



DELIBERA N. 838

21 dicembre 2021.

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società Sea Sud Srl – Affidamento servizi di pulizia e mantenimento del decoro in locali e aree aperti al pubblico dislocati nell'ambito della giurisdizione territoriale della Direzione Fabbricati Viaggiatori-Area Adriatica-TS Bari/Area Sud-TS Palermo-Sicilia Occidentale – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 3.024.930,15 (TS Bari)-euro 4.980.004,32 (TS Palermo) – S.A.: RFI-Rete Ferroviaria Italiana Spa.

PREC 229/2021/S

Riferimenti normativi

Artt. 23, comma 16 e 30, comma 4 del d.lgs. n. 50/2016

Art. 41 Cost.

Parole chiave

Servizi di pulizia – Clausola sociale – CCNL applicabile – Limiti alla discrezionalità amministrativa nella scelta del CCNL.

Massima

Non massimabile

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 21 dicembre 2021



DELIBERA

VISTE le istanze acquisite al prot. ANAC n. 0079555 e n. 0079596 del 4.11.2021, riunite nella trattazione per ragioni di economia procedurale, con le quali la società Sea Sud Srl chiede parere in ordine all'asserita illegittimità della clausola sociale contenuta nei bandi relativi agli appalti in oggetto nella parte in cui impone ai partecipanti di applicare per il trattamento normativo e retributivo dei lavoratori impiegati nell'appalto un determinato Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro, in aperta violazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 41 della Costituzione, nonché dei principi di massima partecipazione, di proporzionalità e ragionevolezza;

CONSIDERATO, più specificamente, che secondo l'istante *«in linea con gli obiettivi prefissati dalle direttive di ultima generazione, l'art. 30, comma 4, del Codice dei contratti pubblici non attribuisce all'amministrazione appaltante il potere di indicare nel bando di gara il contratto collettivo applicabile ai lavoratori impiegati nell'appalto, ma impone solamente di verificare la coerenza (la "astratta connessione") tra l'attività oggetto dell'appalto e l'ambito di applicazione del C.C.N.L. indicato dall'impresa appaltatrice. [...] Né un qualche vincolo all'applicazione del CCNL può derivare dal parametro di calcolo utilizzato dall'amministrazione al fine di individuare il costo della manodopera, per la finalità non coincidente tra la norma recante l'onere dell'amministrazione in fase di progettazione e la c.d. clausola sociale. In conclusione, nel caso di specie, la contestata clausola determina un'inammissibile ingerenza nella autonomia contrattuale dell'imprenditore nel rapporto con il lavoratore nella scelta del CCNL applicabile, ed è pertanto illegittima, tanto più che – nell'ambito dei servizi di pulizia e sanificazione oggetto dell'appalto – è vigente il CCNL Multiservizi, evidentemente coerente con l'oggetto dell'appalto, che garantisce ai lavoratori coinvolti nell'appalto piena tutela dal punto di vista normativo e retributivo»;*

CONSIDERATO che secondo la Stazione appaltante la contestazione è infondata, nel merito, in ragione del fatto che *«la previsione di cui al punto III.2.1) del bando di gara si giustifica in ragione della disposizione contenuta nell'art. 16, punto 2.2.1 del CCNL Mobilità/Area contrattuale Attività Ferroviarie vigente che, al fine di garantire le tutele occupazionali e i trattamenti normativi ed economici dei dipendenti delle aziende appaltatrici, prevede l'applicazione di tale contratto collettivo nei confronti dei dipendenti delle aziende affidatarie di una serie di servizi/attività, tra cui rientra la pulizia negli impianti e negli uffici e relativi servizi ausiliari»* e, in ogni caso, l'istanza sarebbe inammissibile perché è *«irragionevole e pretestuoso considerare come immediatamente escludente la clausola sociale del bando di gara che richiede alle imprese affidatarie di taluni servizi di applicare il CCNL Mobilità/Area contrattuale Attività Ferroviaria ai propri dipendenti»* ed inoltre *«era onere dell'impresa impugnare immediatamente detta clausola del bando. Infatti, è consolidato l'orientamento giurisprudenziale per cui le clausole immediatamente escludenti devono essere impugnate senza attendere l'atto applicativo, in quanto esse stesse concretizzano la lesione»;*

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 25.11.2021;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

RITENUTO, per ragioni di economia procedurale, di trattare congiuntamente le istanze indicate in premessa, stante l'identità dell'Ente committente, del servizio oggetto di affidamento (distinto solo in base al distretto territoriale di esecuzione del contratto) e delle contestazioni sollevate dall'istante;

TENUTO CONTO che il punto III.2.1 dei Bandi di gara, nell'ambito delle disposizioni relative all'applicazione della c.d. clausola sociale, stabilisce che *«L'Appaltatore è tenuto ad applicare ai propri dipendenti utilizzati per*



le attività oggetto del presente Contratto il CCNL della Mobilità/Area Contrattuale delle Attività Ferroviarie. Detto contratto dovrà essere applicato per tutta la durata dell'appalto»;

