



Roma, 13 Gennaio 2017

CIRCOLARE N. 02/2017

Prot. 02/2017
Sez. II/1

**A TUTTI GLI ISTITUTI ASSOCIATI
LORO SEDI**

Oggetto: commento sentenza n. 01315/2016 TAR Reggio Calabria

La vicenda oggetto della pronuncia del TAR di Reggio Calabria in commento, può considerarsi quasi un caso di scuola: una gara di appalto, per l'affidamento del servizio di vigilanza armata, indetta con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, viene aggiudicata dalla Stazione Appaltante ad un istituto di vigilanza che dichiara di sopportare un costo del lavoro ben al di sotto di quello risultante dalle tabelle ufficiali del Ministero del Lavoro, giustificando lo scostamento "grazie" all'applicazione di un "contratto di prossimità" stipulato ai sensi dell'art. 8 D. L. 138/2011.

Avverso tale aggiudicazione proponeva ricorso, avanti il TAR per la Calabria - Sezione Staccata di Reggio Calabria, un altro istituto, ricorso che ha trovato pieno accoglimento, avendo il Collegio giudicante ritenuto incongrua l'offerta avanzata dall'aggiudicatario ed inammissibili i giustificativi da questa presentati, per una serie di motivi che possono così essere riassunti:

in primo luogo, rileva il Collegio come le giustificazioni presentate dall'istituto aggiudicatario, che dichiarava un costo orario pari ad euro 16,77 per l'utilizzo di guardie inquadrati al IV livello del CCNL, (importo ben al di sotto di quello previsto nelle Tabelle ministeriali) in forza della sottoscrizione con OOS di un "contratto di prossimità" non potevano essere accolte, sia perché non era stata data prova che il contratto di prossimità richiamato fosse stato stipulato con una associazione sindacale munita della necessaria rappresentatività, sia perché in ogni caso, l'utilizzo di tale strumento contrattuale introdotto dall'art. 8 D.L. n. 138/2011 non consentiva alle parti di derogare anche sulla parte retributiva del CCNL.

Nel merito poi, e questi sono forse i passaggi più interessanti della sentenza, che utilizza espressioni di chiarezza non frequente nella giurisprudenza amministrativa, il Collegio ha accolto la doglianza dell'istituto ricorrente circa l'inammissibilità delle giustificazioni offerte dall'istituto che si era aggiudicato l'appalto nella parte in cui si fondavano su di una **inammissibile lesione del diritto alla giusta retribuzione** spettante ai lavoratori coinvolti nell'accordo di prossimità: detto contratto di prossimità contemplava infatti un trattamento retributivo peggiore rispetto ai minimi stabiliti dal CCNL di settore, laddove il costo del lavoro era compreso ricorrendo all'eliminazione della 14° mensilità e di tutte le



indennità previste nel CCNL, ed i contributi assistenziali e previdenziali erano computati sulla minore retribuzione annuale rispetto a quella risultante dal CCNL.

Ad avviso del TAR, la stazione appaltante, alla luce della nuova cornice normativa prevista dal D. L. n. 50/2016 (Nuovo Codice dei Contratti Pubblici), indipendentemente dalla congruità dell'offerta nel suo complesso era invece comunque obbligata ad escludere il concorrente, essendo stato accertato che l'offerta era anormalmente bassa, perché il costo del personale era inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle ministeriali, in base alle quali il costo del lavoro deve essere "determinato annualmente" dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

