

## **AG 15/2011**

6 luglio 2011

**Oggetto:** Quesito posto ai sensi del Regolamento interno sull'istruttoria dei quesiti giuridici da Confcooperative in ordine all'ammissibilità di clausole che impongono agli operatori economici l'applicazione di uno specifico contratto collettivo ai fini dell'ammissione alla gara

In esito a quanto richiesto con nota n. 37844 del 6 aprile 2011, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 6 luglio 2011 ha approvato le seguenti considerazioni.

Il quesito di codesta Confederazione è volto ad acquisire il parere dell'Autorità in merito alla legittimità di clausole che imponendo, ai fini dell'ammissione alle gare, l'applicazione di specifici contratti collettivi comportano l'esclusione di imprese, quali le cooperative, che applicano contratti di categorie differenti, ma pur sempre rientranti nel settore di attività oggetto della gara.

Posto che la singola stazione appaltante può prescrivere requisiti di partecipazione alla gara diversi e più severi rispetto a quelli fissati dalla legge al fine di meglio tutelare l'interesse pubblico perseguito, in quanto rientra nella discrezionalità dell'amministrazione la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara di appalto più restrittivi di quelli legali, salvo il limite della logicità e ragionevolezza di quanto richiesto e della pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito, in modo da non restringere, oltre lo stretto indispensabile, la platea dei potenziali concorrenti e da non preconstituire situazioni di assoluto privilegio (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 22 settembre 2009, n. 5653), occorre valutare se la richiesta di applicazione di uno specifico contratto collettivo possa ritenersi, oltre che logico e ragionevole, pertinente e congruo rispetto allo scopo perseguito.

I contratti collettivi disciplinano, per singole categorie di lavoratori, tutti gli aspetti del rapporto di lavoro subordinato, tra cui anche quello retributivo, fissando livelli retributivi per ciascun livello di inquadramento.

Dei livelli retributivi fissati dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, unitamente ai valori economici previsti dalle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali, si avvale il Ministro del Lavoro per determinare periodicamente il costo del lavoro in apposite tabelle.

Il costo del lavoro così determinato rappresenta uno degli elementi dell'offerta economica in relazione al quale gli operatori economici possono presentare giustificazioni in sede di verifica delle offerte anormalmente basse (art. 87, comma 2, lett. g, d.lgs. n. 163/2006) e rispetto al quale le stazioni appaltanti, in sede di predisposizione della gara, valutano che il valore economico del contratto sia adeguato e sufficiente (art. 89, comma 3, d.lgs. n. 163/2006).

Delle sopracitate disposizioni emerge quindi che il costo del lavoro individuato dalle tabelle ministeriali rappresenta una componente dell'offerta rispetto alla quale – fermo restando il trattamento salariale minimo inderogabile (art. 87, comma 3) – deve essere consentita la possibilità di presentare giustificazioni.

Come già evidenziato nel Parere sulla normativa del 15 gennaio 2009 (AG 40/08), la giurisprudenza amministrativa ritiene che la normativa in esame ponga delle regole di azione della pubblica amministrazione ai fini della corretta predisposizione dei bandi nonché della valutazione delle soglie di anomalia delle offerte e non si proponga invece di determinare una misura del costo del lavoro rilevante agli effetti degli appalti pubblici in via autoritativa, quale intervento

regolatorio sui prezzi a fini amministrativi, perché ciò non sarebbe in linea con i principi comunitari in tema di tutela della libera concorrenza e dei principi costituzionali di libertà sindacale attuati nella Costituzione materiale (cfr, in termini, Consiglio di Stato, sez. VI, 21 novembre 2002, n. 6415; TAR Trentino Alto Adige 23 giugno 2008, n. 154).

Tali tabelle non costituiscono dunque parametri inderogabili.

