



Roma, 31 Gennaio 2018

**CIRCOLARE N. 03/2018**

Prot. 16/2018  
Sez. II/1

**A TUTTI GLI ISTITUTI ASSOCIATI  
LORO SEDI**

**Oggetto: Spunti di riflessione sulla nuova formulazione degli artt. 30 e 50 del “Codice Appalti”, con particolare riguardo all’individuazione del CCNL di riferimento e alle c.d. Clausole Sociali, anche alla luce di recenti pronunce della Giustizia Amministrativa.**

Come noto, il D.Lgs. 50/2016 c.d. Codice degli Appalti, ha subito importanti modifiche a seguito dell’introduzione del D.Lgs. 56/2017 in vigore dal 20 Maggio 2017: di particolare interesse per il nostro settore, risultano le attuali formulazioni degli artt. n. 30 **“Principi per l’aggiudicazione di appalti e concessioni”** e n. 50 **“Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi”**.

Il “nuovo” art. 30 si pone la finalità di positivizzare principi generali, (principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, etc.), che devono connotare le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici e la successiva esecuzione degli stessi, che in larga parte erano già stati individuati dalla giurisprudenza di riferimento e che discendono da regole europee di cui il nuovo Codice Appalti costituisce attuazione.

Ai fini della presente circolare, di particolare interesse risultano le previsioni di cui al 4° e successivi commi dell’art. 30 in materia di diritto del lavoro: il comma 4 prevede infatti per le aziende che partecipano ad appalti pubblici **l’obbligo di applicazione della Contrattazione Collettiva Nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle Associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l’attività oggetto dell’appalto.**

La nuova formulazione della previsione normativa contiene quindi, rispetto alle precedenti, una più dettagliata e stringente indicazione dei CCNL ai quali bisognerà fare riferimento negli appalti pubblici, sia con riferimento ai soggetti stipulanti, (le Associazioni datoriali e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale), sia con riferimento all’ambito di applicazione del CCNL, che dovrà essere strettamente connesso con l’attività oggetto di appalto. In diretta correlazione con la previsione di cui sopra, il successivo comma 6 dell’art. 30 precisa che il ritardo nel pagamento delle retribuzioni costituisce preciso inadempimento del contraente, che consente alla stazione appaltante, previa diffida, di pagare direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all’affidatario.

L'obbligo di applicazione della contrattazione collettiva nazionale e territoriale di riferimento vale anche per i sub-appaltatori, il cui controllo costituisce anche preciso obbligo dell'appaltatore principale, con la conseguenza che quanto previsto al comma 6 si applica anche nei confronti dei sub-appaltatori (pagamento diretto delle retribuzioni ai lavoratori da parte della stazione appaltante).

Il testo in vigore dell'art. 50 prevede che:

*“per gli affidamenti dei contratti di concessione di appalto di lavoro e servizi, diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti **inseriscono**, nel rispetto dei principi dell'Unione Europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del Decreto Legislativo 15 Giugno 2015 n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari al 50 per cento dell'importo totale del contratto”.*

Anche il riformato art. 50 è quindi di particolare interesse per il nostro settore, posto che la nuova norma sancisce **l'obbligo d'inserimento della c.d. “clausola sociale”**, e non più la facoltà, nei contratti di appalto pubblici di servizi ad alta intensità di mano d'opera.

Da una lettura in filigrana delle norme sopra riportate, emerge la volontà del legislatore, pur consapevole delle limitazioni derivanti dall'attuale carta costituzionale, di favorire da parte delle aziende che parteciperanno a fare di appalto pubblico, l'applicazione di CCNL sottoscritti da soggetti comparativamente più rappresentativi ed il riferimento, previsto nell'art. 50, all'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'art. 51 del D.Lgs n. 81 del 15/06/2015, è una importante riprova di tale volontà, ulteriormente ribadita nella Circolare n. 3 del 25/01/2018, a mezzo della quale l'Ispettorato Nazionale del Lavoro ha fornito indicazioni operative ai propri ispettori circa l'attività di vigilanza verso le aziende che non applicano i contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e che possono determinare problematiche di dumping.

In tale provvedimento, che sarà oggetto di approfondimento in successiva circolare, l'Ispettorato ribadisce come tutta una serie di deroghe, deleghe e benefici normativi e contributivi possano trovare spazio solo qualora i soggetti beneficiari applichino contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, così come definiti dall'art. 51 del D.Lgs. n. 81.

In forza del “combinato disposto” degli artt. 30 e 50 D.Lgs. 50/2016, così come novellati dal D.Lgs. 56/2017, parrebbe aprirsi per il nostro settore uno scenario che può essere sintetizzato, richiamando la sentenza del Tar Liguria Genova n. 640 del 23 Giugno 2017 (all. a), nel modo che segue:

- a) nel caso in cui l'obbligo di mantenimento del rapporto di lavoro in essere, in caso di cambio di appaltatore, sia previsto direttamente dal CCNL applicato, (che non potrà che essere quello individuato secondo i parametri previsti dall'art. 30), l'amministrazione precedente sarà tenuta a prevedere il transito dei dipendenti dal vecchio al nuovo appaltatore, senza che il nuovo appaltatore possa opporre la libertà di iniziativa economica per ottenere un'applicazione flessibile di tale obbligo;

- b) nel caso in cui il CCNL di riferimento non contenga alcuna previsione “di cambio appalto”, alla luce della nuova formulazione dell’art. 50 del D.Lgs. 50/2016, sarà preciso obbligo della stazione appaltante quello di prevedere nella disciplina speciale di gara specifiche clausole volte a promuovere la stabilità occupazione del personale impiegato, posto che la previsione di tali clausole, che prima era solo una facoltà discrezionale dell’amministrazione, è ora un preciso obbligo di legge a seguito del correttivo previsto dal D.Lgs. 56/2017.