CONSIDERATO che, in materia di Contratti Collettivi Nazionali da applicare ai lavoratori impiegati negli appalti di lavori, servizi e forniture, il Codice, all'art. 23, comma 16 (secondo periodo), dispone che *«In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione»* e che al successivo art. 30, comma 4, seconda parte, prevede che *«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»;*

CONSIDERATO che la società istante contesta l'obbligo, imposto dalla *lex specialis*, di applicare ai lavoratori da impiegare nel servizio oggetto di affidamento (oltre, ovviamente, ai lavoratori già impiegati nel precedente appalto e riassorbiti in base alla clausola sociale) il CCNL della Mobilità/Area Contrattuale delle Attività Ferroviarie e non il CCNL Pulizie-Multiservizi;

RILEVATO che la consolidata giurisprudenza in materia di CCNL applicabile ai lavoratori impiegati negli appalti anche di recente si è espressa nel senso di ritenere, in via generale, che *«non rientra nella discrezionalità dell'amministrazione appaltante imporre o esigere dai partecipanti alla gara un determinato Contratto collettivo nazionale di lavoro, tanto più qualora una o più tipologie di Contratti possano anche solo astrattamente adattarsi alle prestazioni oggetto del servizio da affidare (Cons. Stato, sez. V, 23 luglio 2018, n. 4443; id. 5 ottobre 2016, n. 4109); ne consegue che la mancata applicazione di un C.c.n.l. diverso da quello indicato dalla lex specialis di gara non può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione per inammissibilità dell'offerta (Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975; 9 dicembre 2015, n. 5597); tale assunto vale anche in relazione alla valutazione di anomalia dell'offerta, legata al costo della manodopera in relazione al C.c.n.l. di riferimento (Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2017, n. 932; id. 12 maggio 2016, n. 1901). Tale libertà imprenditoriale non è però assoluta, ma incontra il limite logico, prima ancora che giuridico in senso stretto, della necessaria coerenza tra il contratto che in concreto si intende applicare (e in riferimento al quale si formula l'offerta di gara) e l'oggetto dell'appalto; la scelta del Contratto collettivo di lavoro applicabile al personale dipendente, che diverge insanabilmente, per coerenza e adeguatezza, da quanto richiesto dalla stazione appaltante in relazione ai profili professionali ritenuti necessari, è idonea di per sé a determinare una ipotesi di anomalia, riflettendosi sulla possibilità di formulare adeguate offerte sotto il profilo economico incoerenti o incompatibili essendo i profili professionali di riferimento (Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2020, n. 6336)»* (così Consiglio di Stato, sez. V, 15.03.2021 n. 2198);

RILEVATO che nel caso di specie l'obbligo di applicazione del CCNL in contestazione – secondo quanto sostenuto dalla Stazione appaltante a giustificazione del proprio operato – non sarebbe l'effetto di una scelta discrezionale, bensì la conseguenza dell'adempimento di un obbligo (apparentemente) imposto dal CCNL stesso, il quale, all'art. 16, punto 2.2.1, prevede che *«In coerenza con gli obiettivi congiuntamente dichiarati nel precedente capoverso, le aziende appaltatrici rientranti nel campo di applicazione del presente CCNL, affidatarie dei servizi/attività di seguito specificati, applicheranno, indipendentemente dalla tipologia giuridica dell'impresa appaltatrice, il presente CCNL ai propri dipendenti:*

- *accompagnamento treni notte e relativi servizi ausiliari;*
- *assistenza a persone con disabilità o mobilità ridotta;*



- ristorazione a bordo treno e relativi servizi ausiliari;
- pulizia a bordo treno, negli impianti e negli uffici e relativi servizi ausiliari (ad es. ferretel, servizi igienici);
- manovra di materiali rotabili svolta negli impianti ferroviari e nei raccordi»;

CONSIDERATO che la norma citata troverebbe applicazione per “le aziende appaltatrici rientranti nel campo di applicazione del presente CCNL” e che l’art. 1 del CCNL in questione stabilisce che *«Il presente CCNL si applica ai dipendenti delle imprese che esercitano le attività per il trasporto di persone e merci su ferrovia ed i servizi connessi (quali, la manutenzione e la riparazione dei rotabili, la manovra, la vendita, ecc.), i servizi complementari e accessori nell’ambito delle attività di trasporto ferroviario, nonché le attività di gestione della rete infrastrutturale ferroviaria, assicurandone il mantenimento in efficienza, la sicurezza e lo sviluppo»;*

RITENUTO, quindi, che l’obbligo in discussione imposto dal CCNL Mobilità si riferisca esclusivamente alle imprese appaltatrici che ricadono nel suo campo di applicazione secondo la definizione del succitato art. 1 del Contratto medesimo e che, pertanto, esso non possa essere esteso alle imprese di servizi (in questo caso di pulizia) le cui attività sociali non ricadano nel trasporto di persone e merci su ferrovia e servizi connessi o nei servizi complementari e accessori sempre nell’ambito del trasporto ferroviario;

