servizi e forniture e, ove occorra, con modalità semplificate per servizi e forniture. Il regolamento, per i servizi, tiene conto di quanto stabilito dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 13 marzo 1999, n. 117 e dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 novembre 2005, in quanto compatibili con il presente codice.

Art. 86 - Criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse

(art. 21, co. 1-bis, legge n. 109/1994; art. 64, co. 6 e art. 91, co. 4, d.P.R. n. 554/1999; art. 19, d.lgs. n. 358/1992; art. 25, d.lgs. n. 157/1995; art. 25, d.lgs. n. 158/1995)

1. Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore

alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media.

2. Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

3. In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

3-bis. Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture. Ai fini del presente comma il costo del lavoro è determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione.

3-ter. Il costo relativo alla sicurezza non può essere comunque soggetto a ribasso d'asta.

4. Il comma 1 non si applica quando il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque. In tal caso le stazioni appaltanti procedono ai sensi del comma 3.

5. COMMA ABROGATO DAL D.L. 1 LUGLIO 2009, N. 78, CONVERTITO CON MODIFICAZIONI DALLA L. 3 AGOSTO 2009, N. 102. 17

Art. 88 - Procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse

(art. 55, direttiva 2004/18; art. 57, direttiva 2004/17; art. 21, legge n. 109/1994; art. 89, d.P.R. n. 554/1999)

1. La stazione appaltante richiede, per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle giustificazioni.

1-bis. La stazione appaltante, ove lo ritenga opportuno, può istituire una commissione secondo i criteri stabiliti dal regolamento per esaminare le giustificazioni prodotte; ove non le ritenga sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta, richiede per iscritto all'offerente le precisazioni ritenute pertinenti.

2. All'offerente è assegnato un termine non inferiore a cinque giorni per presentare, per iscritto, le precisazioni richieste.

3. La stazione appaltante, ovvero la commissione di cui al comma Ibis, ove istituita, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle precisazioni fornite.

4. Prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a tre giorni lavorativi e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile.

17

5. Se l'offerente non si presenta alla data di convocazione stabilita, la stazione appaltante può prescindere dalla sua audizione.

6. COMMA SOPPRESSO DAL D.LGS. 11 SETTEMBRE 2008, N. 152.

7. La stazione appaltante sottopone a verifica la prima migliore offerta, se la stessa appaia anormalmente bassa, e, se la ritiene anomala, procede nella stessa maniera progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte, fino ad individuare la migliore offerta non anomala. In alternativa, la stazione appaltante, purchè si sia riservata tale facoltà nel bando di gara, nell'avviso di gara o nella lettera di invito, può procedere contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte, non oltre la quinta, fermo restando quanto previsto ai commi da 1 a 5. All'esito del procedimento di verifica la stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni di ciascuna offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile, e procede, nel rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 11 e 12, all'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala.

<https://www.diritto.it/la-stazione-appaltante-puo-imporre-l-applicazione-di-un-ccnl-per-i-lavoratori/>