Alla luce di quanto sopra esposto, appare quindi evidente come la nostra Associazione, nell’attuale fase di negoziazione del rinnovo del CCNL dovrà porre estrema attenzione anche ai seguenti temi:

- con riferimento all’art. 30 D.Lgs. 50/2016: definire un ambito di applicazione del CCNL, con particolare riguardo alla sezione relativa ai cosiddetti servizi fiduciari, che individui il maggior numero di prestazioni legate alla cosiddetta sicurezza secondaria, ognuna ampiamente comprensiva di mansioni varie, ponendo particolare attenzione fra le attività che dovranno essere indicate come principali e le attività che invece avranno carattere ausiliario e di completamento di quelle principali;
- con riferimento all’art. 50 D.Lgs. 50/2016: prevedere una clausola di cd. “cambio appalto” al precipuo fine di mantenere il livello di occupazione, ed evitare nel contempo la riqualificazione della procedura ex art. 2112 c.c.

Le allegate sentenze del Consiglio di Stato n. 932 del 1° Marzo 2017 e n. 276 del 17 Gennaio 2018 (all. b e all. c), pur scontando in alcuni passaggi il fatto di essere state emesse sulla base della previgente formulazione degli artt. 30 e 50 del Codice dei Contratti Pubblici, hanno il pregio di ribadire un orientamento, anche in precedenza consolidato, inerente l’obbligo per l’imprenditore che si aggiudica un pubblico appalto di applicare un C.C.N.L. connesso e compatibile con l’effettiva attività da espletare.

In particolare con la sentenza n. 276/2018, il Consiglio di Stato, chiamato a decidere sul ricorso concernente l’affidamento di servizi di facchinaggio, pur precisando che “l’applicazione di un determinato contratto collettivo rientra nelle prerogative dell’imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, ha altresì ribadito che se la legge di gara non può imporre ai concorrenti l’applicazione di un CCNL determinato, deve però essere rispettata **la coerenza del contratto nazionale con l’oggetto dell’appalto posto in gara...**”.

Nella pronuncia il Collegio, nell’accogliere il motivo di gravame relativo all’applicazione da parte della ditta aggiudicataria di un CCNL (SAFI), non appropriato e non pertinente alle prestazioni oggetto dell’appalto, si è addentrato in una articolata analisi dell’ambito di applicazione del CCNL che la ditta aggiudicataria aveva dichiarato di applicare, giungendo alle seguenti conclusioni: **“l’applicazione del contratto di lavoro per i servizi ausiliari e fiduciari si rileva incoerente con l’oggetto della prestazione posta in gara, in quanto per un verso le attività disciplinate da detto contratto collettivo, dimostrano di non aver alcun collegamento con il servizio da appaltare, mentre per l’altro verso, il richiamato punto p) indica che le attività di facchinaggio e trasporto ivi previste, hanno carattere ausiliario e di completamento delle altre sopra indicate. Proprio detto espresso carattere di ausiliarità e di completamento delle attività di facchinaggio previste nel CCNL SAFI rende quest’ultimo inappropriato, trattandosi di attività non principali, né prevalenti, ma assolutamente residuali rispetto a queste. Ciò non consente di fare richiamo ai principi sulla libertà negoziale delle parti ed alla autonomia dell’imprenditore per giustificare l’applicazione di una**



*disciplina che non ha alcuna pertinenza con il rapporto da regolare e determina necessariamente anche squilibri nell'offerta economica".*

Anche la pronuncia n. 932/2017 in merito al ricorso presentato da un partecipante a gara per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e assimilati, nel quale la società ricorrente aveva eccepito che il servizio oggetto di gara non rientrava nell'ambito delle mansioni del CCNL multiservizi applicato dalla ditta aggiudicataria, ha elaborato analogo principio, specificando che *"occorre verificare se il servizio oggetto di gara (che si sostanzia nello svolgimento di prestazioni di raccolta e trasporto di alcune tipologie di rifiuti e in attività di spazzamento), possa farsi rientrare nell'ambito delle mansioni oggetto del CCNL Multiservizi. Deve essere al riguardo richiamato il condiviso orientamento secondo cui la scelta del CCNL da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, con il solo limite che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto.*

Sarà cura della nostra Associazione mantenere gli associati informati sull'evoluzione giurisprudenziale della materia, che appare di evidente interesse per il settore.

Distinti saluti.