RITENUTO che tale interpretazione sembra indirettamente avallata anche dalla disposizione contenuta nell’art. 16, punto 1.1.3 del CCNL in parola, il quale, prevedendo che *«Le aziende appaltanti, al fine di consentire una più efficace tutela dei lavoratori, inseriranno nei contratti di appalto apposite clausole che impegnino le imprese appaltatrici al rispetto di tutte le normative vigenti in materia di sicurezza e igiene del lavoro, conformemente alle disposizioni di legge, nonché all’applicazione del CCNL del settore merceologico di riferimento»*, non impone l’applicazione indiscriminata del CCNL Mobilità, ma più ragionevolmente si mantiene entro il perimetro delle norme generali sugli appalti, che vietano alle Stazioni appaltanti di imporre a priori un determinato CCNL soprattutto se non coerente con l’oggetto dell’affidamento;

RITENUTO che una diversa interpretazione delle norme contrattuali dianzi richiamate creerebbe un insanabile conflitto tra il CCNL in questione e il Codice appalti, nel quale il legislatore ha dovuto necessariamente trovare un compromesso, per ciò stesso inderogabile, tra la duplice esigenza di salvaguardare, da un lato, i diritti dei lavoratori e, dall’altro, il principio costituzionale della libertà di impresa (art. 41 Cost.);

PRECISATO, con specifico riguardo alla clausola sociale, che essa *«va formulata e intesa “in maniera elastica e non rigida, rimettendo all’operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all’assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario” e che solo in questi termini “la clausola sociale è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa secondo la quale l’obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d’impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell’appalto»* (v. Consiglio di Stato, V, 2.11.2020 n. 6761);

CONSIDERATO, secondo il medesimo, consolidato, orientamento giurisprudenziale che l’imposizione di un determinato CCNL non può essere giustificata neppure dall’inserimento negli atti di gara di una clausola sociale, avendo la giurisprudenza da tempo chiarito che la clausola sociale non può essere intesa nel senso di imporre all’aggiudicatario subentrante di applicare un determinato CCNL, per essere, invece, rimessa alla sua libera determinazione la scelta del CCNL, che, pertanto, potrà anche essere diverso da



quello applicato dal precedente contraente, sempreché siano salvaguardati i livelli retributivi dei lavoratori in modo adeguato e congruo (v., *ex multis*, Consiglio di Stato, V, 12.9.2019 n.6148);

RITENUTO, dunque, che non può parlarsi di un obbligo generalizzato d'assunzione automatica ed a tempo indeterminato, ma della necessità dell'imprenditore subentrante di salvaguardare i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo e che la scelta del contratto da applicare, come detto, è rimessa alla libertà imprenditoriale del partecipante e può essere censurata dalla P.A. solo nell'ipotesi in cui il CCNL scelto non risulti "strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto" (art. 30, comma 4°) oppure in caso di non congruità dell'offerta rispetto al costo del lavoro come desumibile dalle Tabelle ministeriali, è evidente che l'obbligo di applicazione del CCNL Mobilità non sussiste neppure sotto il profilo della presunta violazione dei diritti dei lavoratori nell'ipotesi di applicazione, da parte dell'impresa subentrante, di un CCNL diverso (purché coerente con l'oggetto dell'appalto);

RITENUTO, in merito all'eccezione di natura formale sollevata dalla Stazione appaltante, secondo cui la clausola in discussione non sarebbe per sua natura "immediatamente escludente" e che anche se lo fosse stata «era onere dell'impresa impugnare immediatamente detta clausola del bando. Infatti, è consolidato l'orientamento giurisprudenziale per cui le clausole immediatamente escludenti devono essere impugunate senza attendere l'atto applicativo, in quanto esse stesse concretizzano la lesione», che essa risulta sotto entrambi i profili esposti infondata, atteso che, per un verso, la maggiore onerosità complessiva del CCNL Mobilità rispetto al CCNL Multiservizi, precludendo alla società istante la possibilità formulare una offerta oggettivamente competitiva, costituisce il presupposto per considerare siffatta clausola immediatamente escludente (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4) e, per altro verso, l'onere di immediata impugnazione contestato dall'Amministrazione all'istante può ritenersi assolto con la presentazione dell'istanza di precontenzioso (come noto, alternativa all'impugnativa giurisdizionale), tempestivamente giunta prima della conclusione della fase di presentazione delle offerte,

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che la Stazione appaltante non possa imporre all'operatore economico aggiudicatario l'applicazione del CCNL Mobilità/Area contrattuale Attività Ferroviarie né per i lavoratori impiegati nel precedente appalto riassorbiti in ragione della clausola sociale, né per il personale impiegato *ex novo* qualora tale soggetto non rientri nel campo di applicazione di detto CCNL.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 dicembre 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente