

Sull'individuazione del CCNL negli appalti pubblici. Limiti e condizioni per l'inquadramento del personale

di Marco Bragaglia

Data di pubblicazione: 25-10-2024

Per giurisprudenza costante è precluso alla stazione appaltante di imporre agli operatori economici l'applicazione di un determinato CCNL per la partecipazione alla gara (Cons. Stato, sez. V, 3 novembre 2020, n. 6786), il che implica anche la libertà dell'imprenditore di operare gli inquadramenti professionali secondo la regolamentazione dettata dal CCNL applicato: la difformità tra l'inquadramento professionale attribuito al lavoratore e la qualifica contrattuale spettantegli secondo le declaratorie previste dal contratto collettivo, può essere fatta valere – in linea di principio – solo nell'ambito dei rapporti fra lavoratore e datore di lavoro, salvi i riflessi sulla congruità complessiva dell'offerta, se l'inquadramento è del tutto anomalo o abnorme in relazione ai profili professionali ritenuti necessari per lo svolgimento del servizio; e fatti salvi, altresì, i riflessi in punto di ammissibilità dell'offerta, se il CCNL di settore, applicato dall'offerente, sia del tutto avulso rispetto all'oggetto dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 11 marzo 2021, n. 2086; Cons. Stato sez. V, 11 ottobre 2021, n.6784).

Publicato il 21/10/2024

N. 02780/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01772/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1772 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da Insieme Soc. Coop. Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 98920509E4, rappresentata e difesa dall'avvocato Giangaetano Rosciano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sociale Comuni Insieme, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Cristina Colombo e Mattia Casati, con domicilio eletto presso lo studio della prima, in Milano, via Durini 24;

nei confronti

Progetto A Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Di Lenno e Lucia Licata, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a) della Determinazione n. 23 del 28.07.2023 con cui l'Amministrazione ha approvato i verbali di gara ed ha affidato in via provvisoria alla Progetto A Società Cooperativa il servizio di accompagnamento su scuolabus, vigilanza educativa su pre-scuola, assistenza educativa in attività post scuola e centri ricreativi diurni - periodo 01.09.2023/31.08.2024 con possibilità di rinnovo - C.I.G.: 98920509E4 - CPV 85312400-3;

b) dei verbali di gara ed in particolare, del verbale n. 3 - mediante il quale la Commissione preposta ha attribuito i punteggi alle offerte economiche presentate dalle ditte partecipanti, escludendo quella presentata dalla Coop. Insieme;

c) della comunicazione del 27.07.2023 avente ad oggetto "l'esclusione dell'offerta della Coop. Insieme "perché superiore alla base d'asta";

d) della nota di riscontro del 01.08.2023 all'istanza di riammissione della Coop. Insieme, mediante la quale il Presidente della Commissione ha rettificato la motivazione di esclusione di cui alla comunicazione del 27.03.2023, affermando che "la Vostra offerta è risultata intrinsecamente errata per la palese discordanza degli importi indicati, che inficiano l'offerta, la quale è altresì caratterizzata da un prezzo normalmente basso rispetto alla prestazione oggetto dell'appalto";

e) della nota del 08.08.2023 con cui il RUP ha rigettato le censure formulate dalla ricorrente mediante istanza di annullamento in autotutela ed ha confermato le valutazioni espresse con la nota del 01.08.2023;

f) del bando/disciplinare di gara e del Capitolato Speciale d'Appalto e relativi allegati (con particolare riguardo all'allegato B "Offerta economica") ove interpretati nel senso ritenuto dalla Stazione Appaltante, se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;

g) di ogni altro atto agli stessi preordinato, preparatorio, propedeutico, consequenziale o comunque connesso alla procedura, ancorché non conosciuto, in particolare sin d'ora e con

riserva di motivi aggiunti del provvedimento di aggiudicazione definitiva ove esistente;

per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato ex art. 122 c.p.a. in pendenza

di gravame e richiesta di subentro; e per la condanna dell'Ente resistente all'accoglimento della domanda della ricorrente di essere riammessa alla procedura di gara e, di conseguenza, di aggiudicazione della gara e alla stipula del contratto di appalto; in via subordinata al risarcimento del danno per equivalente;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Insieme Soc. Coop. Sociale Onlus il 6/5/2024:

a) della nota prot. N. 875/2024 del 20/03/2024, trasmessa in pari data, mediante la quale ASCI In riferimento alla ns. del 15.03.2024 prot. N. 823 ha trasmesso la Valutazione del Rup in merito all'Offerta economica Busta C) del bando in oggetto, ove si dichiara l'impossibilità di attribuire l'aggiudicazione dell'appalto alla Insieme Società Cooperativa in quanto l'offerta contenuta nella Busta C) risulta anomala a causa del prezzo anormalmente basso;

b) della nota prot. N. 823/2024 del 15/03/2024 mediante la quale ASCI ha comunicato l'impossibilità di attribuire l'aggiudicazione dell'appalto alla Società Cooperativa in quanto l'offerta risulta anormalmente bassa;

c) della nota Prot. n. 6 del 14.12.2023, mediante la quale ASCI, ritenendo "non circostanziati" i giustificativi prodotti, ha richiesto, ulteriormente, di motivare, entro il 20.12.2023, i giustificativi economici formulati, comparando le voci di costo del personale previsto con CCNL delle Cooperative Sociali e dettagliando la quota di ammortamento, le spese generali e gli oneri di sicurezza;