Avv. Giovanni Pollicelli

*Allegati:*

- a. Sentenza del Tar Liguria n. 640 del 23 Giugno 2017;
- b. Sentenza del Consiglio di Stato n. 932 del 1° Marzo 2017;
- c. Sentenza del Consiglio di Stato n. 276 del 17 Gennaio 2018.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 239 del 2017, integrato da motivi aggiunti,  
proposto da:

Multiservice S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli  
avvocati Stefano Vinti, Manuela Teoli, Dario Capotorto, con domicilio eletto presso  
lo studio Stefano Vinti in Genova, via dei Mille, 9;

***contro***

Regione Liguria, in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dagli  
avvocati Michela Sommariva, Leonardo Castagnoli, con domicilio eletto presso lo  
studio Michela Sommariva in Genova, via Fieschi 15;

***nei confronti di***

C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, in persona del legale  
rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Aristide Police, Fabio Cintioli,  
Gennaro Rocco Notarnicola, con domicilio eletto presso lo studio Maria Silvia  
Sommazzi in Genova, via XII Ottobre N. 10/12;

***per l'annullamento***

(per quanto riguarda il ricorso introduttivo)

procedimento di valutazione della congruità dell'offerta; relazione istruttoria sui giustificativi presentati dall'impresa; verbale in contraddittorio (atti questi allo stato non conosciuti in quanto non esibiti dalla S.A. nonostante l'istanza di accesso presentata da Multiservice in data 17.02.2017, doc. 4 e 5);

- del verbale della seduta riservata della Commissione del 16 gennaio 2017 (doc. 3), nel corso della quale la stessa esamina le giustificazioni presentate dal CNS (senza indicare analiticamente il relativo contenuto) e conclude nel senso della idoneità delle giustificazioni rese e della congruità dell'offerta del CNS nella sua globalità;
- nonché del verbale e degli atti di comprova dei requisiti (allo stato non conosciuti);
- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, anche nel frattempo intervenuto e al momento non conosciuto, ivi compreso espressamente il contratto di appalto eventualmente già stipulato con l'aggiudicataria (non conosciuto);

per la declaratoria del diritto della ricorrente a conseguire il risarcimento in forma specifica mediante conseguimento dell'aggiudicazione e del relativo contratto d'appalto, ovvero mediante subentro nel contratto d'appalto eventualmente già stipulato con il CNS, previa dichiarazione di inefficacia del medesimo;

e per la conseguente condanna della Stazione appaltante a disporre il risarcimento in forma specifica in favore della ricorrente nei termini sopra indicati;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con ricorso notificato il 7 aprile 2017 alla Regione Liguria e alla controinteressata e depositato il successivo 12 aprile 2017 la società Multiservice s.p.a., ha impugnato, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, il provvedimento in epigrafe di aggiudicazione alla controinteressata della gara per l'affidamento di servizi vari di supporto tecnico amministrativo a strutture dipendenti della Giunta regionale, nonché tutti gli atti di gara e segnatamente i verbali, la graduatoria e la valutazione di congruità dell'offerta della aggiudicataria.

Avverso i provvedimenti impugnati la ricorrente ha dedotto, con unico articolato motivo, violazione e falsa applicazione dell'art. 97 d.lgs.50/16, violazione del principio di vincolatività dell'offerta, violazione della lex specialis di gara in merito alla vincolatività dell'offerta e alla anomalia della stessa, violazione dell'art. 50 d.lgs. 50/16, dell'art. 5 della l.r. 31/07, degli artt. 5 e 3 del capitolato speciale d'appalto e dell'art. 11 del disciplinare, illogicità, carenza di presupposti e difetto di motivazione, violazione dei principi di par condicio, trasparenza e concorrenzialità, in quanto l'aggiudicataria, a fronte dell'obbligo del rispetto della clausola sociale contenuta nella lex specialis di gara e dell'impegno a riassorbire l'intero personale uscente ha offerto un prezzo incapiente a coprire il costo del lavoro dei dipendenti; da altro punto di vista l'offerta sarebbe viepiù connotata di anomalia alla luce della circostanza che la controinteressata avrebbe dedicato all'appalto in questione un responsabile del servizio e altre 23 risorse umane i cui costi di retribuzione renderebbero ancora più evidente l'anomalia dell'offerta; da ultimo anche i costi della formazione offerta dall'aggiudicataria renderebbero ulteriormente incongrua l'offerta.

Deve essere esaminata e disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso per essere sostanzialmente insindacabili, da parte del giudice amministrativo, le valutazioni discrezionali che connotano il procedimento di verifica di anomalia dell'offerta.

Nel caso oggi sub iudice, infatti, non si censura l'esercizio della discrezionalità nella valutazione delle giustificazioni quanto piuttosto avere ammesso la possibilità di utilizzare un contratto collettivo diverso, rispetto a quello precedentemente applicato, per il personale oggetto di clausola sociale, nonché l'aver ritenuto congrua un'offerta che secondo calcoli matematici non avrebbe potuto essere capiente rispetto alle ragionevoli spese che si ponevano a fronte di quanto offerto dall'aggiudicataria.

Si è, pertanto, al di fuori di un sindacato sul merito delle scelte discrezionali della stazione appaltante.

Nel merito la censura che regge l'intero ricorso è fondata.

In sostanza si censura la scelta dell'aggiudicatario, espressa la prima volta in sede di giustificazioni dell'offerta, di applicare al personale tutelato dalla clausola sociale il CCNL multiservizi in luogo di quello metalmeccanici in godimento.

Tale operazione non può essere condivisa.

A tal riguardo occorre dapprima operare una ricostruzione del quadro normativo relativo alle clausole sociali per poi analizzare la disciplina di gara, l'offerta della aggiudicataria e le giustificazioni della stessa.

L'art. 30, comma 4, d.lgs. 50/16 stabilisce” 4. Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente”.

E ciò per due ragioni. La prima è lo stesso art. 30 d.lgs. 50/2016 ad obbligare la stazione appaltante ad applicare il contratto collettivo, onde un'applicazione temperata e limitata si risolverebbe in una, più o meno ampia ma comunque inammissibile, deroga. Conseguenza quest'ultima inammissibile.

