



Consiglio di Stato
Sez. V, 11 gennaio 2022 n. 199
SENTENZA

MASSIMA

Secondo il Giudice amministrativo è anomala e viola i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità ex art. 30 dlgs 50/2016 l'offerta che, sebbene economicamente più vantaggiosa, preveda per l'esecuzione della prestazione l'applicazione di un CCNL incoerente con l'oggetto dell'appalto messo a gara.

La corretta applicazione dei contratti collettivi secondo i propri naturali ambiti di applicazione è infatti condizione indefettibile per il corretto funzionamento del mercato del lavoro e per il dispiegarsi di una leale concorrenza tra imprese.

NOTA A SENTENZA

Il fatto. Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale ha confermato la sentenza n. 903/2020 del TAR Lombardia, Sezione Staccata di Brescia che, in accoglimento del ricorso della seconda classificata, aveva annullato l'aggiudicazione a favore della prima classificata della gara indetta dalla Provincia di Brescia per l'affidamento di lavori di manutenzione degli immobili scolastici e dei fabbricati provinciali, da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. **L'illegittimità dell'aggiudicazione è derivata dall'applicazione, da parte della prima classificata, del CCNL Multiservizi in luogo di quello del settore edilizia (in quanto l'appalto in oggetto era qualificabile come appalto di lavori e non di servizi), riuscendo per ciò solo a formulare un'offerta economicamente più conveniente di quelle delle imprese concorrenti.**

Principio di diritto. Il principio di diritto estrapolabile dalla statuizione in esame è diretta applicazione dell'art. 30 co. 4 Codice degli Appalti (d.lgs. 50/2016), ai sensi del quale «*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».

Come già chiarito da Cons. Stato, sez. III, sent n. 1406/2020 la disposizione suddetta esige che vi sia prossimità contenutistica tra prestazioni oggetto dell'appalto e contratto collettivo applicato dall'impresa aggiudicataria al personale destinato ad eseguire tali prestazioni.

Lungi quindi dal rappresentare questione di scarsa importanza, la coerenza tra CCNL e oggetto dell'appalto risulta determinante sotto un duplice aspetto: secondo il Collegio infatti *«la sua ratio risiede nel garantire, mediante la generalizzata applicazione dei contratti collettivi, che il personale impiegato sia adeguatamente tutelato dalle clausole inderogabili ivi previste e percepisca una retribuzione proporzionata rispetto all'attività in concreto svolta»*; in secondo luogo *«attraverso la tutela del personale cui essa è preordinata si intende [...] di riflesso, garantire l'interesse pubblico alla corretta esecuzione delle prestazioni oggetto di appalto».*

Le conclusioni raggiunte sono altresì corroborate dall'art. 97 co. 5 lett. a) e b) c.p.a., ai sensi del quale *«la stazione appaltante [...] esclude l'offerta [...] se ha accertato [...] che l'offerta è anormalmente bassa in quanto: a) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3; b) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 105».*

Una simile ricostruzione non contrasta con l'orientamento consolidato secondo cui la scelta del CCNL applicabile è da ricomprendere nella libertà negoziale delle parti e di organizzazione imprenditoriale: nel caso di specie, l'imposizione da parte della *lex specialis* di gara del CCNL Edile poteva assumere rilevanza limitatamente ai fini della verifica di congruità delle offerte e soltanto in quanto applicazione del criterio di prossimità contenutistica; mentre non avrebbe potuto valere ad imporre ai concorrenti l'applicazione di un determinato contratto collettivo (ciò non toglie che la violazione di parametri fissati dalla *lex specialis* di gara *«costituisce di per sé indice di macroscopica irragionevolezza e manifesta illogicità del giudizio di congruità formulato dalla stazione appaltante, disvelando la globale e complessiva inattendibilità dell'offerta».*

La decisione qui esaminata fa seguito a precedenti statuizioni sul punto: vedasi ad esempio Cons. Stato, sez. V, n. 2829/2020 secondo cui *«la corretta applicazione dei contratti collettivi secondo i propri naturali ambiti di applicazione è infatti condizione indefettibile per il corretto funzionamento del mercato del lavoro e per il dispiegarsi di una leale concorrenza tra imprese»*; e la già citata sentenza n. 1406/2020, in cui si legge che la contrattazione collettiva costituisce *«fonte di garanzia per la salvaguardia dei diritti fondamentali dei lavoratori elevata dalla disposizione di cui all'articolo 30 comma 4 del d. lgs 50/2016 a limite cogente ed invalicabile sia nei confronti gli stessi operatori economici, come misura di conformazione della libera organizzazione di impresa sia per la stazione appaltante come parametro vincolante di orientamento per l'esercizio della discrezionalità tecnica nello*

scrutinio delle offerte presentate». Soprattutto, il medesimo principio di diritto è già rinvenibile in Cons. Stato Sez. III, n. 2168/2021: in tale sede il giudice amministrativo ha affermato che la libertà imprenditoriale «non è [...] 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».