La sentenza, peraltro, è coerente con la nota del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali n. 14775 del 26/07/2016, (oggetto di nostra circolare n. 19/2016), con la quale il Ministero invitava le proprie strutture territoriali ispettive a vigilare circa il rispetto dei contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative, in relazione al personale impiegato nell'ambito di appalti pubblici. In tale nota il Ministero ribadiva infatti come il legislatore nazionale avesse espressamente previsto nel nuovo Codice degli Appalti la centralità e la rilevanza che deve assumere il CCNL di settore siglato dalla OO.SS. comparativamente più rappresentative, **che deve comunque fungere come parametro di riferimento per la determinazione del costo del lavoro, sia nella fase progettuale dell'appalto, sia ai fini della individuazione delle cosiddette offerte anomale e come, ai fini della valutazione dell'anomalia dell'offerta economica, si debba comunque fare riferimento alle tabelle del costo del lavoro predisposte annualmente dal Ministero sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le OO.SS. e delle Organizzazioni del datore di lavoro comparativamente più rappresentativi.**

Ovviamente provvedimenti di natura giurisdizionale o amministrativa come quelli sopra menzionati non possono che essere valutati con il massimo favore dalla nostra Associazione, perché riconoscono al CCNL e alle Tabelle del Costo del lavoro predisposte sulla base dei valori economici definiti in tale contratto **una forza ed una centralità** che negli ultimi anni in molti avevano tentato di depotenziare.

Anche nell'attuale tavolo di rinnovo del CCNL la nostra Associazione ha sottolineato con determinazione la necessità di negoziare con soggetti rappresentativi un Contratto Collettivo che mantenga inalterata nel tempo la sua validità su tutto il territorio nazionale e non sia oggetto di continui tentativi volti a minarne l'effettività, anche attraverso l'utilizzo distorto di accordi derogatori, che il più delle volte ottengono il solo risultato di acuire una situazione di dumping contrattuale, alterando il mercato a discapito di quelle aziende "sane" che, pur a prezzo di innumerevoli sacrifici, intendono comunque operare nel pieno rispetto degli accordi stipulati dalle Associazioni alle quali hanno demandato la loro rappresentanza.

Avv. Giovanni Pollicelli

ASSIV

Allegati:

- Sentenza TAR CALABRIA n. 01315/2016

Publicato il 15/12/2016

N. 01315/2016 REG.PROV.COLL.
N. 00668/2016 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 668 del 2016, proposto da:
Istituto di Vigilanza Europol Srl, in persona del legale rappresentante
p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Adriano Cavina e
Domenico Gentile, con domicilio eletto in Reggio Calabria, via dei
Bianchi 3;

contro

Regione Calabria, in persona del Presidente p.t., rappresentata e
difesa dall'Avv. Antonio Ferraro, con domicilio eletto in Reggio
Calabria, via C. Portanova Palazzo Campanella c/o gli uffici
dell'Avvocatura Regionale;

Regione Calabria - Dipartimento Ambiente e Territorio - Unità
Progetto Rifiuti non costituito in giudizio;

nei confronti di

Sicurpiana Srl non costituito in giudizio;

per l'annullamento

A- del decreto dirigenziale n.10190 del 17 agosto 2016, comunicato via pec in data 19 agosto 2016, con cui la Regione Calabria, Dipartimento n.10 Ambiente e Territorio - Unità di Progetto Rifiuti ha aggiudicato definitivamente la procedura negoziata indetta ai sensi dell'art.36, comma 2, lett. b) del D.lgs. n.50 del 2016 per l'affidamento del servizio di vigilanza armata presso l'impianto denominato TEC2 del polo tecnologico di Gioia Tauro alla Sicurpiana srl nonché di tutti i provvedimenti connessi e consequenziali a quello impugnato e precisamente:

B - del verbale di seduta riservata del 1 agosto 2016 con cui sono state esaminate le giustificazioni sull'anomalia dell'offerta di Sicurpiana srl e ritenute le stesse sufficienti a riconoscere la congruità dell'offerta del raggruppamento;

C - del verbale della seduta pubblica n.3 del 1 agosto 2016 con la quale la Commissione ha concluso per la congruità dell'offerta di Sicurpiana srl e confermato la graduatoria , unitamente ad ogni altro atto ulteriore e successivo, ad oggi non conosciuto dalla ricorrente, con cui la determinazione della commissione dovesse esser stata approvata dal competente organo della stazione appaltante; nonché in via specificamente gradata e subordinata, per l'annullamento:

D - della determina a contrarre assunta con decreto n. 6164 del 30 maggio 2016 con cui è stata indetta la procedura negoziata ai sensi dell'art.36, comma 2, lett. b) del D.lgs. n.50 del 2016 per l'affidamento del servizio di vigilanza armata presso l'impianto denominato TEC2 del polo tecnologico di Gioia Tauro, nella parte

in cui la Stazione appaltante ha ritenuto di individuare il criterio di aggiudicazione in quello del prezzo più basso;

E - della relativa lettera d'invito, nella parte in cui è ivi previsto che la gara sarebbe stata aggiudicata con il criterio del prezzo più basso, motivando detta scelta sulla base della natura standardizzata del servizio ;

di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato e/o conseguente a quelli impugnati;

nonché per la condanna della stazione appaltante alla reintegrazione in forma specifica mediante affidamento del servizio della ricorrente previa dichiarazione di inefficacia del contratto ove nelle more stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Calabria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2016 il dott. Filippo Maria Tropiano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società esponente (di seguito anche Europol) ha impugnato gli atti di gara meglio specificati in epigrafe, lamentandone l'illegittimità sulla base di due motivi di diritto, appositamente e volontariamente graduati nei seguenti termini:

1. Incongruità dell'offerta dell'aggiudicataria e controinteressata. Violazione degli artt. 97 in combinato disposto con gli artt. 2e e 30 D.Lgs n. 50/2016;

Violazione dell'art. 8 D.L. n. 138/2011; Violazione dell'art. 1 comma 1 D.L. 338/1989; Violazione del D.M. 21 marzo 2016 (determinazione costo medio orario del lavoro per il personale dipendente da istituti ed imprese di vigilanza privata e servizi fiduciari, a decorrere dai mesi di febbraio 2013, febbraio 2014, febbraio 2015 e marzo 2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, manifesta contraddittorietà e irragionevolezza del giudizio di congruità. Eccesso di potere per motivazione falsa e/o apparente. Violazione del principio di par condicio competitorum e di buon andamento. Violazione degli artt. 36 e 97 della Costituzione;

2. In via subordinata, illegittimità del criterio di aggiudicazione. Violazione dell'art. 95 comma 3, lettera a) e comma 4 lettera b) D.Lgs n. 50/2016. Violazione del considerando n. 90 e dell'art. 67 nella Direttiva 2014/24/UE. Violazione falsa applicazione della L. n. 11/2016. Eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, irragionevolezza manifesta.

La Europol ha concluso per l'annullamento degli atti, previa sospensione cautelare, nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto ove nelle more stipulato e la condanna dell'Amministrazione al risarcimento in forma specifica mediante affidamento del servizio alla ricorrente.

Si è costituita la Regione Calabria, a mezzo di controricorso depositato il 2 novembre 2016; l'Ente ha contestato ogni lagnanza di parte istante, assumendo la piena regolarità dell'operato dell'Amministrazione.

Con ordinanza n. 179/2016, resa alla camera di consiglio del 12 ottobre 2016, il Collegio ha accolto la domanda cautelare e ha fissato

l'udienza pubblica del 23 novembre 2016 per la trattazione del merito del ricorso.

2. Il ricorso merita di essere accolto, attesa la fondatezza del primo e assorbente motivo di gravame.

3. Al riguardo, deve osservarsi che, in ossequio al principio dispositivo nonché a quello che riserva alla parte la disponibilità della domanda sotto il profilo della scelta consapevole di graduazione dei motivi di ricorso, va esaminato primieramente ed in via assorbente il primo motivo di diritto, come articolato in ricorso (punto B.2. dell'atto).

