

Consiglio di Stato
sezione III
sentenza 13 ottobre 2015, n. 4699

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL CONSIGLIO DI STATO

IN SEDE GIURISDIZIONALE

SEZIONE TERZA

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 763 del 2015, proposto da:

G. S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati St.Vi. e Da.Ca., con domicilio eletto presso St.Vi. in Roma, Via (...);

contro

Azienda Ospedaliera di Desenzano del Garda, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Ga.Di. e Da.Me., con domicilio eletto presso Ga.Di. in Roma, Viale (...);

nei confronti di

S. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e in qualità di mandataria di RTI con T. S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Lu.Ni., con domicilio eletto presso lo Studio Gr. in Roma, Corso (...);

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

FILCAMS CGIL, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Ca.De., con domicilio eletto in Roma, Via (...);

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia, Sezione II, n. 1470 del 31 dicembre 2014, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione della gara per l'affidamento e la gestione dei servizi amministrativi di front office dell'Azienda Ospedaliera di Desenzano del Garda.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera di Desenzano del Garda e della società S.;

Visto l'intervento in giudizio ad adiuvandum di FILCAMS CGIL;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, del c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 luglio 2015 il consigliere Dante D'Alessio e uditi per le parti gli avvocati El.Ba. ed altri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- L'Azienda Ospedaliera di Desenzano del Garda, di seguito Azienda Ospedaliera, ha indetto una gara, a procedura ristretta, per l'affidamento e la gestione dei servizi amministrativi di front office (CUP telefonico, accettazione ambulatoriale e cassa, servizio di radiodiagnostica, accettazione e cassa punti prelievo, accettazione ricoveri, screening mammografico), per la durata di sei anni e per l'importo complessivo di Euro 13.980.000, oltre Iva.

La gara è stata aggiudicata al RTI formato dalle società S. e T., di seguito RTI S., che si è classificato al primo posto della graduatoria, con punti 86,91 (punti 36,91 per l'offerta tecnica e punti 50 per l'offerta economica pari ad Euro 9.883,612), davanti alla società G., classificatasi al secondo posto con punti 86,21 (punti 50 per l'offerta tecnica e punti 36,21 per l'offerta economica pari ad Euro 13.646,874). Al terzo posto si è classificata la società Bottega Informatica con punti 75,01 (punti 34,81 per l'offerta tecnica e punti 40,20 per l'offerta economica pari ad Euro 12.292,614).

2.- La società G. ha impugnato l'esito della gara, e i relativi atti, davanti al T.A.R. per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia, che, con sentenza della Sezione II, n. 1470 del 31 dicembre 2014, ha respinto il ricorso.

2.1.- Il T.A.R. ha ricordato che G., con i primi tre motivi di ricorso, aveva, in sostanza, sostenuto che l'offerta del RTI S. non era sostenibile (ed era quindi affetta da anomalia, contrariamente a quanto ritenuto dall'Azienda Ospedaliera) per la sovrastima delle ore annue lavorate da ciascun lavoratore e per un costo orario del lavoro largamente inferiore (di oltre il 15%) a quello determinato nelle tabelle ministeriali del settore di riferimento, ed aveva aggiunto che ciò era dovuto all'applicazione, da parte del RTI S., del Contratto collettivo nazionale di lavoro CNAI, che doveva ritenersi affetto da nullità e/o invalidità, in quanto non sottoscritto dai sindacati più rappresentativi.

2.2.- Il T.A.R., dopo aver escluso che la lex specialis della gara imponesse all'aggiudicataria di applicare al proprio personale un determinato contratto collettivo o di garantire determinati livelli retributivi, ha concluso che le disposizioni contrattuali del CCNL CNAI ben potevano essere utilizzate dal RTI S. per giustificare la propria offerta.

Poiché ciò che si contestava da parte di G. era la sovrastima del monte ore annuo e la sottostima dei costi del personale, le censure di inattendibilità dell'offerta G. dovevano ritenersi pertanto infondate.

Peraltro, secondo il T.A.R., G. non aveva assolto l'onere di provare che i sindacati firmatari del CCNL CNAI non fossero quelli comparativamente più rappresentativi.

2.3.- Né a diversa conclusione si poteva giungere per effetto del richiamo di G. alle tabelle ministeriali tenuto conto che tali tabelle "non costituiscono parametri inderogabili, ma indici del giudizio di adeguatezza dell'offerta, con la conseguenza che è ammissibile l'offerta che da essi si discosti, purché lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito in sede di contrattazione collettiva (in questo caso, quella di cui al CCNL CNAI)".