d) di tutti i verbali della Commissione di Valutazione, ed in particolare del verbale dell'8.03.2024, ancorché non conosciuti;

e) del bando/disciplinare di gara e del Capitolato Speciale d'Appalto (con particolare riguardo agli artt. 2 e 7), ove interpretati nel senso ritenuto dalla Stazione Appaltante, se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;

f) di ogni altro atto agli stessi preordinato, preparatorio, propedeutico, consequenziale o comunque connesso alla procedura, ancorché non conosciuto, in particolare sin d'ora e con riserva di motivi aggiunti del provvedimento di aggiudicazione definitiva ove esistente;

per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato ex art. 122 c.p.a. in pendenza

di gravame e richiesta di subentro che sin d'ora di avanza e per il risarcimento del danno;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sociale Comuni Insieme e della Progetto A Società Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2024 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda Sociale Comuni Insieme A.S.C.I. - ente strumentale per la gestione dei servizi sociali, socio sanitari e socio educativi dei Comuni afferenti all'Ambito Territoriale di Lomazzo/Fino Mornasco - ha indetto una procedura per l'affidamento del servizio di accompagnamento su scuolabus, vigilanza educativa su prescuola, assistenza educativa in attività post scuola e centri ricreativi diurni, per il periodo dall' 1.9.2023 al 31.8.2024, con opzione di rinnovo per ulteriori 12 mesi, da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Alla procedura hanno preso parte due operatori, la Progetto A Società Coop. Sociale e la Insieme Società Coop. Sociale Onlus.

3. La commissione di gara ha disposto l'esclusione dalla gara della Insieme Società Cooperativa Sociale Onlus per la palese discordanza degli importi indicati nell'offerta con riferimento al costo offerto della manodopera (nell'allegato B, alla prima pagina, il costo della manodopera è indicato in complessivi 323.516,02 euro, mentre alla pagina successiva, al punto 4, è indicato in complessivi 305.120,403 euro) e per il prezzo offerto anormalmente basso.

4. La Insieme Società Cooperativa Sociale Onlus ha impugnato il provvedimento di esclusione unitamente agli altri atti indicati in epigrafe, articolando le seguenti doglianze:

I. violazione e falsa applicazione del capo 14 e del paragrafo 2.2 del capo 15 del bando/disciplinare di gara, eccesso di potere, manifesta irragionevolezza, disparità di trattamento, illogicità e ingiustizia manifesta. violazione dell'art. 97 Cost;

II. violazione e falsa applicazione dell'art. 95 d.lgs. 50/2016. eccesso di potere, illogicità e ingiustizia manifesta.

5. La ricorrente ha quindi domandato il risarcimento del danno in forma specifica, con la riammissione alla gara, l'aggiudicazione e la stipula del contratto e, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente.

6. Con ordinanza n. 987/2023, il Tribunale, in accoglimento della domanda cautelare presentata dalla ricorrente, ha sospeso il provvedimento di esclusione e ha riammesso la ricorrente alla procedura di gara.

7. In ottemperanza all'ordinanza, l'Azienda Sociale Comuni Insieme ha avviato il procedimento di verifica di anomalia dell'offerta presentata dalla ricorrente, risultata prima in graduatoria.

8. Con provvedimento prot. n. 875/2024 del 20.3.2024 il RUP ha nuovamente giudicato anomala l'offerta economica presentata dalla ricorrente, per avere sottostimato il costo del lavoro, ed ha, pertanto, escluso di potere disporre l'aggiudicazione in suo favore.

9. Il provvedimento è stato gravato, unitamente agli altri atti indicati in epigrafe, dalla Insieme Società Cooperativa Sociale Onlus, con ricorso per motivi aggiunti. Queste le censure dedotte:

I. violazione di legge (Art. 3 L. n. 241 del 1990) - Art. 78 CCNL Coop. Sociali. Eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto, difetto di istruttoria, di motivazione, erroneità manifesta, sviamento, irragionevolezza);

II. violazione di legge (Art. 97 D.Lgs. n. 50 del 2016 - Artt. 2, 7 e 26 del Capitolato Speciale d'Appalto - Art. 47 CCNL Coop. Sociali - Art. 3 della L. n. 241 del 1990). Eccesso di potere per arbitrarietà, iniquità, travisamento, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, di motivazione. Art. 97 Cost.;

III. eccesso di potere per disparità di trattamento. Violazione Art. 97 Cost. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti in relazione al rinnovo del CCNL Coop. Sociali.

10. La ricorrente ha inoltre ribadito la richiesta risarcitoria già formulata con il ricorso introduttivo.

11. Si sono costituite in giudizio l'Azienda Sociale Comuni Insieme e la controinteressata Progetto A Coop. Sociale, deducendo, oltre all'infondatezza nel merito del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti, l'inammissibilità del ricorso introduttivo per carenza di interesse, poiché l'atto con esso impugnato è una mera proposta di aggiudicazione priva di efficacia lesiva, e in quanto le valutazioni in ordine alla congruità dell'offerta sarebbero riservate alla discrezionalità della stazione appaltante e non sarebbero sindacabili in sede giurisdizionale.