Il Giudice ha respinto l'appello incidentale sulla base del principio di tassatività delle cause di esclusione, che «non consente l'aggiunta di ulteriori fattispecie in aggiunta a quelle di legge a carico degli operatori economici partecipanti alle procedure di affidamento di contratti pubblici»; né il capitolato speciale stesso sanzionava con l'esclusione l'omesso rispetto della prescrizione relativa al CCNL da applicare.

www.consulentilocali.it



TESTO DELLA SENTENZA

**Publicato il 11/01/2022
N. 00199/2022REG.PROV.COLL.**

N. 00176/2021 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 176 del 2021, proposto da CN Costruzioni Generali s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giacomo Sgobba, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;
contro

*Multi Manutenzione s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberta Bertolani, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Stefania Contaldi in Roma, via P. da Palestrina, n. 63;
R.T.I.- Ma. Mi. S.r.l. Impresa Sociale, R.T.I. Gruppo Millepiani s.p.a., non costituite in giudizio;
nei confronti*

*Provincia di Brescia, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gisella Donati, Magda Poli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;
Provincia di Brescia - Settore Stazione Appaltante - Centrale Unica di Committenza di Area Vasta, non costituita in giudizio;
per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - sezione staccata di Brescia, sez. II, 21 dicembre 2020, n. 903, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Brescia e di Multi Manutenzione S.r.l.;

Visto l'appello incidentale di Multi Manutenzione S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 luglio 2021, tenuta in collegamento da remoto, il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti, sempre in collegamento da remoto, gli avvocati Sgobba e Poli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società CN Costruzioni Generali s.p.a. (di seguito "CN") appella la sentenza del Tribunale amministrativo per la Lombardia, Sezione Staccata di Brescia, II, 21 dicembre 2020, n. 903 che, in accoglimento del ricorso della seconda classificata Multi Manutenzione s.r.l., ha annullato l'aggiudicazione in proprio favore (giusta determinazione dirigenziale n. 615 del 27 maggio 2020) della gara aperta indetta dalla Provincia di Brescia per l'affidamento dei "lavori di manutenzione degli immobili scolastici e dei fabbricati provinciali periodo 2019- 2022 mediante accordo quadro con un unico fornitore", del valore stimato di € 18.000.000,00, da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. In particolare, la sentenza appellata ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione in quanto CN avrebbe applicato al contratto in questione (qualificabile come appalto di lavori e non di servizi) il CCNL Multiservizi, in luogo di quello del settore edilizia, riuscendo in tal modo a formulare un'offerta di molto più conveniente di quelle delle altre partecipanti, in spregio al principio della par condicio competitorum. Il tribunale - disattese le doglianze di cui al primo motivo di ricorso (con cui lamentando "Violazione degli artt. 30, co. 3 e 4, 97, 83, 59, 94, 95, 100 e 105, co. 9, del d.lgs. n. 50/2016. Violazione degli artt. 8 e 52 del Capitolato speciale. Eccesso di potere per violazione della circolare del Ministero del lavoro n. 10565/2015. Violazione dei principi di parità di trattamento e libera concorrenza. Travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà. Violazione del principio dell'autovincolo" - si sosteneva che l'aggiudicataria dovesse essere esclusa per aver violato una prescrizione della legge di gara), ha invece accolto il secondo motivo (con cui si censurava "Violazione degli artt. 95, 97 e 30, co.1, 3 e 4, d.lgs. 50/2016. Difetto di istruttoria e di motivazione. Travisamento dei presupposti di fatto e di diritto. Violazione dei principi di parità di trattamento e libera concorrenza"), ritenendo che fosse integrata la violazione dell'art. 52 del Capitolato,

nonché degli artt. 30, comma 4, e 105, comma 9 del Codice dei contratti pubblici che vincola l'operatore economico ad applicare ed osservare integralmente il contratto collettivo in vigore per il settore oggetto dell'affidamento. Invero, ad avviso del tribunale, la scelta della legge di gara di applicare quel determinato contratto era logica e ragionevole in considerazione della sua coerenza all'oggetto dell'appalto, consistente per larga parte in opere edili; e se anche la lex specialis di gara avesse fatto riferimento in termini più ampi solo al settore di attività (e non testualmente, come avvenuto, ad un particolare CCNL), sarebbe stato comunque necessario (per l'ammissibilità dell'offerta) applicare CCNL coerenti con l'attività oggetto di appalto. Nel caso di specie era invece accaduto che la stessa amministrazione si fosse autovincolata nel prescrivere l'applicazione di un determinato contratto e che poi non avesse neanche compiuto un'adeguata istruttoria per verificare la coerenza in concreto di quello applicato all'oggetto del contratto. La sentenza ha dunque annullato l'aggiudicazione in favore di CN e dichiarato l'inefficacia del contratto stipulato medio tempore.

3. L'appello è affidato ai seguenti motivi: "1. Error in procedendo per violazione degli art. 35, lett. b), e 134 c.p.a. Carezza istruttoria, ingiustizia e illogicità manifesta. Violazione della discrezionalità amministrativa della stazione appaltante. Violazione del principio di insindacabilità del merito amministrativo. 2. Error in iudicando per violazione ed erronea applicazione degli artt. 41 d.lgs. 104/2006; 30, comma 4, 68 e 105, comma 9, d.lgs. n. 50/2016; art. 1 e 52 del C.S.A.; 1 e 10 del CCNL Multiservizi; Erronea e perplessa motivazione dell'appellata sentenza- Carezza istruttoria- Ingiustizia manifesta- Contraddittorietà- Disparità di trattamento- Travisamento dei fatti ed atti di causa- Violazione del principio del legittimo affidamento- Violazione del principio di insindacabilità del merito amministrativo- Violazione della discrezionalità tecnica della Commissione nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Violazione del principio costituzionale di separazione dei poteri."

3.1. Si è costituita in resistenza Multi Manutenzione, la quale ha a sua volta spiegato appello incidentale criticando il rigetto del primo motivo di ricorso; ha riproposto altresì ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm. le censure assorbite e non esaminate dalla sentenza, ribadendo che l'offerta dell'aggiudicataria, non rispettosa delle regole di gara, sarebbe condizionata e inammissibile e perciò meritevole di esclusione per mancanza delle condizioni essenziali per la sua formulazione.

3.2. Si è costituita altresì in senso adesivo all'appello, chiedendone l'accoglimento, la Provincia di Brescia.

3.3. Con ordinanza n. 827 del 19 febbraio 2021 il Collegio ha accolto l'istanza cautelare, ritenendo che "il contratto oggetto del controverso affidamento risulta stipulato ed in fase esecutiva, sicché il bilanciamento dei confliggenti interessi milita per la conservazione, nelle more della definizione nel merito della controversia, dell'attuale assetto negoziale, giustificando l'interinale inibitoria della efficacia esecutiva della decisione impugnata".

3.4. All'udienza del 1 luglio 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

4. Va con priorità esaminato l'appello incidentale che, ad avviso del Collegio, è ammissibile, ma infondato.

Come sopra esposto vi si lamenta, infatti, che la sentenza sarebbe erronea e meritevole di riforma per non aver ravvisato l'addotta causa di esclusione e per aver ritenuto che la questione relativa al contratto collettivo di lavoro applicato non fosse contemplata tra i requisiti di selezione (ciò risultando invece smentito dal sub criterio di valutazione "Organizzazione delle risorse umane operative", nell'ambito del quale l'aggiudicataria ha infatti dichiarato di voler eseguire la prestazione avvalendosi di personale inquadrato nel CCNL Multiservizi). Alla dichiarata applicazione del CCNL Multiservizi a tutto il personale impiegato nell'appalto (ivi comprese le figure affini dell'edilizia) doveva conseguire l'esclusione dell'aggiudicataria dalla procedura per avere violato una prescrizione essenziale della legge di gara (nello specifico, l'art. 52 del Capitolato Speciale d'Appalto, che imponeva l'applicazione del CCNL Edile).