3.- La società G. ha appellato l'indicata sentenza, ritenendola erronea sotto diversi profili, ed ha insistito nel sostenere l'inapplicabilità del CCNL CNAI, richiamato dal RTI S., e, comunque, l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria.

E' intervenuta in giudizio ad adiuvandum la FILCAMS CGIL 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.

3.1.- All'appello si oppongono l'Azienda Ospedaliera di Desenzano del Garda e il RTI S., che hanno anche chiesto l'esclusione dal giudizio della FILCAMS CGIL per la carenza di legittimazione attiva.

4.- Questa Sezione, con ordinanza n. 2556 del 20 maggio 2015, ha preliminarmente ritenuto infondata l'eccezione sollevata dall'Azienda Ospedaliera e dal RTI S. volta ad escludere dal giudizio l'interveniente FILCAMS CGIL.

4.1.- La Sezione ha, infatti, ricordato che, nel processo amministrativo l'intervento meramente adesivo (come quello ad adiuvandum) può essere svolto da soggetti che, non essendo state parti nel rapporto sostanziale dedotto in giudizio, hanno comunque un interesse da far valere in giudizio, a condizione che la situazione giuridica fatta valere risulti dipendente o secondaria rispetto all'interesse fatto valere in via principale (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 832 del 18 febbraio 2015).

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).

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

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.

5.- La Direzione Generale della Tutela delle Condizioni di Lavoro e delle Relazioni Industriali del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, con nota trasmessa il 2 luglio 2015, ha fornito una accurata e chiara risposta ai quesiti formulati.

5.1.a) 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.

5.1.b) Con riferimento al secondo quesito l'Amministrazione 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.

5.1.c) 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.

L'Amministrazione 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.

5.1.d) Con riferimento al quesito di cui alla lettera d), l'Amministrazione 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 (nelle pagine da 6 a 8 della relazione) le ragioni di tale affermazione, l'Amministrazione ha ribadito (a pagina 8) 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”.

5.1.e) Con il quesito di cui alla lettera e), la Sezione aveva chiesto 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.

Dopo aver ricordato che le tabelle comprendono sia elementi fissi (quali gli elementi retributivi calcolati sulla base delle disposizioni contrattuali, gli oneri aggiuntivi derivanti dal contratto e gli oneri previdenziali e assistenziali) ed elementi variabili da azienda ad azienda (quali ad esempio le ore mediamente non lavorate per le cause istituzionalmente previste), l'Amministrazione ha chiarito che le ore mediamente lavorate, considerate per la determinazione del costo medio orario scaturiscono detraendo dalle ore contrattuali pari a 1.877, le ore annue non lavorate, fra le quali sia quelle previste dal contratto in misura fissa (ferie ed altre riduzioni di orario contrattuale), sia quelle individuabili anno per anno (festività e festività soppresse) e sia quelle suscettibili di variazione da lavoratore a lavoratore (assemblee, permessi sindacali, diritto allo studio, formazione professionale, malattia, gravidanza, e infortunio) concordate con le parti sociali e stimate sulla base dei dati medi rilevati nel settore.

L'Amministrazione ha quindi chiarito che, fermi restando tutti gli altri fattori di costo, la misura del costo orario subisce un'oscillazione prevalentemente con riferimento ai giorni di assenza per malattia, infortunio e maternità che incidono sull'effettivo costo di ogni azienda in maniera diversa secondo la frequenza di tali assenze. Così come incidono sui costi le eventuali agevolazioni di cui può godere il datore di lavoro in considerazione della natura giuridica dell'azienda e delle tipologie contrattuali utilizzate (contratti di formazione, assunzioni di lavoratori disoccupati a vario titolo, assunzioni di giovani) o per altri benefici che possono incidere sulla variabilità del costo del lavoro.

Tutto ciò premesso, l'Amministrazione 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 di cui all'allegato 1 in misura percentuale da -6,73% ad un massimo di -6,89%".

5.1.f) Con riferimento al quesito di cui alla lettera f), l'Amministrazione ha depositato una successiva nota, in data 7 luglio 2015, con la quale ha trasmesso una relazione della Direzione Generale per l'Attività Ispettiva, in data 2 luglio 2015.

