

Interpretazione ed applicazione contratto collettivo nazionale individuato dalla stazione appaltante ex. art. 11 d. lgs. 36/2023

di Federico Mauro

Data di pubblicazione: 10-4-2024

In tema di interpretazione ed applicazione del CCNL al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni:

- *In base all'art. 11 commi 3 e 4 del Dlgs. n. 36/2023, il ribasso inserito nell'offerta non può essere ottenuto in danno dei lavoratori mediante l'applicazione di un CCNL che, essendo incoerente rispetto alle lavorazioni, comporti minori tutele economiche e normative;*
- *la suddetta norma determina certamente una limitazione della libertà di organizzazione aziendale, ma non può essere interpretata in senso eccessivamente restrittivo, in quanto occorre evitare di introdurre freni non necessari alla concorrenza e al principio di massima partecipazione. Si ritiene pertanto che un'impresa possa mantenere il proprio CCNL anche in una gara che in base alle ripartizioni della contrattazione collettiva si collocherebbe in un altro settore economico, purché, secondo una valutazione complessiva (giuridica ed economica), il trattamento dei lavoratori impiegati in tale gara non sia deteriore rispetto a quello dei CCNL individuati dalla stazione appaltante, e vi sia corrispondenza tra le mansioni del CCNL applicato e le lavorazioni oggetto dell'appalto;*

occorre precisare ulteriormente che non è necessaria la parità di retribuzione, in quanto tale condizione sarebbe equivalente all'imposizione di un CCNL unico.

N. 00089/2024 REG.PROV.CAU.

N. 00120/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 120 del 2024, proposto da

SIRIMED SRL, rappresentata e difesa dagli avv. Antonino Longo e Fiorella Russo, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia;

contro

ASST DI MANTOVA, rappresentata e difesa dall'avv. Annalisa Pulica, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia;

nei confronti

RVM IMPIANTI SRL, rappresentata e difesa dall'avv. Mauro Ballerini, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia, e domicilio fisico presso il medesimo legale in Brescia, viale della Stazione 37;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- del decreto del direttore generale n. 27 di data 3 gennaio 2024, con il quale è stata disposta l'esclusione della ricorrente dalla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori relativi all'adeguamento VCCC (ventilazione e condizionamento) e impianti gas medicinali della sala cardiocirurgica blocco B (piano secondo), ed è stata contestualmente disposta l'aggiudicazione a favore della controinteressata;
- della comunicazione di esclusione e aggiudicazione trasmessa via PEC in data 4 gennaio 2024;
- della nota del RUP prot. n. 63732 di data 22 dicembre 2023 (originariamente datata 4 dicembre 2023), con la quale è stato formulato parere negativo circa la congruità dell'offerta della ricorrente;
- della nota prot. n. 60416 di data 5 dicembre 2023, con la quale è stato acquisito il parere reso dallo Studio Consulenze Lavoro di Baldassari Claudio e Baldassari Carlo con riguardo all'equivalenza del CCNL applicato dalla ricorrente rispetto ai CCNL indicati nel disciplinare di gara;
- del paragrafo 9 del disciplinare di gara, nella parte in cui richiede l'applicazione del CCNL Edilizia Artigianato, del CCNL Settore Elettrico, e del CCNL Frigoristi, e nella parte in cui non indica specifici elementi ai fini della valutazione della congruità dell'offerta;
- nonché per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica, con aggiudicazione a favore della ricorrente, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, o

per equivalente economico, anche con riguardo alla perdita di opportunità e alle spese di partecipazione alla gara;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della ASST di Mantova e di RVM Impianti srl;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cpa;

Visti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2024 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue.

1. La ASST di Mantova, con decreto del direttore generale n. 1092 di data 10 ottobre 2023, ha indetto una procedura di gara negoziata ai sensi dell'art. 50 comma 1-c del Dlgs. 31 marzo 2023 n. 36 per l'affidamento dei lavori relativi all'adeguamento VCCC (ventilazione e condizionamento) e impianti gas medicinali della sala cardiocirurgica blocco B (piano secondo). Per l'aggiudicazione è stato scelto il criterio del minor prezzo rispetto a una base d'asta di € 988.347,39 (di cui € 27.320,88 per oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso).