La seconda ragione attiene alle dinamica della contrattazione collettiva.

La libertà di iniziativa economica l'appaltatore la esercita in sede di contrattazione collettiva onde deve escludersi che, in presenza di una previsione di CCNL che preveda l'obbligo di assunzione dei dipendenti dell'appaltatore uscente, possa ritenersi lesa la libertà di iniziativa economica dell'appaltatore subentrante.

In questo caso deve escludersi che l'appaltatore subentrante possa cambiare il CCNL applicato ai dipendenti che deve assorbire. Ammettere tale possibilità consentirebbe l'aggiramento della previsione dell'obbligo di conservazione del posto semplicemente mediante l'applicazione di un CCNL che non prevede tale garanzia per i lavoratori.

La tematica delle clausole sociali propriamente dette riguarda invece quelle ipotesi in cui il CCNL di riferimento non contenga alcuna previsione sulla conservazione del posto in caso di subentro negli appalti.

Tale ipotesi è disciplinata dall'art. 50 d.lgs. 50/2016 e trattandosi di una facoltà dapprima discrezionale dell'amministrazione e in oggi obbligatoria, a seguito del correttivo, impone il bilanciamento degli interessi tra l'esigenza di conservazione del posto e la libertà di iniziativa economica del datore di lavoro. Si tratta di una valutazione discrezionale in passato attinente anche all'an dell'inserimento della clausola sociale oggi attinente esclusivamente al quomodo, ma che può essere sindacata nelle sue modalità dal giudice amministrativo.

In questa seconda ipotesi la giurisprudenza ha espresso tutta una serie di orientamenti che possono essere in larga parte condivisi.

A tal riguardo occorre rilevare come il CCNL metalmeccanici applicato ai lavoratori di cui si tratta non contiene una previsione di conservazione del posto in caso di subentro nell'appalto di talchè si verte nella seconda ipotesi poc'anzi tratteggiata.

La giurisprudenza relativa alla possibilità di mutare il CCNL dei dipendenti, tuttavia, non è idonea a risolvere il caso che occupa il Collegio nel senso prospettato dalle resistenti stante la chiarezza della clausola sociale e la mancata impugnazione della stessa da parte dell'aggiudicatario, né in via principale all'atto della predisposizione dell'offerta né in via incidentale in questa sede.

L'art. 5 del capitolato d'appalto, rubricato, clausola sociale, prevede quanto segue: “ I concorrenti – ai sensi dell'art. 30 – comma 1, ultimo periodo e dell'articolo 50 del decreto legislativo n. 50/2016 e dell'art. 5 della legge regionale n. 31/07 – si impegnano prioritariamente ad utilizzare gli stessi operatori della precedente ditta affidataria, esecutrice del contratto in argomento e di che trattasi, allo scopo di garantire il mantenimento dei livelli occupazionali e condizioni contrattuali, per il periodo di durata del servizio, a condizione che il numero e la qualifica degli stessi siano armonizzabili con l'organizzazione di impresa della ditta aggiudicataria e con le esigenze tecnico organizzative previste per l'esecuzione del contratto. L'elenco del personale attualmente utilizzato nell'esecuzione del servizio in argomento da parte del corrente prestatore di servizi, allegato sub A, contiene l'indicazione del numero dei lavoratori da assumere e, a fianco di ciascuno di essi, del CCNL applicato, dell'inquadramento giuridico ed economico, dell'orario settimanale e della retribuzione annua lorda percepita, tiene conto del monte ore lavorativo compatibile con lo svolgimento delle corrispondenti attività previste dal capitolato. I nominativi dei lavoratori indicati nel suddetto elenco saranno resi noti all'affidatario dopo la stipula del contratto nel rispetto della normativa vigente a tutela dei dati personali. Si precisa che il contratto collettivo nazionale di lavoro applicato dall'attuale prestatore di servizio è il “contratto collettivo nazionale di lavoro 5 dicembre 2012

dalla aggiudicataria, è contrario alla clausola sociale e non appare, pertanto, ammissibile.

Invero appare di tutta evidenza che, in assenza di apposita impugnazione, la clausola de qua impediva siffatta operazione, operazione che si traduce in un vulnus alla par condicio in quanto gli altri concorrenti in presenza di una clausola così chiara non hanno inteso cambiare il CCNL applicabile e conseguentemente hanno formulato offerte con un ribasso molto inferiore a quello dell'aggiudicataria.

Le giustificazioni dell'aggiudicatario, pertanto, e il provvedimento di aggiudicazione appaiono illegittimi per violazione della clausola di cui all'art. 5 del disciplinare.

A tal riguardo meritano un sintetica confutazione le eccezioni della Regione.

Si sostiene che la ricorrente non sarebbe legittimata a dolersi del mutamento del CCNL in quanto afferente alla posizione dei lavoratori e come tale azionabile esclusivamente da costoro. La tesi è destituita di fondamento sol che si consideri che l'applicazione di un diverso CCNL ha falsato completamente il procedimento di verifica dell'anomalia.

Si sostiene poi che la clausola sociale non sarebbe presidiata dalla sanzione espulsiva. Anche tale prospettazione deve essere disattesa.

La violazione della clausola sociale ha avuto riflessi sul procedimento di verifica dell'anomalia onde sotto questo profilo l'applicazione della clausola sociale è invocabile da parte della ricorrente.

In conclusione il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta appare viziato dalla violazione della clausola sociale.