In tale relazione la competente Direzione ha indicato le segnalazioni pervenute dagli Uffici territoriali riguardanti le applicazioni del CCCNL CNAI ed ha comunicato che la Direzione di Torino ha emesso una diffida, per il recupero delle differenze retributive dovute ad un lavoratore, e le Direzioni di Ascoli Piceno e di Chieti Pescara hanno provveduto al recupero delle maggiori contribuzioni dovute sulle differenze retributive accertate.

6.- Tutto ciò premesso, considerato che la principale censura formulata dall'appellante G. riguarda la ritenuta anomalia dell'offerta del RTI S. che aveva presentato un'offerta economica molto inferiore all'importo della gara e alle offerte delle altre concorrenti per aver calcolato il costo del lavoro sulla base di un contratto sottoscritto da sigle sindacali non rappresentative, si deve ricordare, in generale, che gli

articoli 86 e 87 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici), prevedono che l'Amministrazione, prima di procedere all'aggiudicazione definitiva, debba effettuare una valutazione sulla congruità complessiva dell'offerta ritenuta migliore in presenza di determinati indicatori di possibile anomalia dell'offerta, e possa procedere ad un approfondimento sulla possibile anomalia anche in assenza di tali indicatori.

L'offerta deve, infatti, risultare nel suo complesso affidabile e conveniente, al momento dell'aggiudicazione, e in tale momento l'aggiudicatario deve dare garanzia di una seria esecuzione del contratto (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1487 del 27 marzo 2014).

6.1.- In particolare, l'art. 86 del codice dei contratti pubblici individua, nei commi 1 e 2, distinti indici, a seconda che il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso, ovvero, come nella fattispecie, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'individuazione delle offerte che sono sospettate di essere anomale (cd. indicatori automatici di anomalia). In presenza di tali indicatori la Stazione appaltante è quindi tenuta ad attivare una verifica sulla possibile anomalia dell'offerta.

L'art. 86, al comma 3, con una clausola generale valida per entrambe le ipotesi, stabilisce poi che la stazione appaltante possa procedere in ogni caso alla valutazione della congruità di ogni altra offerta che in base ad elementi specifici appaia anormalmente bassa.

6.2.- La scelta dell'Amministrazione di attivare in tali casi il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è, pertanto, ampiamente discrezionale e può, per questo, essere sindacata davanti al giudice amministrativo solo per manifesta illogicità o per la presenza di rilevanti errori di fatto.

6.3.- L'esercizio di tale facoltà comporta, pertanto, l'apertura di un subprocedimento in contraddittorio con il concorrente che ha presentato l'offerta ritenuta a rischio di anomalia, che può concludersi con un giudizio di anomalia o di non anomalia dell'offerta. Anche tale giudizio è ampiamente discrezionale e può essere sindacato, in conseguenza, davanti al giudice amministrativo solo per manifesta illogicità o per la presenza di rilevanti errori di fatto.

7.- Tenuto conto del rilievo che in molti contratti ha il costo del lavoro e tenuto conto delle esigenze di tutela dei lavoratori, il legislatore ha aggiunto, all'art. 86, con l'art. 1, comma 909, lettera a) della legge 27 dicembre 2006, n. 296, il comma 3-bis che prevede che gli enti aggiudicatori verifichino "che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro ... il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture".

7.1.- Il Ministero del Lavoro è, quindi, incaricato della predisposizione di apposite tabelle che tengono conto dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, delle differenti aree territoriali e dei diversi settori merceologici.

In esito all'istruttoria disposta da questa Sezione, il Ministero del Lavoro ha fornito ampi ragguagli sulle modalità con le quali in concreto tale funzione è esercitata.

8.- Per effetto di tale ultima disposizione il costo del lavoro è ritenuto indice di anomalia dell'offerta quando non risultino rispettati i livelli salariali che la normativa vigente – anche a base pattizia – rende obbligatori.

Una determinazione complessiva dei costi basata su un costo del lavoro inferiore ai livelli economici minimi fissati normativamente (o in sede di contrattazione collettiva) per i lavoratori del settore può costituire, infatti, indice di inattendibilità economica dell'offerta e di lesione del principio della par condicio dei concorrenti ed è fonte di pregiudizio per le altre imprese partecipanti alla gara che abbiano correttamente valutato i costi delle retribuzioni da erogare.