12. Con ordinanza n. 466/2024 il Tribunale ha accolto l'istanza cautelare proposta con il ricorso per motivi aggiunti ed ha sospeso gli effetti del provvedimento impugnato ai fini di un motivato riesame dell'offerta, riesame che la stazione appaltante non ha effettuato.

13. In data 23 settembre 2024 la ricorrente ha depositato una nota con cui ha chiesto che venga ordinato all'amministrazione di dare esecuzione all'ordinanza n. 466/2024, ai sensi dell'art. 59 cod.proc.amm.

14. Con ordinanza n. 2603/2024 il Tar ha dichiarato il non luogo a provvedere su tale istanza, essendo prevista per l'odierna udienza pubblica la trattazione del merito della controversia.

15. All'udienza del 9 ottobre 2024 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

16. Le eccezioni di inammissibilità del ricorso introduttivo formulate dalle parti resistenti sono prive di fondamento: l'esclusione disposta con il provvedimento impugnato ha indubbiamente carattere lesivo e sussiste pertanto, in capo alla ricorrente, interesse al gravame; le censure proposte sono volte a contestare la legittimità del provvedimento di esclusione per vizi che non vanno in alcun modo a censurare valutazioni di merito riservate alla discrezionalità della stazione appaltante.

17. Con il primo motivo di ricorso viene contestata la legittimità della prima ragione di esclusione, legata alla discordanza degli importi indicati con riferimento al costo offerto della manodopera nell'allegato B, nella prima pagina (in cui il costo della manodopera è indicato in complessivi 323.516,02 euro) e nella pagina successiva, al punto 4 (dove il costo della manodopera è indicato in complessivi 305.120,403 euro).

Ad avviso della ricorrente ciò sarebbe dipeso dalla necessità di rispettare le indicazioni richieste dalla stazione appaltante nel modello dalla stessa predisposto (l'allegato B), in cui viene prevista l'indicazione del costo orario delle figure professionali, con la precisazione, però, che *"il prezzo offerto per ogni qualifica professionale è comprensivo di ogni e qualunque altro onere non espressamente evidenziato che rimane a carico dell'offerente"*.

La ricorrente avrebbe, pertanto, incluso nel costo orario delle figure professionali, indicato nella prima pagina dell'allegato B, anche ulteriori oneri derivanti dalla gestione del servizio (dispositivi di protezione, materiale ludico, spese amministrative, ecc.) per i quali il modello predisposto dalla stazione appaltante non prevedeva una specifica indicazione.

Non vi sarebbe stata dunque una modifica del contenuto quantitativo dell'offerta.

D'altro canto, anche nell'offerta della controinteressata Progetto A Coop. Sociale, l'importo del "costo totale" del personale sarebbe difforme dal costo della manodopera indicato al punto 4.

18. La controinteressata ha eccepito l'inammissibilità del motivo per difetto di interesse per mancato superamento della prova resistenza.

19. L'eccezione è priva di fondamento. Per giurisprudenza costante, la ricorrente che impugna la propria esclusione dalla gara (e, solo di riflesso, l'aggiudicazione della commessa ad un terzo) non deve superare la c.d. prova di resistenza: ai fini della dimostrazione del proprio interesse a ricorrere è sufficiente che l'impresa esclusa allegghi doglianze tali da poter astrattamente condurre alla soddisfazione della pretesa che pure la propria offerta di gara formi oggetto di valutazione in comparazione con le altre (Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2019 n. 5834; sez. V, 17 novembre 2014 n. 5632; V, 17 novembre 2014, n. 5632).

20. Il motivo è fondato.

La discordanza degli importi indicati nell'offerta, con riferimento al costo della manodopera, trova spiegazione nella necessità per l'operatore di attenersi alle indicazioni contenute nel modello predisposto dalla stazione appaltante, in cui viene chiesto di ricomprendere nel prezzo offerto tutti gli oneri derivanti dalla gestione del servizio.

Della palese illegittimità di questa ragione di esclusione ne è riprova il fatto che analoga discordanza caratterizza anche l'offerta della controinteressata: il prezzo offerto "per ogni qualifica professionale", "comprensivo di ogni altro onere", è pari a 357.758,63 euro, mentre i costi della manodopera per lo svolgimento del servizio sono indicati in 320.708,82 euro.

21. Con il secondo motivo viene contestata la seconda ragione per la quale la commissione ha ritenuto di escludere la ricorrente - e cioè per essere la sua offerta "comunque caratterizzata da un prezzo anormalmente basso rispetto alla prestazione oggetto dell'appalto, prezzo che lascia presumere che la prestazione non potrà essere fornita in modo serio e costante nel tempo" - per violazione dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016, per la mancata richiesta di chiarimenti e giustificativi.