4.1. *Le conclusioni raggiunte dal tribunale, sull'infondatezza delle argomentazioni poste a fondamento del primo motivo del ricorso introduttivo del giudizio, non meritano censura.*

4.2. *La sentenza ha correttamente rilevato che, per un verso, vi osta il principio di tassatività delle cause di esclusione, che non consente l'addizione di ulteriori fattispecie in aggiunta a quelle di legge a carico degli operatori economici partecipanti alle procedure di affidamento di contratti pubblici (Cons. Stato, III, 7 luglio 2017, n. 3352; id., sez. V, 23 agosto 2019, n. 5828); per altro verso, che la prescrizione recata dal capitolato speciale non era assistita dalla sanzione dell'esclusione nei confronti dell'operatore che ne avesse pretermesso il rispetto, rilevando piuttosto come indice di affidabilità e coerenza dell'offerta rispetto all'oggetto dell'appalto. Pertanto, l'imposizione ai concorrenti, a pena di esclusione dalla procedura evidenziale, di un determinato contratto collettivo in luogo di un altro avrebbe dovuto, se sussistente, essere considerata tamquam non esset.*

4.3. *Infatti la scelta del contratto collettivo da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti con il limite di legge della "coerenza" del contratto collettivo scelto rispetto all'oggetto dell'appalto (di cui all'art. 30 d.lgs. 50/2016 che al comma 4 richiede che il contratto da applicarsi sia connesso e compatibile con l'oggetto dell'appalto).*

4.4. *L'appello incidentale va, pertanto, respinto.*

5. *Quanto all'appello principale i motivi dedotti possono essere così sinteticamente illustrati.*

5.1. *Con il primo motivo l'appellante assume che la sentenza sarebbe erronea per non aver dichiarato l'inammissibilità del ricorso di primo grado quanto alle censure inerenti al giudizio di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria; la sentenza non si sarebbe invero conformata ai consolidati principi giurisprudenziali, secondo cui, per un verso, il giudizio di anomalia dell'offerta costituisce espressione di un tipico potere discrezionale e il relativo accertamento valutativo ha natura globale e sintetica, sindacabile perciò in sede giurisdizionale solo nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità e irragionevolezza dell'operato della stazione appaltante, non ricorrenti nel caso in esame; mentre, per altro verso, il giudice amministrativo non può procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta, né può sostituire il suo giudizio a quello della commissione di gara.*

5.2. *Con il secondo motivo l'appellante ha lamentato che la sentenza impugnata, pur avendo giustamente respinto il primo motivo del ricorso di Multi Manutenzione (ammettendo che l'art. 52 del Capitolato Speciale di Appalto non imponesse l'applicazione del CCNL Edile a pena di esclusione e che una contraria interpretazione si sarebbe posta in aperta violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione), ha nondimeno irragionevolmente e contraddittoriamente statuito che tale disposizione rileverebbe comunque come "indice di affidabilità e coerenza dell'offerta rispetto all'oggetto dell'appalto", affermando per quest'altra via l'illegittimità del giudizio di anomalia dell'offerta di CN per non avere la Provincia verificato, anche in forza degli artt. 30, comma 4, e 105, comma 9 del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50, l'incoerenza del CCNL Multiservizi rispetto all'oggetto dell'appalto: ciò in contrasto con l'art. 30 del d.lgs. 50 del 2016 e con la giurisprudenza in materia, nonché con il principio di libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., un determinato contratto collettivo non potendo essere imposto dalla lex specialis alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione, né la mancata applicazione potendo essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione (Cons. Stato, 13 luglio 2020, n. 4515). Pertanto giammai un'offerta che contenesse il riferimento ad un contratto collettivo diversa da quello (pur inammissibilmente) indicato nella lex specialis, potrebbe per ciò solo essere esclusa dalla gara: stante quindi la (necessaria) natura non escludente della clausola di cui all'art. 52 del CSA, la sentenza avrebbe dovuto limitarsi a statuire l'obbligo di verifica da parte della stazione appaltante circa la coerenza tra il contratto che l'aggiudicataria ha annunciato nella propria offerta di voler applicare e l'oggetto dell'appalto (tanto più che l'appalto in parola non comporta la realizzazione di grandi opere edilizie, ma di meri interventi di manutenzione).*

In relazione a quest'ultimo profilo l'appello ha sottolineato (richiamando anche le argomentazioni di cui alla determinazione AVCP n. 7 del 28 aprile 2015) che la conduzione di impianti e di interventi di manutenzione, che non determinino una modificazione della realtà fisica (c.d. quid novi), sono da ascrivere alla sfera dei servizi: tali sarebbero gli interventi oggetto dell'appalto di cui si tratta, concernenti la manutenzione degli immobili scolastici; né a diverse conclusioni potrebbe condurre il riferimento al "prezziario regionale opere pubbliche", dovendo tale dato combinarsi con le ulteriori previsioni del bando e del disciplinare che contemplava esclusivamente interventi di manutenzione ordinaria, con conseguente coerenza del CCNL Multiservizi con le prestazioni appaltate, come prescritto dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016 e correttamente verificato dalla Provincia.