8.1.- La giurisprudenza, anche di questa Sezione, ha peraltro precisato che una anomalia dell'offerta non può essere automaticamente desunta dal mancato rispetto delle tabelle ministeriali, richiamate dall'art. 87, comma 2, lett. g) del codice dei contratti pubblici, considerato che i costi medi del lavoro, indicati nelle tabelle predisposte dal Ministero del Lavoro, in base ai valori previsti dalla contrattazione collettiva, non costituiscono parametri inderogabili ma sono indici del giudizio di adeguatezza dell'offerta che costituiscono oggetto della valutazione dell'Amministrazione (Consiglio di Stato, sez. III, n. 1743 del 2 aprile 2015).

8.2.- Si è quindi affermato che devono considerarsi anormalmente basse le offerte che si discostino in modo evidente dai costi medi del lavoro indicati nelle tabelle predisposte dal Ministero del Lavoro in base ai valori previsti dalla contrattazione collettiva, con la conseguenza che può ritenersi ammissibile un'offerta che da essi si discosti, purché lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito in sede di contrattazione collettiva.

Mentre occorre, perché possa dubitarsi della congruità dell'offerta, che la discordanza sia considerevole ed ingiustificata (Consiglio di Stato, sez. III, n. 3329 del 3 luglio 2015).

8.3.- Si è ulteriormente chiarito che non possono non essere considerati, in sede di valutazione delle offerte, aspetti particolari ed elementi che possono variare da azienda ad azienda. Ai fini di una valutazione sulla congruità dell'offerta, la stazione appaltante deve, pertanto, tenere conto anche delle possibili economie che le diverse singole imprese possono conseguire (ed anche con riferimento al costo del lavoro), nel rispetto delle disposizioni di legge e dei contratti collettivi (Consiglio di Stato, sez. III, n. 1743 del 2 aprile 2015 cit.).

9.- Nella fattispecie, come emerge dagli atti, l'Azienda Ospedaliera, aveva rilevato che fra la proposta formulata dal RTI S., che aveva offerto uno sconto del 29,30 sulla base d'asta, e gli altri concorrenti vi era un evidente scostamento. Pur non ricorrendo la fattispecie prevista dall'art. 86, comma 2, del codice dei contratti pubblici, con la deliberazione n. 776 del 22 luglio 2014, ha quindi ritenuto "opportuno valutare l'eventuale anomalia dell'offerta ai sensi del comma 3 del medesimo art. 86 del D. Lgs. 163/2006".

Con la stessa delibera l'Amministrazione ha quindi individuato la Commissione prevista dall'art. 88, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici.

9.1.- Il RUP, nominato Presidente della Commissione, ha, in conseguenza, invitato il concorrente a fornire le relative giustificazioni, con particolare riferimento ai costi del personale indicati nell'offerta.

9.2.- Nella seduta del 28 agosto 2014, la Commissione, viste le giustificazioni trasmesse, ha ritenuto di dover approfondire "l'aspetto riguardante le tabelle riportanti il costo medio orario relativo ai contratti collettivi di lavoro applicati dal RTI". La Commissione ha pertanto deciso di verificare, presso il CNAI, la disponibilità di un documento ufficiale con il costo del lavoro del settore terziario relativo al contratto

applicato dal RTI S., e di richiedere, allo stesso RTI, un documento ufficiale con la tabella del costo orario totale per il 4° e 5° livello (CNAI Terziario).

La Commissione ha poi anche deciso di acquisire da un professionista del settore un parere “in merito alla correttezza della “Tabella costo orario totale 4° e 5° livello (CNAI Terziario)” prodotta dal concorrente”.

9.3.- Nella successiva seduta del 9 settembre 2014, la Commissione, vista la risposta del RTI S., in data 5 settembre 2014 (con allegata una certificazione rilasciata dallo studio di consulenza commerciale De.Fr., revisore legale), vista la nota del CNAI del 2 settembre 2014 e viste le note trasmesse, in data 3 e 5 settembre 2014, dal rag. Ma.Sa., revisore ufficiale dei conti, esperto contabile ed iscritto all’Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, ha ritenuto che “l’offerta formulata dal concorrente non sia affetta da anomalia” (verbale n. 2 del 9 settembre 2014).