22. Anche questa censura è fondata.

Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta si svolto è in assenza di contraddittorio, non essendo stato consentito all'operatore di presentare giustificazioni, in violazione dell'art. 97, d.lgs. n. 50/2016 e di quanto espressamente disposto anche al capo 19 del disciplinare (ai sensi del quale "[...] *Il RUP richiede per iscritto al concorrente la presentazione delle spiegazioni, se del caso indicando le componenti specifiche dell'offerta ritenute anomale. A tal fine, assegna un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle giustificazioni richieste. Il RUP, se lo ritiene opportuno, con l'eventuale supporto della commissione, ovvero con l'eventuale supporto di una commissione di esperti appositamente costituita o da altri soggetti competenti individuati con le modalità previste dall'ordinamento e per i quali non ricorrono i motivi di esclusione di cui all'articolo 51 del codice di procedura penale, esamina in seduta riservata le spiegazioni fornite dall'offerente e, ove le ritenga non sufficienti ad escludere l'anomalia, può chiedere, anche mediante audizione orale, ulteriori chiarimenti, assegnando un termine massimo per il riscontro. [...]*").

23. Il ricorso introduttivo è dunque fondato.

24. Occorre ora procedere all'esame del ricorso per motivi aggiunti proposto avverso il provvedimento con cui la commissione, a seguito della riammissione della ricorrente alla procedura di gara, disposta dal Tribunale con ordinanza n. 987/2023 ed all'esito del procedimento di verifica della congruità dell'offerta, ne ha affermato l'anomalia.

Il provvedimento è motivato con le seguenti ragioni:

b. "[...] *il tasso INAIL applicato verosimilmente è inferiore a quello indicato nelle tabelle ministeriali;*

c. l'indicazione dell'offerente circa la non previsione di rivalutazione TFR e fondo complementare è da considerare una forzatura. Ciò sia in ragione del fatto che l'annualità del contratto cade a scavalco di due anni (2023 e 2024) e pertanto le quote maturate nei 4 mesi di vigenza 2023 del contratto dovrebbero essere legittimamente rivalutate, sia perché il capitolato e il disciplinare d'appalto prevedono un contratto di durata annuale prorogabile di un ulteriore anno da parte della stazione appaltante senza possibilità dell'aggiudicatario di sottrarsi alla eventuale richiesta di proroga;

[...]

e. parimenti coerenti sono le indicazioni fornite per IRAP e indennità, con l'unica eccezione delle "altre indennità" previste dalle tabelle ministeriali che concorrono alla formazione del costo del lavoro e che l'offerente non considera nella propria ricostruzione del costo del lavoro, senza offrire giustificativi;

[...] la dimensione realmente problematica [è] quella riferita ai livelli di inquadramento del personale": il servizio richiesto è un servizio di assistenza educativa per cui il corretto inquadramento delle figure professionali da impiegare va individuato nel livello D1, come previsto dal CCNL di riferimento e dal Contratto territoriale per la provincia di Como siglato nel maggio 2015 (mentre la Insieme Soc. Coop. Sociale Onlus ha previsto anche personale inquadrato ai livelli B1 e C1).

Per questi motivi il RUP ha ritenuto l'offerta economica della ricorrente sottostimata in relazione al costo del lavoro, "a maggior ragione a fronte del rinnovo del CCNL delle cooperative sociale, siglato con verbale di accordo lo scorso 26.1.2024, poi confermato dalle parti sociali firmatarie in data 5.3.2024".

25. Con il primo motivo aggiunto vengono contestate le ragioni indicate i primi tre punti del provvedimento.

25.1 Il tasso Inail

Il tasso Inail applicato sarebbe corretto essendosi la ricorrente attenuta alla comunicazione del tasso applicabile inoltrata dall'Inail ai sensi dell'art. 22 del decreto interministeriale del 27 febbraio 2019, ove si evince che il tasso medio applicabile è pari al 8,89x1000.

25.2 Il motivo è fondato: il tasso trova, invero, conferma nella documentazione inviata alla ricorrente dall'Inail, avente ad oggetto il tasso applicabile per l'anno 2023, depositata in giudizio (doc. 21 della ricorrente).

La circostanza che tale atto non sia stata prodotto a corredo delle giustificazioni non può sostenere il giudizio di inattendibilità ma poteva giustificare unicamente la richiesta di un ulteriore chiarimento: il disciplinare di gara al capo 19 prevede, invero, che il RUP "esamina in seduta riservata le spiegazioni fornite dall'offerente e, ove le ritenga non sufficienti ad escludere l'anomalia, può chiedere, anche mediante audizione orale, ulteriori chiarimenti, assegnando un termine massimo per il riscontro".

25.3 La rivalutazione del TFR da settembre a dicembre 2023

Ad avviso della ricorrente la rivalutazione del TFR relativa ai mesi da settembre a dicembre 2023 non assumerebbe rilievo poiché le giustificazioni sono state presentate a fine dicembre 2023 e per l'esiguità dell'importo, pari, complessivamente, ad euro 106,87, ampiamente rientrante nel fondo accantonamento manodopera quantificato in 1.324,90 euro; inoltre la commissione non avrebbe considerato che la proroga del contratto sarebbe ipotetica.

25.4 La censura è fondata essendo il costo in questione – la cui quantificazione non è stato oggetto di alcuna contestazione da parte dell'amministrazione resistente e della controinteressata - talmente esiguo da non potere sorreggere, di per sé solo, una valutazione di anomalia.

