

Costo del lavoro delle cooperative e gare d'appalto

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture è intervenuta con un nuovo parere negando l'ammissibilità delle clausole inserite nelle gare d'appalto che richiedono l'applicazione di uno specifico Ccnl e che escluderebbero le imprese cooperative facenti riferimento a contratti appartenenti a categorie differenti.

Sara Agostini

GIURISTA D'IMPRESA

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha approvato il parere n. 15/2011⁽¹⁾ in merito alla legittimità di quelle clausole, introdotte nei bandi di gara, relative all'applicazione di specifici contratti collettivi che comportano l'esclusione di alcuni soggetti, come le imprese cooperative, le quali utilizzano contratti differenti, pur se rientranti nel settore di attività della gara. Attraverso questa pronuncia dell'Autorità è possibile analizzare il percorso effettuato dalla giustizia amministrativa concernente i requisiti di partecipazione delle imprese alle gare d'appalto, con particolare riferimento al costo del lavoro, titolo essenziale per l'aggiudicazione di un contratto pubblico.

Anche il costo del lavoro nei capitolati delle gare d'appalto rappresenta uno degli elementi dell'offerta economica

nei poteri dell'amministrazione la fissazione dei parametri per la partecipazione a una gara, anche con l'inserimento di criteri più restrittivi previsti da quelli legali. È altresì necessario considerare la logicità e ragionevolezza di quanto indicato nei bandi, nonché la pertinenza e congruità di ciò che viene richiesto ai partecipanti rispetto

allo scopo perseguito dalla stessa amministrazione, al fine di non restringere la platea dei concorrenti,

creando, in tal modo, situazioni di privilegio assoluto di uno o più su altri⁽²⁾. Per quanto attiene il costo del lavoro cui fare riferimento nei capitolati delle gare, esso rappresenta uno degli elementi dell'offerta economica in base al quale determinare se quest'ultima sia bassa in modo anomalo; non sono ammissibili giustificazioni da parte di quei concorrenti che derogano ai trattamenti salariali minimi previsti dalla legge.

Le stazioni appaltanti, quindi, potevano fare

I requisiti previsti dalle gare d'appalto

Giova ricordare, innanzitutto, come rientri

(1) Cfr. il sito www.avcp.it/.

(2) Numerose le pronunce del Consiglio di Stato sull'argomento. Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 22.10.2004, n. 6972; Sez. V, 5.10.2005, n. 5318 e 15.2.2007, n. 647; Sez. VI, 29.10.2002, n. 5942 e 23.7.2008, n. 3665; Sez. V, 22.09.2009, n. 5653.

riferimento alle tabelle predisposte dal ministero del Lavoro nelle quali sono riportati i livelli retributivi stabiliti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi^[3]. Dal momento che, nelle more del parere dell'Agenzia veniva modificato il codice degli appalti di cui al D.Lgs. n. 163/2006, ora, invece, il contenuto dell'art. 81, comma 3-bis, recita: «L'offerta migliore è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro

comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro»^[4].

L'intervento legislativo non sembra, comunque, offuscare quanto evidenziato dal Consiglio di Stato ovvero che la normativa sugli appalti che fa riferimento alla contrattazione collettiva per la determinazione del costo del lavoro non ha quale scopo quello di stabilire in via autoritativa detto costo da parte della P.A.^[5], bensì di porre regole per la corretta predisposizione dei bandi e per la valutazione di eventuali anomalie.

I criteri di applicazione dei contratti collettivi

La giustizia amministrativa ha ritenuto molto importante il vaglio in contraddittorio

con l'operatore economico che ha partecipato a una gara, proponendo un'offerta anormalmente bassa e inferiore ai valori indicati dalla contrattazione collettiva.

In particolare, con la sentenza 7 ottobre 2008, n. 4827, il Consiglio di Stato ha stabilito che l'impresa partecipante deve poter fornire le proprie giustificazioni^[6]; inoltre, a quest'ultima deve essere consentito di esercitare il diritto di iniziativa economica privata, la quale si armonizza con il perseguimento dell'interesse pubblico alla migliore offerta dal punto di vista economico.

La P.A. valuta la congruità del Ccnl applicato riportando il costo del lavoro alle prestazioni dedotte nel contratto

Il passo successivo operato dal Consiglio^[7] è stato quello di ammettere la possibilità che un operatore economico possa applicare il costo del lavoro relativo a un contratto nazionale collettivo di lavoro diverso rispetto a quello proprio del settore specifico oggetto dell'appalto. L'amministrazione, d'altro canto, deve valutare la congruità del contratto collettivo applicato, ponendo in rapporto il costo del lavoro in esso riportato con la tipologia delle prestazioni dedotte nel contratto stesso^[8].

La partecipazione delle cooperative alle gare

Nel caso specifico delle cooperative, è necessario, innanzitutto, precisare che si tratta di società ricomprese nel novero di quelle considerate quali potenziali partecipanti e da cui la P.A. non può prescindere^[9]. Tali

(3) L'art. 86, comma 2, lett. g), è stato abrogato dall'art. 4, comma 2, lett. i-ter, D.L. 13.05.2011, n. 70, come aggiunto dall'allegato alla legge di conversione 12.07.2011, n. 106 (G.U. 12.07.2011, n. 160) con decorrenza dal 13 luglio 2011.