Ne consegue l'annullamento degli atti impugnati a partire dalla verifica di anomalia.

In sede di rinnovazione dell'attività amministrativa a seguito della pronuncia giudiziale la Regione Liguria dovrà esaminare le giustificazione fornite dall'aggiudicataria applicando alla voce costo del lavoro il CCNL Metalmeccanici.

Pubblicato il 01/03/2017

N. 00932/2017REG.PROV.COLL.

N. 04937/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Consiglio di Stato  
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4937 del 2016, proposto da:

De Vizia Transfer S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Contu e Matilde Mura, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giovanni Contu in Roma, via Massimi, n. 154;

contro

Etra Spa - Energia Territorio Risorse Ambientali, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Francesca Mazzonetto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, n. 44;

nei confronti di

Adigest S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Sebastiano Guerzoni e Simone Uliana, con domicilio eletto presso lo studio Marco Gardin in Roma, via Laura Mantegazza, n. 24;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA, SEZIONE I, n. 00441/2016, resa tra le parti, depositata il 26 aprile 2016, concernente l'affidamento di servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e assimilati nel territorio di comuni vari della Provincia di Padova e dell'Altopiano dei sette comuni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Etra S.p.a. - Energia Territorio Risorse Ambientali e di Adigest S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 febbraio 2017 il Cons. Paolo Troiano e uditi per le parti gli avvocati Mura, Mazzonetto e Guerzoni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso proposto dinanzi al Tar per il Veneto l'impresa De Vizia Transfer S.p.a. chiedeva l'annullamento della determinazione del Direttore Generale di Etra S.p.a. n. 197 del 05/08/2015, con la quale era stato aggiudicato, in favore di Adigest s.r.l., con sede in Chioggia, il "servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e assimilati nel territorio di Comuni vari della Provincia di Padova e dell'Altopiano dei Sette Comuni", lotto n. 1, nonchè di ogni altro atto presupposto, consequenziale e connesso tra cui: la nota Etra S.p.a. del 7.8.2015 di comunicazione avvenuta aggiudicazione; il provvedimento di aggiudicazione provvisoria della gara in relazione al lotto n. 1; la relazione di data 29.7.2015 a firma del RUP e del Responsabile di gestione e controllo servizi ambientali di Etra S.p.a., nella parte in cui aveva ritenuto congrua e non anomala l'offerta di Adigest

modificazione dell'offerta economica, diversamente da quanto sostenuto in ricorso, ma rappresentavano unicamente una specificazione della composizione degli oneri di sicurezza che connotano l'offerta di Adigest.

Con riguardo alle censure relative al contratto applicato ai dipendenti dall'aggiudicataria, riteneva, inoltre, il Tar che non erano ravvisabili le contraddizioni ed incertezze denunciate dalla ricorrente, atteso che Adigest aveva applicato il CCNL Fise a parte dei dipendenti (quelli assorbiti dall'esecutore uscente) ed altro contratto (Multiservizi) alla restante parte dei propri dipendenti, senza che ciò si ponesse in contrasto con alcuna disposizione della legge di gara. Inoltre, il servizio oggetto della gara atteneva esclusivamente alla raccolta e al trasporto di rifiuti urbani ed assimilati (oltre allo spazzamento ed allo svuotamento dei cestini), non contemplando alcuna operazione di trattamento o gestione dei rifiuti ed era ritenuto, quindi, coerente e compatibile con le mansioni attribuite al personale cui viene applicato il contratto Multiservizi, in considerazione del contenuto esemplificativo e non esaustivo dell'art. 1 del medesimo contratto, deputato ad individuarne la sfera di applicazione.

Con ricorso in appello notificato il 9 giugno 2016 l'impresa De Vizia Transfer ha chiesto la riforma della predetta sentenza dispiegando due motivi di gravame.

Con il primo motivo deduce che, diversamente da quanto affermato dal primo giudice, non vi è stata, da parte di Adigest s.r.l., una specificazione della composizione degli oneri di sicurezza, bensì una modifica degli stessi, inammissibile poiché gli oneri di sicurezza costituiscono un elemento essenziale dell'offerta, che non è suscettibile di integrazione postuma. Si lamenta, inoltre, che, in assenza di qualsivoglia elemento da cui potesse ricavarci la volontà di Adigest di considerarli, ha errato il Tar Veneto nel sostenere che, comunque, fosse implicito che i costi della sicurezza aziendale del CCNL Multiservizi fossero ricompresi nell'offerta economica della società Adigest, sicché la stazione appaltante doveva verificare la congruità dell'importo dei costi della sicurezza indicati da Adigest nella misura di euro 2.500. Si ribadisce, infine, che nel ricorso di primo grado la ricorrente ha affermato che l'importo degli oneri di sicurezza era insufficiente e manifestamente incongruo, il che avrebbe dovuto portare all'esclusione di Adigest s.r.l. dalla gara.

Con il secondo motivo di appello si lamenta, inoltre, l'erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha respinto la censura relativa all'inconferenza del CCNL Multiservizi che la società Adigest ha dichiarato che avrebbe applicato ai propri dipendenti in relazione al servizio messo a gara. In particolare, ciò di cui si duole l'appellante non è che la società Adigest abbia applicato un CCNL diverso da quello richiesto dall'Amministrazione (CCNL Fise e Federambiente), bensì che la predetta società abbia proposto un CCNL non corrispondente alla effettiva attività oggetto dell'appalto, che ha ad oggetto attività di raccolta e trasporto di rifiuti urbani che, secondo la ricorrente, non rientrano fra le prestazioni disciplinate dal CCNL Multiservizi, viste anche le previsioni dell'art. 1 di tale CCNL.

