

Interessantissima sentenza del Consiglio di Stato 13 ottobre 2015, n. 00763

La vicenda è relativa ad una gara d'appalto di un'azienda ospedaliera vinta da un RTI (raggruppamento temporaneo di imprese) che, con riguardo ai costi del personale da impiegare nell'appalto aveva utilizzato le tabelle contenute nel contratto CNAI, cosa che avrebbe determinato per l'Amministrazione ospedaliera aggiudicataria un risparmio di circa 4 milioni di euro.

L'impresa GPI esclusa ha fatto ricorso al TAR Lombardia impugnando l'esito della gara per anomalia dell'offerta, in quanto il minor costo del lavoro era determinato dal fatto che il RTI applicava il contratto CNAI, che doveva ritenersi nullo/invalido in quanto sottoscritto da OOSS non rappresentative.

Il TAR ha respinto il ricorso e la GPI ha proposto appello al Consiglio di Stato

La Filcams CGIL è intervenuta nel processo in appello ad adiuvandum "*..... per vedere affermato il principio che non può ritenersi congrua, in quanto non idonea a garantire una presunzione di adeguatezza, un'offerta che preveda l'applicazione di un CCNL, che introduce livelli retributivi e normativi insufficienti rispetto alle tabelle ministeriali, stipulato da associazioni non comparativamente più rappresentative nell'ambito di un settore regolato da una contrattazione collettiva nel quale è viceversa presente un contratto, stipulato da soggetti sindacali comparativamente maggiormente rappresentativi, tenuto in considerazione dai parametri ministeriali*"

Il Consiglio di Stato ha preliminarmente ritenuto infondata l'eccezione sollevata dall'Azienda Ospedaliera e dal RTI SDS volta ad escludere dal giudizio la FILCAMS CGIL. Nella fattispecie, la Sezione ha ritenuto che deve riconoscersi un chiaro interesse della FILCAMS CGIL, che non è parte del rapporto sostanziale oggetto del giudizio, alla decisione dello stesso giudizio, per le ragioni che nel suo atto di intervento ha chiaramente indicato (e che si sono prima ricordate)

La Sezione ha poi ritenuto che, per la decisione del merito dell'appello, occorreva acquisire, in via istruttoria, alcuni chiarimenti dalla Direzione Generale della Tutela delle Condizioni di Lavoro e delle Relazioni Industriali del Ministero del Lavoro .

In particolare, la Sezione, rilevato che l'art. 86, comma 3 bis, del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006) prevede che *«nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture»* e che, ai fini di tale disposizione, *«il costo del lavoro è determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali»*, ha ritenuto di dover acquisire chiarimenti:

- a) sui criteri che sono, in concreto, utilizzati per individuare i contratti collettivi, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, presi in considerazione per la predisposizione dei decreti con i quali sono approvate le suddette tabelle ministeriali;
- b) sulla periodicità dell'aggiornamento delle tabelle;
- c) sulle ragioni del mancato inserimento, fra i contratti elencati nel D.M., in data 10 giugno 2013, riguardante il settore dei servizi in esame, del CCNL, sottoscritto il 27 giugno 2012, fra CNAI – Coordinamento Nazionale Associazioni Imprenditori e UCICT - Unione Cristiana Italiana Commercio e Turismo, da un lato, e FISMIC – Confsal Confederazione Italiana Sindacati Autonomi

Lavoratori e FILCOM – Fismic, dall'altro (in questo giudizio, per brevità, contratto CNAI).

La Sezione ha chiesto inoltre di conoscere:

d) se, secondo i suddetti criteri, il contratto CNAI, utilizzato dall'aggiudicataria della gara oggetto del presente giudizio, possa ritenersi stipulato fra associazioni sindacali dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentativi;

e) quali sono le differenze, utilizzando la stessa metodologia applicata per l'emanazione dei decreti ministeriali in questione, fra i valori medi (riguardanti le diverse voci del costo medio orario nonché le ore annue mediamente lavorate) indicati nel suddetto D.M., in data 10 giugno 2013 (e i D.M. eventualmente successivi), e i valori che sono stati pattuiti nel suddetto CCNL CNAI, con l'indicazione delle percentuali di scostamento dai suddetti valori medi ministeriali;

f) se sono state rilevate anomalie, anche in eventuali visite ispettive, nell'applicazione del CCNL CNAI, che, secondo quanto riferito dalle parti resistenti in questo giudizio, risulta già adottato anche da altre amministrazioni pubbliche.

