

Parere n. 172 del 20/10/2010

PREC 89/10/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dall'Autorità Portuale di Cagliari – Affidamento del servizio di guardiania dei varchi, dei parcheggi operatori, delle opere, dei manufatti, della segnaletica, dell'arredo urbano e del verde presenti in aree demaniali della Via Roma – Importo a base d'asta € 170.162,10 – S.A.: Autorità Portuale di Cagliari.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 6 aprile 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'Autorità Portuale di Cagliari, in qualità di stazione appaltante, ha chiesto a questa Autorità se è legittimo aggiudicare un appalto di servizi di custodia/vigilanza – come quello in rilievo nel caso di specie – ad un soggetto che applichi ai suoi dipendenti un CCNL (nella fattispecie Terziario avanzato) non sottoscritto dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative e che prevede un trattamento retributivo valutato dalla stazione appaltante medesima più basso di circa il 30% di quello sottoscritto da CGIL, CISL e UIL.

Al riguardo, la stazione appaltante ha osservato che, tenuto conto che la normativa vigente indica in modo univoco quale parametro di valutazione del costo del lavoro i CCNL stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, rapportando, tra l'altro, ad essi le stesse Tabelle ministeriali, l'applicazione di un altro contratto che prevede un costo del lavoro molto più basso, specialmente per i servizi con elevata incidenza della manodopera quale quello di cui trattasi, potrebbe comportare l'abrogazione di fatto di tale indice ed una conseguente compressione della tutela dei lavoratori e correlativamente della retribuzione.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale la società aggiudicataria provvisoria Servizi Globali Sandalia S.a.s. ha rappresentato che la mancata applicazione del CCNL stipulato dalle organizzazioni sindacali più rappresentative ha, di fatto, determinato una riduzione del costo del lavoro del solo 15% e non già del 30%, come sostenuto dall'Autorità Portuale, invitando nel contempo la stazione appaltante ad operare una valutazione complessiva del contratto di lavoro in concreto applicato, sia in termini normativi che retributivi, dalla quale si evince – a suo avviso – un trattamento non peggiorativo e, in ogni caso, equivalente a quello previsto dal contratto sottoscritto dalle organizzazioni più rappresentative.

Al contraddittorio documentale ha partecipato anche la Coop. Controlpark Città di Quartu, chiedendo di valutare anche l'anomalia relativa alle ulteriori offerte rispetto ai minimi tabellari ministeriali sul costo del lavoro.

Ritenuto in diritto

Al fine di definire la questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto, occorre preliminarmente rilevare che, alla luce della normativa di settore e dell'interpretazione della stessa fornita dalla giurisprudenza amministrativa, è da ritenersi estranea

all'area di verifica dell'anomalia dell'offerta la valutazione comparativa del trattamento salariale dei vari CCNL applicati dai concorrenti alle procedure di gara per l'affidamento di appalti pubblici. Infatti, ai sensi dell'art. 87, comma 1 lett. g) del D.Lgs. n. 163/2006, il costo del lavoro che la stazione appaltante deve assumere quale parametro di riferimento nella valutazione dell'anomalia dell'offerta è quello *“determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e 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”*.

Appare al riguardo evidente l'intenzione del Legislatore di implementare il necessario rispetto della regolarità dell'impiego, della tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e, allo stesso tempo, di tutelare la *par condicio* dei concorrenti, atteso che la garanzia del rispetto del costo del lavoro determinato sulla base della contrattazione collettiva di categoria, ovvero delle imprese che esercitano l'attività dedotta in gara e che sono potenziali partecipanti alla medesima, non consente a ciascun operatore di individuare liberamente il contratto collettivo da applicare, ma rappresenta un unico criterio di riferimento per tutti i concorrenti.

Al riguardo, tuttavia, occorre considerare che, come più volte affermato dalla giurisprudenza amministrativa, le suddette Tabelle ministeriali relative al costo del lavoro pongono delle regole di azione della P.A. ai fini della corretta predisposizione dei bandi di gara, nonché della valutazione delle soglie di anomalia delle offerte dei partecipanti a gare d'appalto, e non si propongono, 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 (in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 novembre 2002, n. 6415; TAR Lombardia, Brescia, 23 ottobre 2007, n. 915; TRGA Trentino Alto Adige, Trento, 23 giugno 2008, n. 154). Conseguentemente, al decreto ministeriale di determinazione periodica del costo del lavoro non può che attribuirsi un valore meramente ricognitivo del costo del lavoro formatosi in un certo settore merceologico sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva, non potendo peraltro, mediante l'imposizione di determinati parametri nella formulazione delle offerte, eventualmente pregiudicare la partecipazione alle procedure di gara di operatori economici che, per particolari ragioni giuridico-economiche, valutate dalla stazione appaltante in sede di accertamento della congruità dell'offerta, possano presentare offerte più vantaggiose (in tal senso cfr.: parere dell'Autorità n. 259 del 17 dicembre 2008).

Nello stesso solco interpretativo si colloca anche una recente giurisprudenza del giudice amministrativo (Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4847; TAR Toscana, Sez. II, 27 novembre 2008 n. 3050 e TAR Piemonte, Sez. I, 5 novembre 2008 n. 2770), secondo la quale in tema di appalti pubblici i minimi indicati nelle Tabelle ministeriali del costo del lavoro pubblicate periodicamente non hanno natura inderogabile, rivestendo soltanto la funzione di parametri di riferimento, per cui il mancato rispetto degli stessi costituisce soltanto un importante indice di anomalia dell'offerta che dovrà essere poi verificata attraverso un giudizio complessivo di remuneratività, ben potendola stazione appaltante dichiarare la congruità di un'offerta che indichi uno scostamento rispetto ai parametri indicati nelle dette Tabelle, purché tale scostamento non sia eccessivo e risulti debitamente motivato.

E' pertanto sempre necessario che venga consentito all'impresa di fornire le proprie giustificazioni, anche in riferimento al superamento di detti limiti minimi, dato che tale insopprimibile esigenza di contraddittorio costituisce specifica espressione del più generale principio di partecipazione e trova corrispondenza nel dovere dell'Amministrazione di motivare in ordine alla ritenuta incongruità dell'offerta (Cfr. Consiglio di Stato, n.4847/2008 cit.; Corte Giustizia CE, Sez. II, 3 aprile 2008 in C-346/06).

Tale valutazione comunque non può essere effettuata nella presente sede ma dovrà essere l'Amministrazione, nell'ambito della sua discrezionalità, a dare luogo alla verifica “globale” in

base a tutti gli elementi in suo possesso, atteso che come più volte affermato da questa Autorità in diverse pronunce (si vedano *ex multis*: i pareri 169/2008, 213/2008 e 56/2009) è solo l'Amministrazione che può e deve svolgere in prima battuta il giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta, espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale, improntato a criteri di ragionevolezza, logicità e proporzionalità, senza potersi ammettere in alcun caso una sostituzione/supplenza nell'esercizio di tale suo potere discrezionale di valutazione.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che in caso di applicazione di un diverso CCNL da parte di un concorrente la stazione appaltante debba verificare l'anomalia dell'offerta attraverso un giudizio complessivo di remuneratività, valutando se il reale scostamento dai minimi salariali indicati nelle Tabelle ministeriali possa essere giustificato da ragioni giuridiche ed economiche sufficienti.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 novembre 2010