L'esponente ha infatti contestato la apparente incongruità dell'offerta della controinteressata nonché aggiudicataria Sicurpiana srl, nella parte in cui quest'ultima società ha ribassato il costo del lavoro risultante dalle tabelle ufficiali del Ministero del Lavoro, giustificando lo scostamento per mezzo della stipula di un "contratto di prossimità", asseritamente redatto in violazione della normativa di settore; ribasso esitato nella offerta vincente, che tuttavia presenterebbe evidenti profili di inattendibilità.

Invero, rileva il Collegio che l'aggiudicataria ha indicato in offerta l'utilizzo di quattro guardie giurate del IV livello contrattuale, dichiarando di dover sopportare un costo orario pari ad €. 16,77, a fronte di un costo pari ad €. 18,63 per il lavoro diurno ed €. 19,55 per il lavoro notturno, come da tabelle del Ministero del Lavoro, allegare in atti.

Ciò posto l'art. 97 del d.lgs 50/2016 prevede che la Stazione Appaltante debba escludere il concorrente la cui offerta sia stata sottoposta a verifica se il concorrente non giustifica il basso livello dei prezzi e dei costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al

comma 4 ovvero se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo della norma, che l'offerta era normalmente bassa, in quanto: *non rispetta gli obblighi di cui all'art. 30 comma 3 (lettera a art. 97) ovvero il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi nelle apposite tabelle di cui all'art. 23 comma 16 (lettera d del detto articolo).*

Posto che il ribasso dei costi del lavoro stabiliti dalle tabelle ministeriali deve essere ritenuto inderogabile, si rileva che la Sicurpiana ha giustificato il ribasso del costo del lavoro rispetto alle tabelle, invocando l'applicazione di un "contratto di prossimità" ai sensi dell'art. 8 D.L. 138/2011.

Tuttavia, osserva il Collegio la correttezza di quanto contestato da parte ricorrente in ordine all'utilizzo di tale strumento contrattuale, come introdotto dall' art. 8 D.L. n.138/2011.

In disparte la considerazione che, come dedotto da parte ricorrente, il contratto di prossimità (sostanzandosi in un accordo di II livello che ha la funzione di integrare il CCN di categoria ovvero di derogare alla disciplina legale e a quella prevista dalla contrattazione collettiva, per la finalità del raggiungimento di specifici obiettivi, quali la salvaguardia dell'occupazione, l'avvio di nuove attività, l'emersione del lavoro irregolare) non risulta esser stato stipulato da un sindacato legittimato (il che potrebbe ridondare in termini di irregolarità dell'accordo) nonché il rilievo che per il principio di vicinanza della prova, l'onere della dimostrazione della sufficiente rappresentatività avrebbe dovuto essere assolto dalla parte controinteressata (che ha mancato di costituirsi in giudizio) ovvero dall'Amministrazione resistente (cosa che non è avvenuta), si osserva che l'oggetto dell'appalto de quo non sembra avere attinenza con le attività

tassativamente previste dal comma 2 dell'art. 8 D.L. n. 138/2011 convertito con modificazioni dalla legge n. 148/2011.

Il citato comma 2 invero contempla infatti l'operatività del cd. "contratto di prossimità" solo ed inderogabilmente al fine di regolare le materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento:

- a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie;
- b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale;
- c) ai contratti a termine, ai contratti ad orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro;
- d) alla disciplina dell'orario di lavoro;
- e) alle modalità di disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni continuate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione od affidamento.

La conferma della tassatività dell'elenco è stata peraltro ribadita dalla sentenza n. 221 della Corte Costituzionale resa il 4 ottobre 2012, citata pure da parte istante, ed intervenuta a dirimere una vertenza in

ordine ad una asserita incostituzionalità della norma per violazione del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni.

Ma ancora più assorbente, ed anzi decisiva, appare la doglianza proposta dalla società ricorrente, laddove ha contestato l'inammissibilità delle giustificazioni offerte dall'aggiudicataria, nella parte in cui comportano e si fondano su di una inammissibile lesione del diritto alla giusta retribuzione spettante ai lavoratori coinvolti nell'accordo de quo.