La Direzione Generale del Ministero del Lavoro ha fornito una accurata e chiara risposta ai quesiti formulati.

Con riferimento al primo quesito, l'Amministrazione ha fatto presente che il costo del lavoro è determinato, in applicazione dell'art. 86, comma 3 bis del d. lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici), sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali.

Dopo aver chiarito che il riferimento al sindacato comparativamente più rappresentativo costituisce un'evoluzione rispetto al richiamo al sindacato maggiormente rappresentativo, in quanto introduce nella dialettica dei rapporti sindacali un criterio di misurazione di carattere selettivo, l'Amministrazione ha aggiunto che la giurisprudenza ha individuato specifici elementi (consistenza numerica dei soggetti rappresentati, ampiezza e diffusione delle strutture organizzative, partecipazione alla formazione e stipulazione dei contratti collettivi di lavoro, partecipazione alle controversie individuali, plurime e collettive) sulla base dei quali sono individuate le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. Tali criteri sono stati confermati con la legge n. 936 del 1986 riguardante il CNEL.

In conseguenza, ha chiarito il Ministero del Lavoro, al fine della determinazione del costo del lavoro e dell'emanazione del relativo Decreto Ministeriale, vengono presi in considerazione, per ogni settore merceologico valutato, i CCNL sottoscritti dalle Organizzazioni comparativamente più rappresentative individuate sulla base dei criteri sopraindicati.

Con riferimento al secondo quesito il Ministero ha chiarito che l'aggiornamento delle tabelle del costo del lavoro avviene periodicamente in relazione alla specifica previsione contrattuale del settore merceologico di riferimento e al rinnovo del Contratto collettivo nazionale di lavoro di riferimento.

Con riferimento al terzo quesito formulato, l'Amministrazione ha chiarito che nel D.M. 10 giugno 2013 sono stati considerati, quale base per la determinazione del costo del lavoro, i Contratti sottoscritti dalle Organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative e quindi: il CCNL stipulato il 31 maggio 2011 tra Fise-Confindustria, Legacoopservizi, Federlavoro-Confcooperative, Psl-Agci, Unionservizi-Confapi e Filcams CGIL, Fisascat_CISL, Uiltrasporti UIL nonché il CCNL stipulato il 3 agosto 2011 tra Federazione Nazionale Imprese di Pulizia (FNIP) con l'assistenza di Confcommercio e Filcams CGIL, Fisascat_CISL, Uiltrasporti UIL.

La Sezione ha chiesto inoltre di conoscere:

d) se, secondo i suddetti criteri, il contratto CNAI, utilizzato dall'aggiudicataria della gara oggetto del presente giudizio, possa ritenersi stipulato fra associazioni sindacali dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentativi;

e) quali sono le differenze, utilizzando la stessa metodologia applicata per l'emanazione dei decreti ministeriali in questione, fra i valori medi (riguardanti le diverse voci del costo medio orario nonché le ore annue mediamente lavorate) indicati nel suddetto D.M., in data 10 giugno 2013 (e i D.M.

eventualmente successivi), e i valori che sono stati pattuiti nel suddetto CCNL CNAI, con l'indicazione delle percentuali di scostamento dai suddetti valori medi ministeriali;

f) se sono state rilevate anomalie, anche in eventuali visite ispettive, nell'applicazione del CCNL CNAI, che, secondo quanto riferito dalle parti resistenti in questo giudizio, risulta già adottato anche da altre amministrazioni pubbliche.

La Direzione Generale del Ministero del Lavoro ha fornito una accurata e chiara risposta ai quesiti formulati.

Con riferimento al primo quesito, l'Amministrazione ha fatto presente che il costo del lavoro è determinato, in applicazione dell'art. 86, comma 3 bis del d. lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici), sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali.

Dopo aver chiarito che il riferimento al sindacato comparativamente più rappresentativo costituisce un'evoluzione rispetto al richiamo al sindacato maggiormente rappresentativo, in quanto introduce nella dialettica dei rapporti sindacali un criterio di misurazione di carattere selettivo, l'Amministrazione ha aggiunto che la giurisprudenza ha individuato specifici elementi (consistenza numerica dei soggetti rappresentati, ampiezza e diffusione delle strutture organizzative, partecipazione alla formazione e stipulazione dei contratti collettivi di lavoro, partecipazione alle controversie individuali, plurime e collettive) sulla base dei quali sono individuate le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. Tali criteri sono stati confermati con la legge n. 936 del 1986 riguardante il CNEL.