Sull'argomento è altresì intervenuto il Consiglio di Stato con la sentenza n. 4847 del 7 ottobre 2008, con la quale è stato chiarito che nelle gare di appalto, il mancato rispetto nelle offerte dei minimi tabellari del costo del lavoro, o, in mancanza, dei valori indicati dalla contrattazione collettiva, non determina l'automatica esclusione dalla gara, ma costituisce un importante indice di anomalia, che dovrà essere poi verificata attraverso un giudizio complessivo di remuneratività. Pertanto, nel caso in cui nell'offerta di una impresa, il costo del lavoro indicato risulti inferiore a quello minimo stabilito dal CCNL di categoria, la stazione appaltante non può ritenere inammissibile a priori qualsiasi tipo di giustificazione, ma deve ammettere le giustificazioni relative al costo del personale presentate dall'aggiudicataria senza procedere all'esclusione automatica della stessa dalla gara, in ossequio ai principi di diritto comunitario in materia di libera concorrenza. Precisa al riguardo il Supremo Consesso che gli interessi a tutela dei quali è posta la norma possono comunque essere tutelati in virtù di particolari condizioni operative dell'azienda o di benefici premiali che consentano la conservazione di equivalenti livelli di loro salvaguardia. Pertanto, solo attraverso un contraddittorio tra amministrazione e concorrente è possibile attuare quella funzione di partecipazione piena e costruttiva al procedimento che consente alla seconda di esercitare in modo pieno il proprio diritto di iniziativa economica privata armonizzandolo con il perseguimento dell'interesse pubblico, sia in termini di migliore offerta sotto il profilo economico, sia dal punto di vista della sua compatibilità con altri interessi pubblici da valutare comunque nell'ambito dell'iter procedimentale.

Da quanto sopra sembra desumersi che l'interesse che la norma mira a tutelare, ovvero la remuneratività dell'offerta in rapporto al costo del personale avuto riguardo alla tipologia di prestazioni dedotte in contratto, può ritenersi soddisfatto anche in presenza di scostamenti dai parametri di costo individuati nelle tabelle ministeriali e va valutato caso per caso, attraverso un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico.

In applicazione del medesimo principio, una recente pronuncia della V sezione del Consiglio di Stato (n. 5820 del 18 agosto 2010), a fronte dell'esclusione da una gara di appalto di un'impresa che aveva dichiarato di voler prendere in considerazione per il trattamento economico dei propri dipendenti durante il corso dell'espletamento dell'appalto i dati del contratto collettivo nazionale di lavoro metalmeccanico (anziché quello più proprio, considerata la specie dell'appalto, relativo alla conduzione degli impianti fognari), applicando conseguentemente i relativi costi, ha ritenuto che "pur nel silenzio dei documenti di gara, che non individuavano quale contratto collettivo nazionale di lavoro andava applicato (né avrebbe potuto farlo, andando altrimenti ad intromettersi nell'organizzazione del lavoro dell'appaltatore), è fuori discussione che l'amministrazione può valutare la congruità del contratto collettivo di lavoro in ordine all'offerta presentata, soprattutto in ragione della possibilità della buona resa delle obbligazioni contrattuali assumende". Nel caso di specie, in presenza di un appalto avente come oggetto la conduzione, sorveglianza, verifica e manutenzione di impianti, è stato ritenuto che l'applicazione di un contratto quale quello metalmeccanico, che privilegia l'aspetto manifatturiero e prevede una notevole riduzione dei costi, desse luogo ad un'offerta "sicuramente non collegata alla realtà dell'operazione" e che determinasse "la concreta possibilità di successive riserve oltre che di mancato rispetto del cronoprogramma predeterminato e del rispetto delle relative operazioni" (Consiglio di Stato cit.).

Una simile impostazione si fonda, da una parte, sul riconoscimento della sproporzione e della non congruità della richiesta, da parte della stazione appaltante, dell'applicazione di uno specifico contratto collettivo di lavoro, in quanto incidente sulla libertà di iniziativa economica, e, dall'altra, sul riconoscimento del potere-dovere della stazione appaltante di valutare la congruità del contratto collettivo applicato dall'operatore economico avuto riguardo al costo del lavoro da esso desumibile in rapporto alla tipologia di prestazioni dedotte nel contratto. Essa individua pertanto in tale attività valutativa lo strumento più consono al perseguimento dell'interesse pubblico alla remuneratività dell'offerta tenuto conto del costo del lavoro e delle prestazioni contrattuali.

Corre tuttavia l'obbligo di precisare che sulla questione la giurisprudenza non è univoca, arrivando ad ammettere che la stazione appaltante possa prescrivere nella *lex specialis* di gara, a pena di esclusione, l'applicazione di uno specifico contratto collettivo. In questo senso il TAR Lazio, sez. III quater, nella sentenza n. 5759 del 7 aprile 2010, dove viene tuttavia specificato che, nel caso in esame (in cui la stazione appaltante non aveva espressamente previsto l'esclusione in caso di mancata applicazione del contratto collettivo richiesto), l'Amministrazione avrebbe dovuto esaminare l'incidenza del contratto collettivo prescelto dall'operatore economico sulla congruità dell'offerta presentata dimostrando come il trattamento economico in tal modo previsto fosse, o non, conforme al precetto dell'art. 36 Cost., anche ai sensi dell'art. 87, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006.