25.5 La voce "altre indennità"

La ricorrente ha contestato il rilievo lamentandone la genericità ed indeterminatezza e sostenendo che il contratto collettivo nazionale Coop. Sociali non prevedrebbe indennità per le figure professionali impiegate nel servizio e che le "altre indennità" riportate nella tabella ministeriale atterrebbero a circostanze del tutto ipotetiche e non applicabili al caso di specie.

25.6 Il motivo è fondato.

Per pacifica giurisprudenza, lo scostamento del costo del lavoro rispetto ai valori ricavabili dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi non può comportare, di regola e di per sé, un automatico giudizio di inattendibilità (Cons. Stato, sez. V, n. 4912/2017.; sez. III, n. 2867/2018; n. 5444/2018), occorrendo che le discordanze siano considerevoli e palesemente ingiustificate (Cons. Stato, Sez. V, 690/2019).

Ciò non si può affermare nel caso di specie poiché, neppure nel corso del giudizio, l'amministrazione resistente ha chiarito le ragioni del rilievo e l'incidenza sul costo complessivo della manodopera di una voce generica, che comprende indennità che non sempre sono dovute.

26. Con il secondo motivo aggiunto viene contestato il rilievo, ritenuto determinante per il giudizio di anomalia dell'offerta, attinente all'inquadramento del personale nel livello D1 del CCNL di riferimento.

Ad avviso della ricorrente la previsione di personale inquadrato sia al livello C1 che D1 sarebbe corretta poiché il servizio oggetto di affidamento non avrebbe una natura solo educativa ma avrebbe natura mista, assistenziale ed educativa: in particolare, l'"accompagnamento scuolabus" richiederebbe un'attività esclusivamente assistenziale, mentre richiederebbero un'attività mista la "pre-scuola" (accoglienza, assistenza, organizzazione di attività educative), il "dopo scuola" (accoglienza, assistenza durante il momento della mensa e organizzazione di attività educative di gioco libero o strutturato), il "dopo scuola infanzia" (assistenza e organizzazione di attività educative di gioco libero o strutturato), i "centri ricreativi diurni" (accoglienza, assistenza durante il momento della

mensa, organizzazione di attività educative di gioco libero o strutturato).

Ciò troverebbe conferma anche nei chiarimenti resi dalla stazione appaltante che, in riscontro a un quesito formulato dalla ricorrente, ha allegato la tabella del personale in servizio, in base alla quale la ricorrente ha formulato la propria offerta economica, tenendo conto della clausola sociale prevista all'art. 26 del capitolato.

27. Il motivo è fondato.

Per giurisprudenza costante è precluso alla stazione appaltante di imporre agli operatori economici l'applicazione di un determinato CCNL per la partecipazione alla gara (Cons. St., V, 3 novembre 2020, n. 6786), il che implica anche la libertà dell'imprenditore di operare gli inquadramenti professionali secondo la regolamentazione dettata dal CCNL applicato: la difformità tra l'inquadramento professionale attribuito al lavoratore e la qualifica contrattuale spettantegli secondo le declaratorie previste dal contratto collettivo, può essere fatta valere - in linea di principio - solo nell'ambito dei rapporti fra lavoratore e datore di lavoro, salvi i riflessi sulla congruità complessiva dell'offerta, se l'inquadramento è del tutto anomalo o abnorme in relazione ai profili professionali ritenuti necessari per lo svolgimento del servizio; e fatti salvi, altresì, i riflessi in punto di ammissibilità dell'offerta, se il CCNL di settore, applicato dall'offerente, sia del tutto avulso rispetto all'oggetto dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 11 marzo 2021, n. 2086); Consiglio di Stato sez. V, 11/10/2021, n.6784).

Nel caso di specie non può ritenersi che l'inquadramento della ricorrente sia anomalo rispetto all'oggetto di un appalto che prevede indubbiamente, accanto ad attività educative, anche attività assistenziali (art. 2 del capitolato) e trovando, altresì, corrispondenza nell'inquadramento del personale in servizio al 1° luglio 2023 (doc. 24 della ricorrente) che l'aggiudicatario è tenuto ad assorbire in forza della clausola sociale prevista all'art. 26 del capitolato, oltre che nell'analogo inquadramento previsto nell'offerta economica della controinteressata.

28. Con il terzo motivo aggiunto viene contestata l'illegittimità del provvedimento per evidente violazione del principio di parità di trattamento e dei principi costituzionali che regolano il buon andamento dell'azione amministrativa, per il trattamento discriminatorio adottato nei confronti della ricorrente in considerazione dell'identità assoluta delle offerte economiche delle due ditte partecipanti alla gara.

Anche l'offerta economica della Progetto A - ritenuta congrua ed affidabile - avrebbe previsto solo 3.260 ore annue per l'educatore con livello di inquadramento D1, avendo computato la restante parte del monte ore annuo secondo il livello di inquadramento C1.

Inoltre, con riferimento a tale offerta non sarebbero stati sollevati rilievi quanto al tasso INAIL applicato, alla rivalutazione del TFR maturato nei quattro mesi di vigenza dell'anno 2023, alle "altre indennità", al rinnovo del CCNL delle Cooperative Sociali, siglato con verbale di accordo il 26.1.2024, poi confermato dalle parti sociali firmatarie in data 05.03.2024, e ciò nonostante tali voci di costo non sarebbero menzionate nei giustificati prodotti dalla Progetto A.