Il primo motivo di gravame è infondato.

Giova premettere che la *lex specialis* della gara per cui è causa era costituita, oltre che dal bando di gara e dal disciplinare di gara, anche dal Capitolato Speciale di Appalto per il servizio di raccolta e trasporto di rifiuti urbani e assimilati nel territorio di Comuni vari della cintura Padovana e dell'Altopiano dei Sette comuni (CSA) (cfr. par. 13 del Bando). Ai sensi dell'art. 13 del suddetto CSA, rubricato "Oneri e obblighi a carico della ditta incaricata", in particolare lett. a) e b), "l'impresa aggiudicataria sarà tenuta ad assumere il personale impiegato da oltre sei mesi nei servizi oggetto dell'appalto, segnalati

titolo esemplificativo e non esaustivo”, così da poter ricomprendere anche attività di analogo contenuto ma svolte in ambiti diversi, come la pulizia anche di aree pubbliche. Nella stessa prospettiva di una consentita lettura estensiva delle previsioni del contratto l’attività di mera raccolta e trasporto dei rifiuti, senza trattamento o gestione degli stessi, appare riconducibile al novero dei servizi di pulizia ampiamente intesi.

A conferma, poi, che le prestazioni richieste per l’esecuzione dell’appalto possono trovare corrispondenza nei profili professionali contemplati dal medesimo CCNL si consideri, ad esempio, che lo stesso prevede:

-operai specializzati IV livello: “Lavoratori che eseguono attività di trasporto e movimentazione di materiali con mezzi complessi e pesanti”;

-operai qualificati III livello: “Lavoratori che eseguono attività di pulizia e manutenzione degli ambienti, chiusi ed aperti, con l’utilizzo di attrezzature e macchine operatrici complesse”.

- Operai II Livello: “Lavoratori che eseguono attività di pulizia e manutenzione degli ambienti anche con l’utilizzo di semplici attrezzature e macchine operatrici automatiche o semiautomatiche attrezzate”; “Lavoratori che eseguono anche con mezzi a semplice conduzione il trasporto e la movimentazione e la distribuzione di materiali”.

In senso contrario a tale soluzione esegetica la ricorrente cita la regola, sempre posta dall’art. 1 del Contratto collettivo in parola, per cui sono “escluse dalla sfera di applicazione del contratto le eventuali autonome attività, anche per specifici contratti di committenza, ai rapporti di lavoro delle quali si applichino, secondo la vigente normativa, autonomi e specifici c.c.n.l. corrispondenti”.

Tale disposizione, tuttavia, non sembra richiamabile nel caso di specie in quanto non sono rinvenibili nella “vigente normativa” previsioni che dispongano l’applicazione del CCNL Fise e Federambiente ai contratti di lavoro relativi ad attività che possano propriamente ricondursi anche alla sfera di applicazione di altri Contratti collettivi, come il CCNL Multiservizi, vigendo piuttosto l’opposto principio normativo di libertà di scelta fra più Contratti collettivi parimenti congruenti con l’oggetto delle prestazioni da eseguire.

Deve essere al riguardo richiamato il condiviso orientamento secondo cui la scelta del contratto collettivo da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell’imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, col solo limite che esso risulti coerente con l’oggetto dell’appalto – il che, per le ragioni appena esposte, è avvenuto (ex multis, Cons. Stato, V, 12 maggio 2016, n. 1901; Cons. St., III, 10 febbraio 2016, n. 589).

Né è da considerarsi anomala l’offerta quando la stessa è riconducibile al minor costo del lavoro per il contratto da essa applicato al proprio personale rispetto a quello applicato da altra impresa se nella lex specialis di gara si richiede l’indicazione non di un contratto specifico ma – come, nel caso di specie, per i lavoratori diversi da quelli riassorbiti – semplicemente di quale sia il contratto applicato e, peraltro, le mansioni richieste per l’esecuzione del servizio sono riconducibili a più figure professionali, inquadrabili anche nelle previsioni di diverse tipologie contrattuali (Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2010, n. 1754).

In conclusione la sentenza appellata merita conferma, con conseguente rigetto dell’appello.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Pubblicato il 17/01/2018

N. 00276/2018REG.PROV.COLL.  
N. 02424/2017 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 2424 del 2017, proposto da:

Sarda Servizi S.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Benedetto Ballero e Nicola Melis, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, n. 104;

*contro*

Regione Autonoma della Sardegna, in persona del Presidente *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mattia Pani e Alessandra Camba, con domicilio eletto presso l'avvocato Mattia Pani in Roma, via Lucullo, n. 24;

Assessorato Ee.Ll. Fin.Urb. Direz. Gen.Le - Serv. Centrale Regionale di Committenza, non costituito in giudizio;

*nei confronti di*

Consorzio Progetto Multiservizi-Consorzio Stabile, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico De Liguori, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria della V Sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. Sardegna, Sez. I n. 171/2017, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di facchinaggio per la Regione Autonoma della Sardegna;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Autonoma della Sardegna e del Consorzio Progetto Multiservizi-Consorzio Stabile;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2017 il Cons. Raffaele Prospero e uditi per le parti gli avvocati Nicola Melis, Mattia Pani e Domenico De Liguori;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, sez. I, con la sentenza n. 171 del 9 marzo 2017, nella resistenza della Regione Sardegna e del Consorzio Progetto Multiservizi Consorzio Stabile, ha respinto il ricorso proposto dalla società Sarda Servizi S.c.a.r.l. per l'annullamento della determinazione 30168/I 4.3. rep. 1720 del 22 luglio 2016 dell'amministrazione regionale della Sardegna di aggiudicazione definitiva in favore del Consorzio Progetto

Multiservizi del servizio di facchinaggio della durata di sessanta mesi per un unico lotto.