10.- Considerato che la Commissione non ha esplicitato, con una propria motivazione, le ragioni del suo convincimento, si deve evidenziare che il RTI S. aveva chiarito, con nota del 5 settembre 2014, che il contratto collettivo nazionale applicato era il CCNL CNAI, settore Terziario e Servizi, regolarmente depositato presso il Consiglio Nazionale dell’Economia e del Lavoro (CNEL), sul cui sito era reperibile. Il RTI S., dopo aver ricordato che per il detto CCNL non esistono tabelle ufficiali di determinazione del costo orario del lavoro, ha evidenziato che nel contratto sono però espressamente riportate le tabelle retributive sulla base delle quali, tenendo conto dell’incidenza degli altri elementi retributivi e degli oneri previdenziali, assicurativi, fiscali e assistenziali e delle ore di effettivo lavoro (per le ferie, permessi ed assenze), ha potuto determinare il costo orario aziendale.

Con successiva nota, sempre in data 5 settembre 2014, il RTI S. ha meglio precisato le modalità di determinazione del totale delle ore annuali lavorate (1.821), calcolate sulla base delle ore di ferie annuali (160), delle ore di permessi annuali (16), delle ore annuali per festività (72) e dell’incidenza delle altre ore non lavorate per malattie e varie (19).

10.1.- La Commissione ha poi tenuto conto delle osservazioni fatte pervenire dal rag. Mario Sabbio, revisore ufficiale dei conti, esperto contabile ed iscritto all’Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, che, con nota del 3 settembre 2014, ha affermato che il costo paga base utilizzato dagli iscritti CNAI è inferiore (nella misura poi meglio specificata) a quello utilizzato dalle tabelle del contratto collettivo della Confcommercio e prevede contributi per il “Fondo Est” in misura inferiore a quelli previsti per il fondo “Enmoa”.

Il rag. Mario Sabbio ha poi aggiunto che il contratto collettivo della Confcommercio prevede anche la quattordicesima mensilità, mentre il contratto CNAI esprime i valori in 13 mensilità.

Il rag. Sabbio ha inoltre precisato che i conteggi INPS e INAIL erano corretti (benché il conteggio INAIL evidenziasse l’aliquota più bassa e con minima copertura rischi, da verificare con una analisi del rischio infortuni reale) e che il conteggio IRAP presentava una differenza poco significativa.

10.2.- A seguito di richiesta del RUP di ulteriori chiarimenti sul totale delle ore lavorate, pari (per il RTI S.) a 1821, il rag. Sabbio, con successiva mail del 5 settembre 2014, ha aggiunto che per il contratto Confcommercio il totale delle ore lavorate era pari a 1720 annue.

11.- Così ricostruito il quadro normativo e fattuale e tenuto conto delle risultanze dell'istruttoria compiuta, la Sezione ritiene che il giudizio di anomalia condotto dall'Azienda Ospedaliera e la conseguente aggiudicazione della gara al RTI S. non possano ritenersi esenti dalle censure sollevate da G..

L'Azienda Ospedaliera ha, infatti, ritenuto congrua ed affidabile un'offerta che prevedeva un ribasso di quasi il 30% sull'importo a base d'asta (notevolmente superiore al ribasso offerto dalle altre imprese partecipanti alla gara), per effetto dell'applicazione di un contratto collettivo che prevede livelli retributivi decisamente inferiori rispetto a quelli previsti dalle tabelle ministeriali di riferimento e che risulta stipulato da associazioni non comparativamente più rappresentative, come accertato all'esito dell'istruttoria disposta da questa Sezione, nell'ambito di un settore che è regolato dalla contrattazione collettiva e nel quale sono presenti contratti, stipulati da soggetti sindacali comparativamente maggiormente rappresentativi, che sono stati tenuti in considerazione dalle tabelle ministeriali di riferimento.

12.- In proposito, si deve, innanzitutto, evidenziare che, come ha rilevato il Ministero del Lavoro all'esito di un'accurata istruttoria, il CCNL CNAI, utilizzato dal RTI S. nella sua offerta, non può considerarsi siglato da rappresentanze sindacali (dei datori di lavoro e dei lavoratori) comparativamente più rappresentative (pagine 6 ed 8 della Relazione istruttoria).

12.1.- Tale (rilevante) circostanza non è stata peraltro oggetto di una particolare attenzione nel giudizio di anomalia effettuato dall'Azienda Ospedaliera resistente (e non è stata nemmeno considerata dal T.A.R. che ha ritenuto che incombesse alla ricorrente G. fornire la prova di tale elemento).