La ricorrente ha infine contestato il richiamo, nella motivazione di anomalia, al rinnovo del CCNL di settore: tale rinnovo non era stato attuato né all'atto di presentazione delle offerte né alla data di presentazione delle ultime giustificazioni, ragion per cui la ricorrente non avrebbe potuto giustificare il prezzo sulla base di parametri inesistenti, ed intervenuti successivamente alla presentazione delle giustificazioni.

29. Il motivo può essere assorbito ad eccezione dell'ultimo profilo dedotto, con cui viene contestato il riferimento, nella valutazione di anomalia, al rinnovo del contratto di settore.

30. La censura è infondata.

Per principio, ormai consolidato nella giurisprudenza amministrativa, che questo collegio condivide, la verifica di anomalia eseguita dall'amministrazione non può prescindere dall'esame delle voci di costo ragionevolmente attendibili in sede esecutiva, ivi incluse le variazioni retributive ascrivibili all'adozione di un nuovo CCNL, ancorché sopraggiunto alle offerte e diverso da quello tenuto in considerazione dall'amministrazione ai fini del calcolo del costo della manodopera (v., ex plurimis, Cons. St., sez. V, 15 gennaio 2024, n. 453 secondo cui «la stipula del nuovo CCNL di settore, sopravvenuta nel corso della procedura di verifica della congruità dell'offerta, per un verso comporta la sua applicazione al personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto; per altro verso, impone alla stazione appaltante di tenere conto dei nuovi livelli retributivi previsti, in quanto sicuramente applicabili alla futura esecuzione del contratto da affidare, e conseguentemente di verificare se l'offerta economica dell'impresa individuata come possibile aggiudicataria sia in grado di sostenere anche i nuovi costi»; Cons. St., sez. V, 7 luglio 2023, n. 6652; cfr., al riguardo, anche Cons. St., sez. V, 24 marzo 2020, n. 2056, ove si afferma che «le tabelle introdotte dal sopravvenuto contratto collettivo [...] potevano essere considerate nel sub-procedimento di valutazione dell'offerta per stimarne l'affidabilità. Bene strano sarebbe stato il contrario [...] anche in ragione del fatto che è il nuovo contratto collettivo a trovare applicazione in sede di esecuzione del contratto»).

Nel caso di specie, la stipula del nuovo CCNL di settore, sopravvenuta nel corso della procedura di verifica della congruità dell'offerta, per un verso comporta la sua applicazione al personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto e, per altro verso, impone alla stazione appaltante di tenere conto dei nuovi livelli retributivi previsti, in quanto sicuramente applicabili alla futura esecuzione del contratto da affidare, e conseguentemente di verificare se l'offerta economica dell'impresa individuata come possibile aggiudicataria sia in grado di sostenere anche i nuovi costi.

31. L'infondatezza di questa censura non impedisce la caducazione del provvedimento di anomalia, che consegue all'accoglimento degli altri motivi di ricorso: nella motivazione dell'atto impugnato, l'impossibilità per l'offerta economica della ricorrente di fare fronte anche ai nuovi costi derivanti dal rinnovo del contratto collettivo nazionale non costituisce un'autonoma ragione, idonea, di per sé sola, a sostenere il giudizio di anomalia.

32. In accoglimento del ricorso, la stazione appaltante dovrà riavviare il procedimento di verifica dell'anomalia e riesaminare l'attendibilità economica dell'offerta, presentata dalla ricorrente, nel rispetto dell'effetto conformativo derivante dalla presente pronuncia e alla luce

della nuova contrattazione collettiva attualmente applicabile (e, dunque, considerando anche l'avvenuto rinnovo del CCNL).

33. Per le ragioni esposte le domande di annullamento proposte con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti sono fondate e vanno accolte, e, per l'effetto, vanno annullati i provvedimenti di esclusione e di diniego di aggiudicazione per anomalia.

34. Vanno invece respinte le domande di condanna all'amministrazione a provvedere all'aggiudicazione della gara in favore della ricorrente, e di risarcimento per equivalente, stante l'annullamento degli atti impugnati per vizi cui consegue unicamente l'obbligo di riedizione della valutazione di anomalia.

35. In ragione dell'esito della controversia, le spese del giudizio, ivi compresa la fase incidentale per l'esecuzione dell'ordinanza cautelare, previa parziale compensazione, sono poste a carico delle parti resistenti e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, integrato dai motivi aggiunti, lo accoglie e, per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti nei sensi e nei limiti di cui in motivazione; respinge le domande risarcitorie.

Condanna le parti resistenti al pagamento delle spese di giudizio, a favore della ricorrente, che liquida, previa parziale compensazione, in euro 4.000,00 (quattromila/00) - di cui 2.000,00 (duemila/00) a carico dell'Azienda Sociale Comuni Insieme e 2.000,00 (duemila/00) a carico della Progetto A Società Cooperativa Sociale - oltre oneri di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere, Estensore

Silvia Torraca, Referendario

Guida alla lettura

Con la sentenza n. **2780** del 21 ottobre 2024, la IV Sezione si è pronunciata, tra gli altri, sul tema dell'**incidenza del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro** (in avanti per semplicità anche solo "CCNL") e dell'**inquadramento dei dipendenti impiegati nella commessa**

nell'ambito del più generale subprocedimento di **anomalia dell'offerta**.