2. Per quanto interessa nel presente giudizio, il paragrafo 9 del disciplinare di gara stabilisce che l'aggiudicatario è tenuto ad applicare ai propri lavoratori e a quelli in subappalto il CCNL Edilizia Artigianato, il CCNL Metalmeccanici, il CCNL Settore Elettrico, il CCNL Frigoristi, oppure un altro contratto che garantisca le stesse tutele economiche e normative.

3. Alla gara hanno partecipato tre imprese, tra cui la ricorrente, che si è collocata al primo posto con un ribasso del 15,96%, contro un ribasso del 3,16% offerto dalla controinteressata.

4. L'offerta della ricorrente è risultata anomala rispetto allo sconto di riferimento del 15%, fissato nel paragrafo 17 del disciplinare di gara.

5. L'organizzazione dei lavori elaborata dalla ricorrente prevede che siano impiegate le seguenti figure professionali: 2 operai specializzati del III livello del CCNL Edilizia Industria; 2

operai qualificati del II livello del CCNL Edilizia Industria; 3 impiantisti del III livello del CCNL Terziario Confcommercio; 2 impiantisti del IV livello del CCNL Terziario Confcommercio.

6. Nel corso della verifica di congruità la ricorrente ha reso la dichiarazione di equivalenza ai sensi dell'art. 11 comma 4 del Dlgs. n. 36/2023 tra le tutele del CCNL Terziario Confcommercio e quelle dei CCNL indicati nel disciplinare di gara.

7. Il RUP ha chiesto il parere del consulente del lavoro rag. Carlo Baldassari, che in una relazione datata 4 dicembre 2023 ha respinto la tesi dell'equivalenza. La dimostrazione deriverebbe dal confronto tra il costo orario medio dei profili professionali del CCNL Terziario Confcommercio e il costo orario medio dei corrispondenti profili degli altri CCNL, utilizzando i dati raccolti dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

8. Recependo le conclusioni del RUP formulate in una nota datata 4 dicembre 2023 e protocollata il 22 dicembre 2023, il direttore generale, con decreto n. 27 di data 3 gennaio 2024, ha escluso l'offerta della ricorrente, e ha disposto l'aggiudicazione a favore della controinteressata.

9. La ricorrente impugna il suddetto provvedimento, e la presupposta attività istruttoria, sostenendo, in particolare, quanto segue: (i) un ribasso del 15,96% non sarebbe irragionevole, essendo in linea con i ribassi desumibili dal sito Banchedati.biz con riguardo all'affidamento di lavori edili o di miglioramento sismico in Provincia di Mantova nel 2023; (ii) il confronto tra i CCNL non sarebbe corretto, e comunque il disciplinare indicherebbe erroneamente CCNL di nicchia (Settore Elettrico, Frigoristi) o meno rilevanti di altri nel medesimo settore (Edilizia Artigianato anziché Edilizia Industria); (iii) non sussisterebbero le condizioni di cui all'art. 17 comma 9 del Dlgs. n. 36/2023 per la consegna dei lavori in via d'urgenza.

10. Sulla vicenda si possono formulare le seguenti considerazioni:

(a) l'ASST ha dimostrato l'avvenuta consegna alla ricorrente della documentazione richiesta (v. PEC del 23 gennaio 2024), e quindi si deve ritenere che la materia controversa sia circoscritta alle questioni sopra sintetizzate;