Sono stati infatti ritenute infondate le censure sollevate di: violazione e falsa applicazione di legge (artt. 87 ss. D. lgs. 163/06), violazione della *lex specialis*, eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di istruttoria e di motivazione [primo motivo]; violazione della *par condicio* tra i concorrenti, illegittimo omesso accertamento della complessiva non congruità dell'offerta aggiudicataria, risultante da numerose elisioni di voce di costo, illogicità del giudizio positivo di congruità con riferimento alla mancata, violazione e falsa applicazione di legge (art. 86 ss. D. lgs. 163/2006), violazione della *lex specialis*, difetto di istruttoria e di motivazione, eccesso di potere per illogicità manifesta, violazione dell'art. 36 della Costituzione [secondo motivo]; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 75 d. lgs. 163/2006 e dell'art. 8 del disciplinare di gara [terzo motivo]; violazione della L. 23 dicembre 1997 n. 454 ed in particolare dell'art. 1, comma 6, nonché dell'ulteriore normativa sia interna che comunitaria in merito ai requisiti per l'esercizio dell'attività di trasporto per conto terzi ed in particolare regolamento europeo UE1071/1999 decreto prot. rd/921 del 25 novembre 2011 nonché della direttiva 96/26/CE del Consiglio del 29 aprile 2006 [quarto motivo].

2. Con atto di appello ritualmente notificato il 31 marzo 2017 la predetta Società Sarda Servizi ha chiesto la riforma della di tale sentenza, riproponendo sostanzialmente i motivi di censura sollevati in primo grado di cui ha lamentato l'erroneo apprezzamento, il superficiale esame e l'ingiusto rigetto con motivazione affatto condivisibile.

Hanno resistito al gravame il Consorzio Progetto Multiservizi e la Regione Sardegna, che hanno insistito per il suo rigetto.

Alla pubblica udienza del 19 dicembre 2017 la causa è passata in decisione.

3. All'esame proprio della fase di merito e nella pienezza del contraddittorio la Sezione è dell'avviso che l'appello deve essere accolto alla stregua delle osservazioni che seguono.

3.1. Non è meritevole di favorevole considerazione il primo motivo di gravame con cui, sostanzialmente reiterando le censure sollevato con il corrispondente motivo del ricorso principale, la società appellante ha sostenuto l'invalidità per incompletezza e indeterminatezza dell'offerta economica dell'aggiudicataria che non aveva indicato per ognuno dei presidi in cui doveva svolgersi il servizio di facchinaggio la singola percentuale di sconto operato.

Al riguardo la sentenza impugnata ha correttamente evidenziato, sulla base peraltro delle puntuali disposizioni della *lex specialis*, non smentite e non smentibili (ma solo inammissibilmente interpretate in modo soggettivo dall'appellante), che la procedura di gara non era articolata in lotti, che il servizio di facchinaggio doveva essere svolto su tutto il territorio regionale e soprattutto che l'offerta economica doveva essere formulata con riguardo all'intero servizio oggetto dell'appalto, indicando – come imposto dalle previsioni del disciplinare di gara – nel modello predisposto nel campo denominato “prezzo unitario” il valore totale dell'offerta (espresso in cifre ed in lettere), quale risultante della somma dei prezzi offerti per le tre principali oggetto della gara (facchinaggio, mezzi a presidio fisso, mezzi a chiamata), indicazioni che nel caso di specie erano state puntualmente rispettate; non era invece richiesto, tanto meno a pena

di esclusione, l'indicazione dello sconto o della percentuale di ribasso, che pertanto non era elemento costitutivo dell'offerta o quanto meno necessario o idoneo a consentire la valutabilità dell'offerta. E' appena il caso di aggiungere che in ogni caso, proprio perché l'indicazione della percentuale di ribasso o di sconto non era prevista a pena di esclusione, la sua mancanza o la sua erronea individuazione, non avrebbe mai potuto comportare la esclusione dell'offerta.

3.2. E' da respingere anche il terzo di gravame.

A tal fine occorre premettere che non è contestato che l'aggiudicatario, il Consorzio Progetto Multiservizi, sia un consorzio stabile: quest'ultimo, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, è caratterizzato dal c.d. elemento teleologico che gli consente di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni previste nel contratto, contratto che il predetto consorzio ordinario stipula in nome proprio e per conto delle consorziate, con la conseguenza che a lui direttamente ed esclusivamente si imputa l'attività compiuta (Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2015, n. 4703; sez. V, 2 maggio 2017, n. 1984; 22 gennaio 2015, n.244).

Ciò rende infondato il rilievo circa la mancata indicazione della natura collettiva del consorzio nella cauzione prodotta, essendo sufficiente che sia stato indicato il Consorzio garantito, fermo restando la correttezza della motivazione dei primi giudici che sul punto ha evidenziato in ogni caso che si sarebbe trattato di un vizio regolarizzabile che giammai avrebbe potuto determinare l'esclusione dalla gara; ugualmente è a dirsi per la dedotta mancanza della firma

del Consorzio contraente sulla cauzione, tanto più che tale sottoscrizione non è necessaria, non essendo il soggetto garantito parte necessaria del contratto di fideiussione (A.P. 4 ottobre 2005, n. 8).