(4) Tale comma è stato inserito dall'art. 4, comma 2, lett. i-bis), legge 12.07.2011, n. 106.

(5) Ciò, infatti, sarebbe vietato dai principi comunitari in tema di libera concorrenza e da quelli costituzionali relativi alla libertà sindacale. Cons. Stato, Sez. VI, 21.11.2010, n. 6412.

(6) La Corte ritiene che l'offerta apparentemente non congrua da parte di un'impresa che partecipa a una gara d'appalto potrebbe giustificarsi alla luce di particolari condizioni operative dell'azienda o di benefici premiali che consentono la conservazione degli interessi legati al rispetto del costo minimo del lavoro.

(7) Cons. Stato, Sez. V, 18.08.2010, n. 5820.

(8) Nel caso specifico un'impresa, nell'ambito di una gara d'appalto concernente la conduzione degli impianti fognari, aveva scelto di fare riferimento al contratto collettivo del settore metalmeccanico, anziché quello proprio per gli impianti fognari. In questo caso l'amministrazione non può aprioristicamente rifiutare l'offerta, considerandola anomala, ma deve verificare che tale offerta sia collegata alla realtà dell'operazione.

(9) Art. 34, comma 1, D.Lgs. n. 163/2006.

imprese, tuttavia, fanno riferimento a un peculiare comparto della contrattazione collettiva nazionale che tiene conto della loro particolare natura giuridica caratterizzata dallo scopo mutualistico. Non si tratta, quindi, di stabilire se un operatore economico possa fare riferimento a un contratto collettivo che attenga ad attività diverse rispetto a quelle indicate nel capitolato di gara, ma se possa essere applicato un contratto collettivo relativo a una differente categoria d'impresa, pur se attinente all'oggetto della gara.

Il Tar Piemonte Torino^[10] si è già pronunciato su tale questione, ritenendo che l'amministrazione deve «tenere nel debito conto il costo del lavoro stabilito dalla contrattazione applicabile alle cooperative»; tale decisione scaturisce dall'assunto secondo cui le stazioni appaltanti, al momento della fissazione del corrispettivo a base della gara, fare riferimento al costo del lavoro derivante dalla contrattazione collettiva di categoria applicabile alle imprese che ordinariamente esercitano l'attività oggetto dell'appalto ovvero di tutti i soggetti ammessi a partecipare, tra cui le imprese cooperative.

Sempre il Tar Piemonte, nella sentenza 11.11.2008, n. 3130, approfondisce la questione, ritenendo che le cooperative non possono applicare contratti collettivi stipulati da associazioni sindacali diverse da quelle cui aderiscono i propri dipendenti e, per questo, l'amministrazione non può tralasciare alcun Ccnl nella predisposizione della gara.

I contratti collettivi, infatti, vincolano solo gli iscritti ai sindacati stipulanti ovvero anche i non iscritti, ma solo in caso di costante e ripetuta applicazione delle relative clausole^[11].

Alle cooperative non può essere imposta l'adesione a Ccnl di altre categorie al fine di essere ammesse alla gara d'appalto

L'Autorità di vigilanza, quindi, oltre a tutti i suddetti motivi di ordine giuslavoristico, ritiene che alle cooperative, ammesse dalla normativa a partecipare agli appalti alla stregua degli altri operatori economici,

non possa essere imposta, sulla base di clausole discriminatorie e sproporzionate, l'adesione a contratti collettivi di altre categorie al fine di intervenire a una gara.

Se, invero, l'amministrazione dovesse rilevare un'anomalia nell'offerta, legata proprio all'applicazione dei contratti di categoria delle cooperative, può sempre effettuare la valutazione per mezzo di un contraddittorio.

In conclusione

La materia degli appalti ha subito, per via dei recenti interventi legislativi, ulteriori modifiche, anche se i principi enunciati dall'Autorità di vigilanza restano comunque validi.

La P.A. deve valutare le offerte anomale in relazione al costo del lavoro applicato sulla base di un contraddittorio con l'operatore economico interessato

Se è vero che le stazioni appaltanti necessitano di parametri atti a valutare la congruità dell'offerta, sotto il punto di vista del costo del lavoro, ciò non deve impedire alle cooperative di applicare il proprio sistema contrattuale nazionale.

Appare degno di nota, dall'analisi giurisprudenziale effettuata, il riconoscimento progressivo da parte della giustizia amministrativa di offerte agganciate a contratti collettivi di altri settori e, poi, perfino, di altri comparti; il tutto alla luce di un'equilibrata coesistenza tra il vantaggio economico per la P.A. e il rispetto della *par condicio* nella partecipazione alle gare pubbliche degli operatori economici interessati.

(10) Tar Piemonte Torino, Sez. I, 27.10.2008, n. 2687.

(11) Cass., Sez. lavoro, 5.11.1979, n. 5719; Cass., Sez. lavoro, 28.11.2001, n. 15049.