(b) relativamente alla percentuale di ribasso, i dati del sito Banchedati.biz sembrano rilevanti, in quanto definiscono il contesto in cui si colloca l'appalto in esame. D'altra parte, la stessa soglia di anomalia individuata nel disciplinare di gara conferma indirettamente la possibilità di reperire sul mercato sconti analoghi a quello proposto dalla ricorrente, salvo l'onere per le imprese di giustificare la capacità di raggiungere un simile livello di risparmio grazie all'organizzazione interna e ai rapporti con i fornitori. Sotto quest'ultimo profilo, si osserva che la scadenza dei preventivi dei fornitori si verifica di frequente nel corso della procedura di gara, e normalmente richiede soltanto l'aggiornamento dei preventivi stessi in sede di verifica di anomalia, in modo da stabilire se l'inflazione sopravvenuta incida sui margini;

(c) in base all'art. 11 commi 3 e 4 del Dlgs. n. 36/2023, il ribasso inserito nell'offerta non può essere ottenuto in danno dei lavoratori mediante l'applicazione di un CCNL che, essendo incoerente rispetto alle lavorazioni, comporti minori tutele economiche e normative;

(d) la suddetta norma determina certamente una limitazione della libertà di organizzazione aziendale, ma non può essere interpretata in senso eccessivamente restrittivo, in quanto occorre evitare di introdurre freni non necessari alla concorrenza e al principio di massima partecipazione. Si ritiene pertanto che un'impresa possa mantenere il proprio CCNL anche in una gara che in base alle ripartizioni della contrattazione collettiva si collocherebbe in un altro settore economico, purché, secondo una valutazione complessiva (giuridica ed economica), il trattamento dei lavoratori impiegati in tale gara non sia deteriore rispetto a quello dei CCNL individuati dalla stazione appaltante, e vi sia corrispondenza tra le mansioni del CCNL applicato e le lavorazioni oggetto dell'appalto;

(e) occorre precisare ulteriormente che non è necessaria la parità di retribuzione, in quanto tale condizione sarebbe equivalente all'imposizione di un CCNL unico. Gli stessi CCNL indicati nel disciplinare di gara contengono significative differenze di retribuzione, una volta raffrontati i livelli di inquadramento;

(f) nello specifico, a una parte dei lavoratori impiegati dalla ricorrente si applica il CCNL Edilizia Industria e ai restanti il CCNL Terziario Confcommercio. La stazione appaltante avrebbe quindi dovuto svolgere delle valutazioni separate per ciascuno di questi contratti. In base allo schema comparativo del consulente del lavoro dott. Pietro Imbesi prodotto dalla ricorrente, i suddetti contratti garantiscono tutele normative confrontabili con quelle dei CCNL indicati nel disciplinare di gara;

(g) sotto il profilo economico, sia dalla relazione Baldassari (basata sul costo orario medio) sia dalla relazione Imbesi (basata sulla retribuzione mensile) emerge che il costo per il III e IV livello del CCNL Terziario Confcommercio è inferiore al costo dei corrispondenti livelli del CCNL Edilizia Artigianato e del CCNL Metalmeccanici. Dalla relazione Imbesi risulta inoltre che il suddetto costo è notevolmente inferiore al CCNL Settore Elettrico, ma superiore al CCNL Frigoristi (questi ultimi due contratti hanno rispettivamente i trattamenti economici migliori e peggiori tra i CCNL indicati nel disciplinare di gara). Non vi sono invece sostanziali differenze tra le retribuzioni del II e III livello del CCNL Edilizia Industria e del CCNL Edilizia Artigianato. Entrambi questi contratti sono economicamente di poco inferiori al CCNL Metalmeccanici, di molto inferiori al CCNL Settore Elettrico, ma ampiamente superiori al CCNL Frigoristi;

(h) dai predetti confronti non sembrano derivare elementi che facciano presumere una manipolazione della contrattazione collettiva. In realtà, con riguardo agli operai edili, l'offerta della ricorrente appare di fatto la stessa del CCNL Edilizia Artigianato, indicato nel disciplinare di gara, mentre con riguardo agli impiantisti il CCNL Terziario Confcommercio, pur non essendo indicato nel disciplinare di gara, si colloca all'interno degli estremi rappresentati, in alto, dal CCNL Settore Elettrico, e in basso dal CCNL Frigoristi. Risulta quindi applicata una contrattazione specifica per le lavorazioni edili, e una contrattazione intermedia rispetto a quelle specifiche per le lavorazioni relative agli impianti elettrici e agli impianti termici. Almeno a un primo esame, la soluzione intermedia non appare irragionevole, quando i medesimi dipendenti installino nella stessa misura impianti elettrici e impianti termici;