Mentre tale circostanza doveva essere oggetto di particolare attenzione nel giudizio di anomalia tenuto conto che, come si è già prima ricordato, l'art. 86, comma 3 bis, del Codice dei contratti pubblici non solo prevede che, nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte, gli enti aggiudicatori siano tenuti a verificare che il valore economico dell'offerta sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro (e al costo relativo alla sicurezza), ma stabilisce anche che il parametro di valutazione del costo del lavoro è costituito dalle apposite tabelle redatte periodicamente dal Ministro del lavoro "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".

Nella fattispecie, mancando il giudizio di non anomalia dell'offerta del RTI S. di ogni motivazione, si può ritenere, dall'esame degli atti sui quali il giudizio è stato formulato, che l'Azienda Ospedaliera, in base agli atti acquisiti e ai chiarimenti forniti dal proprio consulente, ha ritenuto sufficiente rilevare che il contratto CNAI, utilizzato dal RTI S., era esistente e valido, perché depositato presso il CNEL, e che, quindi, l'offerta presentata era congrua anche perché faceva applicazione di tale contratto (pur avendo l'istruttoria evidenziato differenze nel trattamento retributivo dei lavoratori, non irrilevanti).

13.1.- Ma tale giudizio non può ritenersi legittimo non essendo stata fatta, come si è potuto accertare, alcuna concreta valutazione sull'effettiva possibile applicazione in una gara pubblica del contratto CNAI, sottoscritto da sigle sindacali non maggiormente rappresentative, ed essendo mancata anche un'effettiva comparazione dei costi indicati e delle ore di lavoro stimate con le tabelle ministeriali predisposte per il settore in questione, essendosi il rag. Sabbio limitato ad effettuare alcune comparazioni con il contratto collettivo nazionale "Confcommercio".

14.- Secondo l’Azienda Ospedaliera (e il resistente RTI S.) in Italia il datore di lavoro può peraltro liberamente scegliere il CCNL da applicare ai rapporti di lavoro. Ed è rispetto al contratto collettivo prescelto che può essere condotto il giudizio di adeguatezza e sufficienza della retribuzione e quindi può essere valutata la possibile anomalia dell’offerta.

Ma, sebbene il contratto CNAI non possa ritenersi invalido, come pure ha affermato l’appellante, tenuto conto che non vi sono norme che ne prevedono espressamente la nullità o l’inefficacia, è però evidente che il vigente sistema normativo pone come parametro di riferimento, per la valutazione della congruità degli oneri per il lavoro del personale impiegato negli appalti pubblici, i costi determinati dalle tabelle predisposte dal Ministro del lavoro. E tali tabelle hanno come esclusivo riferimento i valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi di entrambe le parti che lo sottoscrivono.

14.1.- Il possibile utilizzo, nel settore pubblico, di contratti collettivi di lavoro stipulati da sigle sindacali che non hanno il sufficiente grado di rappresentatività (e che per questo non sono considerati nella determinazione delle citate tabelle ministeriali) costituisce pertanto un’evidente anomalia del sistema.

15.- Peraltro, come anche il T.A.R. ha evidenziato, se si ammettono senza riserve offerte che sono formulate facendo applicazione di costi del lavoro molto più contenuti, oggetto di contratti collettivi di lavoro sottoscritti da sindacati non adeguatamente rappresentativi, si determinano pratiche di dumping sociale perché solo alcune imprese possono beneficiare di disposizioni che giustificano un costo del lavoro inferiore. Peraltro le altre aziende di quel settore, per essere competitive e non essere estromesse dal mercato, soprattutto in gare cd. labour intensive nelle quali è decisivo il costo del lavoro, sarebbero costrette poi ad utilizzare quegli stessi contratti collettivi che, anche se non sottoscritti da rappresentanze dei sindacati maggiormente rappresentativi, offrono trattamenti retributivi inferiori, con una evidente alterazione del sistema.

15.1.- Senza contare che in tal modo i lavoratori potrebbero vedersi applicate, in modo sostanzialmente unilaterale, condizioni di lavoro stabilite da sigle sindacali a loro del tutto sconosciute.