3.3. Non merita favorevole considerazione neppure il quarto motivo di gravame.

E' sufficiente al riguardo rilevare che in realtà l'appellante non contesta che l'affermazione dei primi giudici secondo cui dalla documentazione in atti emerge con chiarezza che il Consorzio è autorizzato all'attività di trasporto per conto terzi, evidenziando piuttosto che la società Pulitutto & Cefil 2, facente parte del Consorzio, non sarebbe abilitata all'autotrasporto (e neppure al facchinaggio) e non possiederebbe neanche le relative iscrizioni, in violazione dell'art. 3 del disciplinare.

Senonché, come dedotto dalle parti appellate, quest'ultima è però una censura nuova non formulata e non presente nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado e come tale inammissibile; né può condividersi la tesi dell'appellante che nega la novità della censura sul presupposto che si tratterebbe di una mera specificazione della censura sollevata in primo grado, dal momento che non può essere considerato senza rilievo – ai fini dell'esercizio del diritto di difesa – il fatto che la censura di primo grado fosse stata rivolta a constatare la mancanza delle necessarie iscrizioni e autorizzazioni in capo al solo Consorzio Progetto Multiservizi e non anche in capo ad una delle consorziate.

3.4. E' invece fondato il secondo motivo nella parte in cui la Sarda Servizi sostiene che il Consorzio Progetto Multiservizi abbia proposto nella sua offerta l'applicazione al personale dipendente del

CCNL Safi non appropriato e non pertinente alle prestazioni oggetto del servizio da affidare.

Sebbene non si ignorano i principi di una giurisprudenza ormai consolidata della quale ha fatto uso anche il giudice di prime cure, secondo cui l'applicazione di un determinato contratto collettivo rientra nelle prerogative dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, così che la legge di gara non può imporre ai concorrenti l'applicazione di un CCNL determinato, per il quale deve essere solamente rispettata la coerenza del contratto nazionale di con l'oggetto dell'appalto posto in gara, nondimeno non può non rilevarsi che è proprio quest'ultimo punto che rende non conforme alla procedura l'offerta del Consorzio aggiudicatario definitivo.

E' pacifico infatti che il Consorzio Progetto Multiservizi abbia specificato che prestatori d'opera sarebbero stati regolamentati e retribuiti secondo le regole stabilite dal contratto collettivo di lavoro Safi, più specificamente del contratto per i Servizi ausiliari e fiduciari, il cui ambito di applicazione è stabilito dall'art. 1 dell'articolato contrattuale medesimo.

Tale ambito è indubbiamente molto vasto, anche data la genericità di esplorazione dei servizi, disciplinando ad esempio i servizi di portierato, i servizi di accoglienza e di indirizzo della clientela in uffici pubblici e privati, i servizi di controllo dell'attività di spettacolo e intrattenimento, le attività di prevenzione di primo intervento antincendio, le attività di controllo e verifica fiduciaria di incassi per conto terzi, di attività di ricevimento, di controllo degli accessi e regolazione del flusso di persone e merci, attività eseguibili da agenzie di investigazione, ricerche e raccolta di informazioni: si contano complessivamente 17 tipi di prestazioni, ognuna

ampiamente comprensiva di mansioni varie, tra cui al penultimo punto, denominato p), vi è anche l'attività di facchinaggio, trasporto, trasloco di beni mobili, ausiliarie alle sopra indicate attività.

Il servizio posto in gara dalla Regione Sardegna riguarda il facchinaggio senza altra specificazione e di conseguenza l'applicazione del contratto collettivo di lavoro per i Servizi ausiliari e fiduciari si rileva incoerente con l'oggetto della prestazione posta in gara, in quanto per un verso le attività disciplinate da detto contratto collettivo dimostrano di non avere alcun collegamento con il servizio da appaltare, mentre per altro verso il richiamato punto p) indica che le attività di facchinaggio trasporto ivi previste hanno carattere ausiliario (e di completamento) delle altre sopra indicate.

Proprio detto espresso carattere di ausiliarità e di completamento delle attività di facchinaggio previsto nel CCNL SAFI rende quest'ultimo inappropriate alla gara in questione, trattandosi di attività non principali, né prevalenti, ma assolutamente residuali rispetto a queste.

Ciò non consente di fare richiamo ai principi sulla libertà negoziale delle parti ed all'autonomia dell'imprenditore per giustificare l'applicazione di una disciplina che non ha alcuna pertinenza con il rapporto da regolare e determina necessariamente anche squilibri nell'offerta economica.

4. Alla stregua delle osservazioni svolte l'appello deve essere accolto e, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto nei sensi di cui in motivazione il ricorso di primo grado, col conseguente subentro della Sarda Servizi s.c.a.r.l. nel contratto oggetto della gara, non essendo stato al riguardo sollevato alcuna ragione ostantiva, così

come domandato nel ricorso introduttivo, fermo restando l'obbligo dell'amministrazione appaltante delle verifiche di legge.

Le spese di giudizio possono essere compensate da entrambi gradi, vista la peculiarità della vicenda.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi in cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso introduttivo nei sensi pure indicati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Raffaele Prosperi**

**IL PRESIDENTE**  
**Carlo Saltelli**

**IL SEGRETARIO**