La sentenza pone fine a un articolato conflitto tra la Stazione appaltante e l'azienda seconda graduata originato in primo luogo con l'esclusione di quest'ultima per un presunto errore di compilazione del modulo contenente l'indicazione del costo del lavoro e poi, una volta riammessa con riserva, proseguito con l'esclusione per anomalia dell'offerta in ragione appunto di un presunto errato **inquadramento contrattuale** dei dipendenti.

Il presente commento si concentrerà soprattutto sul secondo tema (**punti 23 e ss.** della sentenza).

La Stazione appaltante, infatti, aveva ritenuto anomala l'offerta sotto diversi aspetti ma in particolare il provvedimento di esclusione si appuntava sulla “[...] *dimensione realmente problematica [...] riferita ai livelli di inquadramento del personale*”: il servizio richiesto è un servizio di assistenza educativa per cui il corretto inquadramento delle figure professionali da impiegare va individuato nel livello D1, come previsto dal CCNL di riferimento e dal Contratto territoriale per la provincia di Como siglato nel maggio 2015 (mentre la Insieme Soc. Coop. Sociale Onlus ha previsto anche personale inquadrato ai livelli B1 e C1)” (**punto 24** della sentenza).

La causa di esclusione dell'offerta, ad avviso del Responsabile del Procedimento, riguardava anche la sottostima del costo del lavoro “*a maggior ragione a fronte del rinnovo del CCNL delle cooperative sociali, siglato con verbale di accordo lo scorso 26.1.2024, poi confermato dalle parti sociali firmatarie in data 5.3.2024*”.

Pertanto, i temi da analizzare sono tre: i) i **limiti del sindacato della Stazione appaltante in tema di CCNL applicato dal concorrente**; ii) e in particolare **l'inquadramento contrattuale delle risorse impiegate**; iii) l'incidenza di eventuali **futuri rinnovi** del Contratto collettivo nell'ambito dei giustificativi prodotti.

Le considerazioni del Giudice amministrativo di prime cure, benché sviluppate sotto la vigenza del precedente Codice dei contratti (D.lgs. n. 50 del 2016 o per comodità “**vecchio Codice**”), valgono a maggior ragione anche per il nuovo Codice (D.lgs. n. 36/2023, in avanti anche solo “**nuovo Codice**”).

Infatti, nel nuovo Codice, all'**art. 11** (rubricato “**Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti**”) è previsto, al comma 2, che: “*Nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti **indicano il contratto collettivo applicabile** al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, in conformità al comma 1*” (enfasi aggiunta).

Pertanto, lato Stazione appaltante, l'articolo citato impone alle stesse l'onere di indicare il CCNL e, al terzo comma, è invece previsto che: “*Gli operatori economici possono indicare nella propria **offerta il differente contratto collettivo** da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente*” (comma 3, enfasi aggiunta).

Il concorrente può quindi indicare il **proprio CCNL** con l'espressa **dichiarazione che lo stesso è equivalente rispetto a quello indicato dalla Stazione appaltante**, oppure si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata.

Nel caso di **dichiarazione di equivalenza**, quindi, la stessa è anche verificata con le modalità di cui all'[articolo 110](#) del nuovo Codice, ossia appunto nell'ambito del procedimento di anomalia (comma 4).

La pronuncia qui in commento, dunque, diviene utile – anche alla luce dell'articolato del nuovo Codice – allorché la Stazione appaltante deve valutare la validità del Contratto collettivo indicato dall'operatore (procedimento di equivalenza o in generale di valutazione di congruità).

Ebbene, i Giudici milanesi analizzano l'operato della Stazione andando a verificare che tutte le voci costituenti la **sostenibilità dell'offerta** – sotto il profilo del costo del lavoro (incidenza INAIL, rivalutazione del TFR, ecc.) – siano conformi ai dettami del Codice allora vigente e ai principi della giurisprudenza.

Il primo profilo attiene all'inquadramento del personale nel livello D1 del CCNL delle cooperative sociali (punto 26 della sentenza).

Ad avviso dei Giudici amministrativi l'utilizzo di un determinato CCNL da parte del concorrente attiene ad una **libertà propria dell'impresa** per cui è precluso alla stazione appaltante di imporre agli operatori economici l'applicazione di un determinato CCNL per la partecipazione alla gara (**Cons. Stato, V, 3 novembre 2020, n. 6786**).

Tale libertà, aggiungono i Giudici, implica anche la libertà dell'imprenditore di operare gli **inquadramenti professionali** secondo la regolamentazione dettata dal CCNL applicato.

Una eventuale discordanza *“può essere fatta valere – in linea di principio – solo nell'ambito dei rapporti fra lavoratore e datore di lavoro”* oltre che nell'ambito della congruità complessiva dell'offerta, **se l'inquadramento è del tutto anomalo o abnorme in relazione ai profili professionali ritenuti necessari per lo svolgimento del servizio**.

Quindi, i principi da evidenziare sono dunque due:

- a. la **libertà di scelta del Contratto collettivo**, fermo l'obbligo che lo stesso sia attinente all'oggetto della prestazione;
- b. l'**inquadramento del lavoratore impiegato è sostanzialmente libero** salvo ovviamente una allocazione del tutto anomala in contrasto anche con le effettive prestazioni richieste dalla normativa di gara.