15.2.- Peraltro, considerato che in gare come quella in questione è previsto il passaggio dei lavoratori già occupati da un datore di lavoro ad un altro (art. 13 del bando), per la presenza della cd. clausola sociale, se si ammettono senza riserve offerte formulate facendo applicazione di costi del lavoro molto più contenuti, oggetto di contratti collettivi di lavoro sottoscritti da sindacati non adeguatamente rappresentativi, la competizione fra le imprese partecipanti alla gara si svolgerebbe non sulla base di una migliore o diversa articolazione del lavoro (e quindi sulle base di caratteristiche proprie dell’impresa) ma in base ai diversi costi del lavoro determinati dall’applicazione di diversi contratti collettivi anche eventualmente sottoscritti da sindacati non adeguatamente rappresentativi.

15.3.- Ciò conferma la necessità che il costo del lavoro debba avere come parametro di riferimento quello stabilito dalle tabelle ministeriali del settore interessato che sono calcolate sulla base della contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi.

16.- Sebbene, come ha sottolineato nella sua memoria l’Azienda Ospedaliera resistente, la lex specialis di gara non prescriveva, nella fattispecie, alcun obbligo per i concorrenti di applicare al proprio personale un

determinato contratto collettivo, non può tuttavia convenirsi sull'affermazione della stessa Azienda secondo la quale, in conseguenza, era liberamente applicabile da parte del RTI S. il contratto CNAI.

16.1.- Il giudizio di anomalia avrebbe dovuto essere, invece, particolarmente rigoroso perché il settore è regolato da contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da soggetti sindacali comparativamente maggiormente rappresentativi, come è stato confermato dall'istruttoria disposta da questa Sezione, e perché il contratto CNAI non rientra fra quelli stipulati da soggetti sindacali comparativamente maggiormente rappresentativi.

Mentre la procedura di verifica di anomalia condotta dall'Azienda Ospedaliera ha permesso al RTI S. di giustificare i propri costi del lavoro sulla base di un CCNL che, in virtù del chiaro disposto dell'art. 86, comma 3, cit., non poteva essere impiegato come valido parametro di riferimento e che presentava poi, come si è accertato, diversi non irrilevanti scostamenti rispetto ai legittimi parametri indicati.

17.- E' vero che, come si è prima ricordato, le tabelle ministeriali, secondo la giurisprudenza amministrativa, costituiscono solo un parametro di riferimento nella valutazione di una possibile anomalia dell'offerta. Ma una possibile differenza del costo del lavoro determinato (in concreto) nell'offerta dal costo indicato nelle tabelle ministeriali può essere giustificata dalle diverse particolari situazioni aziendali e territoriali e dalla capacità organizzativa dell'impresa che possono rendere possibile, in determinati contesti particolarmente virtuosi, anche una riduzione dei costi del lavoro.

Come si è già in precedenza ricordato, questa Sezione ha affermato in proposito che i costi indicati nelle tabelle ministeriali sono costi medi, tipologici, e non possono non essere considerati, in sede di valutazione delle offerte, aspetti che riguardano le singole imprese (diverse per natura, caratteristiche, agevolazioni e sgravi fiscali ottenibili). In conseguenza, ai fini della valutazione della migliore offerta, si può tenere conto anche delle possibili economie che le singole imprese possono conseguire (anche con riferimento al costo del lavoro), nel rispetto delle disposizioni di legge e dei contratti collettivi (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1743 del 2 aprile 2015, cit.).

17.1.- La ritenuta possibile presentazione di offerte da parte di imprese che affermano di utilizzare contratti collettivi che non rientrano fra quelli stipulati da associazioni maggiormente rappresentative risulta, invece, del tutto estranea alle suddette valutazioni riguardanti le specifiche caratteristiche dell'attività di impresa.

18.- Il resistente RTI S., nella sua memoria conclusiva, ha sostenuto che anche la Corte Costituzionale, nella recente sentenza n. 51 del 2015, ha ribadito il principio che i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative non hanno efficacia erga omnes.

Ma se è vero che in tale sentenza la Corte ha affermato che la censurata disposizione riguardante i soci lavoratori di società cooperative (art. 7, comma 4, del d.l. n. 248 del 2007) non assegnava ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative efficacia erga omnes, in contrasto con quanto statuito dall'art. 39 della Costituzione, la stessa Corte ha poi affermato, dichiarando non fondata la questione sollevata, che l'indicata disposizione, nell'effettuare un rinvio alla fonte collettiva che, meglio di altre, recepisce l'andamento delle dinamiche retributive nei settori in cui operano le società cooperative, "si propone di contrastare forme di competizione salariale al ribasso, in linea con l'indirizzo giurisprudenziale che, da tempo, ritiene conforme ai requisiti della proporzionalità e

della sufficienza (art. 36 Cost.) la retribuzione concordata nei contratti collettivi di lavoro firmati da associazioni comparativamente più rappresentative”.