Fermo restando il principio della necessaria valutazione della congruità dell'offerta economica alla luce del contratto collettivo applicato dall'operatore economico (e a prescindere dalla legittimità della clausola che impone l'applicazione di uno specifico contratto collettivo individuato per settore merceologico), si evidenzia che il caso posto all'attenzione dell'Autorità da Confcooperative è peculiare perché riguarda contratti collettivi che si distinguono, non perché attinenti ad attività diverse da quelle oggetto della gara (come in tutti i casi esaminati dalla giurisprudenza sopra citata), ma perché rientranti in un comparto diverso di contrattazione collettiva che si qualifica per la particolare natura giuridica – impresa avente scopo mutualistico – dei soggetti coinvolti. Dal momento che le società cooperative sono annoverate tra gli operatori economici ammessi a partecipare agli appalti pubblici (art. 34, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 163/2006), si ritiene che le stazioni appaltanti non possano esimersi dal considerarle quali potenziali partecipanti. Sulla base di tale considerazione il TAR Piemonte Torino, sez. I, nella sentenza n. 2687 del 27 ottobre 2008, è giunto a sostenere che le stazioni appaltanti debbano “tenere nel debito conto il costo del lavoro stabilito dalla contrattazione collettiva applicabile alle cooperative”. La pronuncia si fonda sul principio secondo cui “L'amministrazione dunque, in sede di fissazione del corrispettivo da porre a base della gara, deve tenere in considerazione il rispetto del costo del lavoro derivante dalla contrattazione collettiva di categoria riferito alla generalità delle imprese che ordinariamente esercitano l'attività costituente l'oggetto dell'appalto, conseguendone che vanno presi in considerazione i costi della manodopera risultanti dai contratti collettivi applicabili a tutte le imprese che, in quanto ordinariamente esercitanti l'attività dedotta in gara, sono potenzialmente partecipanti alla medesima, vale a dire a tutti i soggetti ammessi a partecipare alla gara de qua” (TAR cit.).

Lo stesso TAR Piemonte nella sentenza n. 3130 dell'11 novembre 2008 ha ribadito la necessità che la stazione appaltante, nel calcolare il valore economico della gara, tenga conto del costo della mano d'opera previsto dai contratti collettivi applicabili alla generalità delle imprese e dei soggetti ammessi a partecipare e che non possa tralasciarne alcuno (nel caso in esame il contratto delle cooperative sociali) “indirettamente inducendo taluno dei concorrenti ad associarsi in raggruppamento temporaneo di impresa con aziende che praticino ai propri dipendenti costi inferiori, oppure obbligando detti concorrenti ad applicare al rapporto di lavoro dei loro dipendenti, contratti collettivi stipulati per altri operatori economici”. Secondo il tribunale regionale osta

all'imposizione (anche indiretta) dell'applicazione di differenti contratti collettivi una ragione di rilievo costituzionale quale la non efficacia erga omnes (ma inter partes) dei contratti collettivi di lavoro (per effetto della mancata attuazione dell'art. 39 della Costituzione) i quali, data la loro natura privatistica, vincolano solo gli iscritti alle associazioni sindacali stipulanti e, secondo un più recente orientamento della Corte di Cassazione, i non iscritti solo in caso di costante e ripetuta applicazione delle relative clausole, con la conseguenza che le imprese cooperative sarebbero impossibilitate ad applicare i contratti collettivi stipulati da associazioni sindacali diverse da quelle a cui aderiscono i propri dipendenti.

A prescindere da quest'ultima argomentazione che attiene a motivazioni di ordine giuslavoristico, ciò che pare rilevante è che, alla stregua di un quadro normativo che ammette le società cooperative tra gli operatori economici partecipanti alle gare di appalto, apparirebbe invero sproporzionata e discriminatoria l'apposizione di clausole che impongono alle società cooperative (che applichino contratti collettivi rientranti nel settore delle attività oggetto della gara) l'adesione a contratti collettivi di altre categorie, ben potendo la stazione appaltante, in caso di dubbi circa la congruità dell'offerta in rapporto al costo del lavoro desumibile dal contratto di lavoro applicato dalla società cooperativa, effettuare la valutazione attraverso specifico procedimento in contraddittorio.