In conseguenza, ha chiarito il Ministero del Lavoro, al fine della determinazione del costo del lavoro e dell'emanazione del relativo Decreto Ministeriale, vengono presi in considerazione, per ogni settore merceologico valutato, i CCNL sottoscritti dalle Organizzazioni comparativamente più rappresentative individuate sulla base dei criteri sopraindicati.

Con riferimento al secondo quesito il Ministero ha chiarito che l'aggiornamento delle tabelle del costo del lavoro avviene periodicamente in relazione alla specifica previsione contrattuale del settore merceologico di riferimento e al rinnovo del Contratto collettivo nazionale di lavoro di riferimento.

Con riferimento al terzo quesito formulato, l'Amministrazione ha chiarito che nel D.M. 10 giugno 2013 sono stati considerati, quale base per la determinazione del costo del lavoro, i Contratti sottoscritti dalle Organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative e quindi: il CCNL stipulato il 31 maggio 2011 tra Fise-Confindustria, Legacoopservizi, Federlavoro-Confcooperative, Psl-Agci, Unionservizi-Confapi e Filcams CGIL, Fisascat_CISL, Uiltrasporti UIL nonché il CCNL stipulato il 3 agosto 2011 tra Federazione Nazionale Imprese di Pulizia (FNIP) con l'assistenza di Confcommercio e Filcams CGIL, Fisascat_CISL, Uiltrasporti UIL.

Il Ministero ha poi dato conto analiticamente, per ognuna delle indicate organizzazioni sindacali, dei dati riguardanti la loro consistenza associativa, la diffusione territoriale e il numero di CCNL sottoscritti.

L'Amministrazione ha infine indicato gli elementi riguardanti la consistenza associativa, la diffusione territoriale e il numero di CCNL sottoscritti anche delle organizzazioni sindacali CNAI – Coordinamento Nazionale Associazioni Imprenditori, UCICT - Unione Cristiana Italiana Commercio e Turismo, FISMIC – Confsal Confederazione Italiana Sindacati Autonomi Lavoratori e FILCOM – Fismic, che hanno sottoscritto il CCNL CNAI oggetto del giudizio.

Infine con riferimento al quesito di cui alla lettera d), il Ministero ha, quindi, affermato che *«alla luce di quanto esposto nella lettera c), dall'analisi comparativa dei dati relativi alla consistenza associativa, alla diffusione territoriale e della contrattazione collettiva, risulta chiaramente che il contratto utilizzato dall'aggiudicataria non può essere considerato sottoscritto da associazioni comparativamente più rappresentative».*

Dopo aver chiarito dettagliatamente le ragioni di tale affermazione, ha ribadito che *«le Organizzazioni sindacali sottoscrittrici del Contratto CNAI non sono ascrivibili tra quelle comparativamente più rappresentative sulla base dei criteri illustrati e della comparazione effettuata»*.

Anche in relazione alle differenze salariali riferite ai due contratti esaminati il Ministero ha elaborato un'apposita tabella (allegata alla Relazione) sui costi del CCNL CNAI, elaborata con la stessa metodologia utilizzata per le tabelle allegate al D.M. 10 giugno 2013, ed ha concluso che *«a parità di profilo professionale considerato (III livello CCNL alla base della tabella del costo del lavoro approvata con DM 10 giugno 2013 e IV livello CCNL CNAI), i valori riportati nella tabella ministeriale si discostano dai valori stabiliti nella tabella CNAI in misura percentuale da -6,73% ad un massimo di -6,89%»*. Ed infine ha evidenziato che le DTL erano già intervenute in altri casi analoghi di applicazione del contratto CNAI facendo ottenere ai lavoratori le differenze retributive.

La corposa motivazione si conclude con l'accoglimento, da parte del Consiglio di Stato dell'appello della GPI e con l'integrale riforma della sentenza del TAR LOMBARDIA. Ciò comporta l'annullamento dell'aggiudicazione della gara in oggetto al RTI formato dalle società SDS e TV Services. Il contratto eventualmente sottoscritto dall'Azienda Ospedaliera con il RTI SDS nelle more del giudizio di appello deve ritenersi inefficace a decorrere dal termine di 90 giorni dalla data della notifica o comunicazione in via amministrativa, se anteriore, della sentenza.