Tali conclusioni sono del tutto coerenti con quanto ritenuto dalla Sezione nel caso in esame.

19.- Si deve poi anche considerare che, come ha evidenziato nelle sue memorie la FILCAMS CGIL, l'art. 1 del d. l. n. 338 del 9 ottobre 1989 (Disposizioni urgenti in materia di evasione contributiva, di fiscalizzazione degli oneri sociali, di sgravi contributivi nel Mezzogiorno e di finanziamento dei patronati), convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 7 dicembre 1989, n. 389, ha previsto, al comma 1, che “la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi di previdenza e di assistenza sociale non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, ovvero da accordi collettivi o contratti individuali, qualora ne derivi una retribuzione di importo superiore a quello previsto dal contratto collettivo”.

L'art. 2, comma 25, della legge n. 549 del 28 dicembre 1995, ha poi precisato che il predetto articolo 1 del decreto-legge 9 ottobre 1989, n. 338, si interpreta nel senso che, in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria.

Il legislatore ha, quindi, stabilito che i contratti collettivi da considerare, per la determinazione degli oneri contributivi, nel rispetto dell'art. 36 della Costituzione, sono quelli sottoscritti dai sindacati dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi nella categoria, su base nazionale.

20.- Si deve poi aggiungere che il giudizio di non anomalia effettuato dall'Azienda Ospedaliera resistente, come è emerso dall'istruttoria compiuta, non può considerarsi legittimo anche perché non irrilevanti (perché superiori al 6,5%) sono gli scostamenti dei livelli retributivi considerati nelle tabelle ministeriali e il CCNL CNAI.

21.- Non può pertanto essere condivisa la sentenza appellata che, nell'erroneo presupposto della non dimostrata carenza di rappresentatività delle organizzazioni sindacali che hanno sottoscritto il contratto CNAI, ha ritenuto non viziato il giudizio di adeguatezza dell'offerta del RTI S..

22.- Del resto se pure l'offerta del RTI S. è chiaramente più conveniente per l'Azienda Ospedaliera resistente, che ha evidenziato un risparmio di circa 4 milioni di euro per l'intera durata del contratto, tuttavia tale circostanza non può giustificare le conclusioni raggiunte all'esito del giudizio di anomalia, tenuto conto l'adeguatezza dell'offerta non può essere valutata solo sulla sua ritenuta convenienza economica e prescindendo dai suoi contenuti, ma implica anche una rigorosa verifica della sua serietà e della sua legittimità che, nella fattispecie, per i motivi esposti, non risulta effettuata.

23.- In conclusione, per tutti gli esposti motivi, l'appello deve essere accolto e, in integrale riforma dell'appellata sentenza del T.A.R. per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia, Sezione II, n. 1470 del 31 dicembre 2014, deve essere annullato il giudizio di non anomalia effettuato dall'Azienda Ospedaliera resistente sull'offerta presentata dal RTI S. e la conseguente aggiudicazione allo stesso RTI della gara in questione.

Sono fatti salvi i successivi provvedimenti dell'Amministrazione.

23.1.- Ai sensi degli articoli 121 e 122 del c.p.a., il contratto eventualmente nelle more sottoscritto dall'Azienda Ospedaliera con il RTI S. deve ritenersi inefficace a decorrere dal termine di 90 giorni dalla data della notifica o comunicazione in via amministrativa, se anteriore, della presente decisione.

24.- Considerata la novità della questione, le spese di giudizio possono essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in integrale riforma della appellata sentenza del T.A.R. per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia, Sezione II, n. 1470 del 31 dicembre 2014, annulla l'aggiudicazione della gara in oggetto al RTI formato dalle società S. e T., con gli effetti indicati in motivazione.

Dispone la compensazione integrale fra le parti delle spese e competenze del grado di appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo – Presidente

Carlo Deodato – Consigliere

Salvatore Cacace – Consigliere

Dante D'Alessio – Consigliere, Estensore

Massimiliano Noccelli – Consigliere

Depositata in Segreteria il 13 ottobre 2015.