Ed infatti esso contempla un trattamento retributivo deteriore rispetto ai minimi stabiliti dal CCNL di settore, laddove il costo del lavoro è connesso alla eliminazione della quattordicesima mensilità nonché di tutte le indennità ivi previste.

Critica questa, ancora una volta, non specificamente contestato dalle parti interessate.

Risulta altresì che nelle giustificazioni offerte da Sicurpiana, in occasione del controllo di anomalia, gli stessi contributi previdenziali e assistenziali sono stati conseguentemente computati sulla minore retribuzione annuale come risultante dal CCNL di settore (in violazione dell'art. 1 comma 1 D.L. 338/1989 nonché della circolare n. 7/2016 del Ministero del Lavoro).

Plausibili sono le asserzioni di Europol nella parte in cui ricordano che la stazione appaltante, alla luce della nuova cornice ordinamentale costituita dal d.lgs. n. 50/2016 (nuovo Codice de Contratti Pubblici), è obbligata ad escludere il concorrente, quando sia stato accertato che l'offerta è anormalmente bassa, in quanto, tra l'altro, non rispetta gli obblighi di cui all'art. 30 comma 3 lett. a) ovvero il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi

indicati nelle apposite tabelle di cui all'art. 23 comma 16 del Codice medesimo.

Tale ultima previsione, in conformità all'art. 86 comma 3 bis del vecchio codice dei contratti, contempla il costo del lavoro *“determinato annualmente in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali”*.

In buona sostanza il rinvio operato dall'art. 97 comma 5 lett. a) all'art. 30 comma 3 implica che, nella esecuzione degli appalti pubblici, gli operatori economici sono obbligati a rispettare le norme poste a tutela dei diritti sociali, ambientali e del lavoro, essendo preciso obbligo della stazione appaltante chiedere i necessari giustificativi in sede di verifica sull'anomalia dell'offerta.

Con il vincolato esito della dovuta esclusione dell'offerta proposta in spregio degli obblighi retributivi minimi, e ciò, si badi bene, anche indipendentemente dalla congruità dell'offerta valutata nel suo complesso; in ciò sostanziandosi il *novum* rispetto alla pregressa disciplina.

Invero, la linea ermeneutica del nuovo sistema di tutela, come illuminata in ricorso, deve essere condivisa proprio all'esito della lettura della stessa direttiva 24/2014 UE (art. 69); da un esame testuale e sistematico emerge invero che la ratio del nuovo codice è chiaramente orientata per il rigoroso rispetto dei diritti minimi laddove involgano i primari interessi ambientali, sociali e, come nel caso di specie, lavoristici.

Da tutto quanto sopra esposto deriva:

la apparente incongruità dell'offerta avanzata dall'aggiudicataria e l'inammissibilità dei giustificativi offerti;

la difettosità delle determinazioni conseguenti prese dall'Amministrazione, la quale ha recepito acriticamente le giustificazioni fornite da Sicurpiana srl;

la ricorrenza dei vizi lamentati dalla ricorrente con il primo motivo di gravame.

Stante l'espressa graduazione dei motivi di diritto, è precluso lo scrutinio della seconda doglianza articolata in ricorso, che pure involgerebbe la regolarità della gara medesima.

Ne consegue l'annullamento degli atti impugnati ai punti A), B) e C) dell'epigrafe con obbligo dell'Amministrazione di rideterminarsi alla stregua degli effetti conformativi che derivano dalla presente pronuncia.

La novità della questione, il mutato quadro ordinamentale e la sussistenza dei presupposti di legge impongono di compensare le spese di lite tra la parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate tra le parti.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Filippo Maria Tropiano, Referendario, Estensore

Donatella Testini, Referendario

L'ESTENSORE
Filippo Maria Tropiano

IL PRESIDENTE
Roberto Politi

IL SEGRETARIO