(i) passando al problema della consegna dei lavori in via d'urgenza, si osserva che tale scelta era già prevista dal paragrafo 4.3 del disciplinare di gara (*"il mancato avvio dei lavori in*

urgenza potrebbe determinare disservizi all'attività sanitaria, in particolare attività cardiocirurgica, [...] oltre che la possibilità di perdita di un finanziamento regionale"). Trattandosi di interessi pubblici rilevanti e pertinenti (salute, finanziamento), la motivazione appare idonea allo scopo;

(j) i lavori sono effettivamente iniziati il 31 gennaio 2024, come risulta dal giornale dei lavori;

(k) essendo iniziati in via d'urgenza per ragioni legittime, i lavori non possono essere sospesi ora in sede giurisdizionale, il che sposta inevitabilmente le aspettative della ricorrente, in caso di sentenza favorevole, verso la tutela risarcitoria.

11. In conclusione, vi sono le condizioni per concedere una misura cautelare solo propulsiva, consistente nell'invito alla ASST a esprimersi nuovamente, in tempo utile per la trattazione del merito, sulla congruità dell'offerta della ricorrente, facendo riferimento alle considerazioni formulate nella presente ordinanza. L'esecuzione dei lavori potrà invece proseguire a cura della controinteressata.

12. Tenendo conto del predetto adempimento a carico della ASST, la trattazione del merito può essere fissata all'udienza pubblica del 9 maggio 2024.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

(a) accoglie la domanda cautelare, nei limiti indicati in motivazione;

(b) fissa la trattazione del merito all'udienza pubblica del 9 maggio 2024;

(c) compensa le spese della fase cautelare.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione, ed è depositata presso la segreteria del Tribunale, che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia, nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2024, con l'intervento dei magistrati:

Bernardo Massari, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Ariberto Sabino Limongelli, Consigliere

GUIDA ALLA LETTURA

Con la **pronuncia nr. 89 dello scorso 12 marzo 2024**, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia (Seconda Sezione) ha sentenziato **in materia di interpretazione ed applicazione del CCNL al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni**.

Ai sensi del combinato disposto dei **commi 1 e 2 ex. art. 11 del Decreto Legislativo 36/2023**, infatti, **le Stazioni Appaltanti e gli Enti Concedenti sono tenuti ad indicare, nei bandi e negli inviti, il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione**: tale scelta deve ricadere su quello in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro e il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.

Gli operatori economici, in sede di predisposizione dell'offerta, **possono indicare il differente contratto collettivo applicato**, tuttavia *"...il ribasso inserito nell'offerta non può essere ottenuto in danno dei lavoratori mediante l'applicazione di un CCNL che, essendo incoerente rispetto alle lavorazioni, comporti minori tutele economiche e normative"*.

D'altro canto, **al fine di assicurare la massima partecipazione degli operatori ed il rispetto del principio di concorrenza**, si ritiene *"...che un'impresa possa mantenere il proprio CCNL anche in una gara che in base alle ripartizioni della contrattazione collettiva si collocherebbe in un altro settore economico, purché, secondo una valutazione complessiva (giuridica ed economica), il trattamento dei lavoratori impiegati in tale gara non sia deteriore rispetto a quello dei CCNL individuati dalla stazione appaltante, e vi sia corrispondenza tra le mansioni del CCNL applicato e le lavorazioni oggetto dell'appalto"*.

In tal ottica, in sede di confronto di differenti CCNL, **non trova applicazione il concetto di parità di retribuzione economica**, in quanto ciò determinerebbe, diversamente da quanto suddetto, l'applicazione di una contrattazione collettiva unica.