Sul primo punto (sub a)) è interessante anche riprendere le considerazioni svolte dal Consiglio di Stato in sede di Relazione al nuovo Codice.

La norma dell'art. 30, comma 4, del vecchio Codice, ad avviso dei Giudici di Palazzo

Spada, “ha cambiato il punto di riferimento per la scelta del CCNL applicabile: non più l’attività prevalente esercitata dall’impresa (come si è sempre sostenuto sulla base dell’art. 2070 del cod. civ.), ma le prestazioni oggetto dell’appalto da eseguire. Inoltre, ha espressamente previsto il criterio di selezione del CCNL da scegliere tra quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (i c.d. contratti leader)”.

Il nuovo Codice, tuttavia, oltre ad aver ristretto l’ambito di scelta del CCNL ha altresì imposto alla Stazione appaltante, come si è visto prima, l’utilizzo di un Contratto ‘parametro’ così da evitare la scelta, tra i contratti usati nel settore, di quello peggiore.

Ed è qui che i Giudici ribadiscono come la previsione non pare in contrasto con l’art. 39 Cost. in quanto non è diretta a estendere *ex lege* ed *erga omnes* l’efficacia del contratto collettivo, ma si limita a indicare le condizioni contrattuali che l’aggiudicatario deve applicare al personale impiegato, qualora, sulla base di una propria e autonoma scelta imprenditoriale, intenda conseguire l’appalto pubblico, restando libero di applicare condizioni contrattuali diverse nello svolgimento dell’attività imprenditoriale diversa; e restando libero di accettare o no la clausola dell’appalto pubblico oggetto dell’aggiudicazione (accettando, quindi, anche l’esclusione dalla procedura).

I medesimi argomenti possono essere utilizzati per affermare la compatibilità anche rispetto all’art. 41 Cost., tenuto conto altresì che la libera iniziativa economica “*non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale*”. Il consentire alla p.a. la scelta di indicare il CCNL applicabile alle prestazioni oggetto di gara sembra trovare giustificazione proprio sotto questo profilo - art. 41, secondo comma, Cost. (cfr. Relazione al Codice, pag. 27).

Su questo specifico tema è interessante leggere anche il **Parere A.N.AC. 30/7/2024 n. 392** con il quale l’Autorità ha ribadito “*che, a mente delle citate disposizioni [art. 11 del nuovo Codice e art. 41 della Costituzione, n.d.r.], il CCNL indicato dalla Stazione appaltante non è vincolante; il Codice, infatti, salvaguarda la libertà di scelta dell’operatore economico nell’applicare un contratto collettivo diverso rispetto a quello indicato nel bando, gravandolo, tuttavia, dell’onere di dimostrare che tale scelta non pregiudichi i diritti economici e normativi dei lavoratori, compresi quelli in subappalto. In tale evenienza, prima di procedere all’aggiudicazione, la Stazione appaltante acquisisce dall’operatore economico e verifica con le modalità di cui all’art. 110 del Codice, la dichiarazione di equivalenza delle tutele economiche e normative*”.

Da ultimo, la sentenza merita attenzione per un ulteriore tema complesso: l’**incidenza del costo del lavoro sull’offerta nel caso di variazioni contrattuali future**.

Nella fattispecie in esame, infatti, la ricorrente ha contestato il richiamo, nella motivazione di anomalia, al **rinnovo del CCNL di settore**: tale rinnovo non era stato attuato né all’atto di presentazione delle offerte né alla data di presentazione delle ultime giustificazioni, ragion per cui la ricorrente non avrebbe potuto giustificare il prezzo sulla base di parametri inesistenti, ed intervenuti successivamente alla presentazione delle giustificazioni.

I Giudici esprimono contrarietà alle considerazioni esposte dalla ricorrente, ritenendo all'opposto che l'offerta **avrebbe dovuto considerare anche eventuali rinnovi contrattuali**.

Tale assunto si basa su considerazioni che la giurisprudenza porta avanti da tempo, sostenendo che *“la verifica di anomalia eseguita dall'amministrazione non può prescindere dall'esame delle voci di costo ragionevolmente attendibili in sede esecutiva, ivi incluse le variazioni retributive ascrivibili all'adozione di un nuovo CCNL, ancorché sopraggiunto alle offerte e diverso da quello tenuto in considerazione dall'amministrazione ai fini del calcolo del costo della manodopera”* (v., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 15 gennaio 2024, n. 453; *Id.*, 7 luglio 2023, n. 6652; cfr., al riguardo, anche *Id.*, 24 marzo 2020, n. 2056).

Nel caso di specie, la stipula del nuovo CCNL di settore, sopravvenuta nel corso della procedura di verifica della congruità dell'offerta, per un verso, comporta la sua applicazione al personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto e, per altro verso, impone alla stazione appaltante di tenere conto dei nuovi livelli retributivi previsti, in quanto sicuramente applicabili alla futura esecuzione del contratto da affidare, e conseguentemente di verificare se l'offerta economica dell'impresa individuata come possibile aggiudicataria sia in grado di sostenere anche i nuovi costi (**punto 30 della sentenza**).