La sentenza avrebbe perciò inopinatamente confuso il requisito della coerenza di cui all'art. 30 d.lgs. n. 50/2016 con il principio di equivalenza ex art. 68 dello stesso Codice dei contratti pubblici, oltre a dare così seguito ad una doglianza (concernente l'omessa prova circa l'equipollenza tra le qualifiche e le prestazioni del personale di CN e le prestazioni appaltate) inammissibile e tardiva siccome formulata per la prima volta in sede di memorie conclusionale e ampliativa del thema decidendum. Erronea sarebbe quindi l'interpretazione dei richiamati principi giurisprudenziali (di cui a Cons. Stato, V, 10 dicembre 2020, n. 7909) fornita dal primo giudice, il quale avrebbe poi anche omesso di considerare i giustificativi prodotti dalla ditta CN e posti dalla stazione appaltante a base del proprio convincimento circa la coerenza tra l'ambito operativo del CCNL applicato dall'aggiudicataria in offerta e l'oggetto dell'appalto. La sentenza non avrebbe neppure tenuto conto delle risultanze della perizia tecnica giurata di parte redatta da un consulente del lavoro, che esclude la pretesa erronea applicazione del CCNL Multiservizi all'appalto de quo, in quanto le prestazioni oggetto dell'appalto, consistenti in opere di manutenzione ordinaria, possono essere espletate da personale inquadrato correttamente secondo la classificazione, per tipologia di categoria e mansioni, del CCNL Multiservizi, tanto più che quest'ultimo risulterebbe applicato anche nell'ambito di altre analoghe commesse svolte dalla stessa appellante, pure relative ad attività di manutenzione, e addirittura nel precedente accordo quadro per gli stessi interventi per il biennio 2017-2019, stipulato con la Provincia di Brescia, affidato alla stessa appellante (ingenerando così un legittimo affidamento sul punto).

L'appellante aggiunge inoltre di aver dichiarato in gara il possesso, direttamente e tramite subappalto, dei requisiti di qualificazione per le categorie prescritte dalla lex specialis, producendo all'uopo l'attestazione SOA per la categoria prevalente OG1- classifica VIII, e per le categorie OG11- classifica VII, OS 6 III bis, OS 19 I.

5.3. In definitiva, secondo l'appellante, il Tribunale, accogliendo il secondo motivo di ricorso, avrebbe travalicato i limiti del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, sostituendo la propria valutazione (di non coerenza del CCNL in concreto impiegato rispetto all'oggetto dell'appalto) a quello della stazione appaltante, così impedendo l'aggiudicazione della gara all'offerta economicamente più vantaggiosa, quale è in effetti quella dell'odierna appellante (grazie a un ribasso del 53,728%).

6. Anche tali censure non sono suscettibili di positivo apprezzamento, non meritando la sentenza le critiche che le sono state così rivolte.

7. L'art. 30, comma 4, del D.Lgs. 50/2016 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".

7.1. La noma intende così ragionevolmente riferirsi al contratto che meglio regola le prestazioni cui si riconnette la commessa e che dovranno essere rese dalla categoria dei lavori impiegati dell'appalto, ad esse riferendosi secondo un criterio di prossimità contenutistica (in tal senso Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2020, n. 1406).

La sua ratio risiede nel garantire, mediante la generalizzata applicazione dei contratti collettivi, che il personale impiegato sia adeguatamente tutelato dalle clausole inderogabili ivi previste e percepisca una retribuzione proporzionata rispetto all'attività in concreto svolta: attraverso la tutela del personale cui essa è preordinata si intende inoltre, di riflesso, garantire l'interesse pubblico alla corretta esecuzione delle prestazioni oggetto di appalto.

Nello stesso senso l'art. 105, comma 9, del Codice dei contratti ribadisce che "L'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni".

7.2. Nella procedura de qua il bando di gara qualificava l'appalto in questione come un appalto di lavori precisando, nel Capitolato Speciale di Appalto ("CSA"), che "Si esplicheranno nell'esecuzione, anche in condizioni di somma urgenza, di lavori di manutenzione di qualsiasi tipo...", e al successivo comma 7 che "Gli interventi potranno interessare qualsiasi tipologia di lavoro presente nell'elenco prezzi unitari ..." costituito dal Prezzario Regionale delle Opere pubbliche 2019, parte integrante del contratto ai sensi dell'art. 7 comma 1.

Non è ragionevolmente revocabile in dubbio che oggetto del contratto fossero interventi edilizi, tanto di manutenzione ordinaria che straordinaria, così che, ai fini dell'indicazione del costo delle manodopera, erano prese a riferimento le tabelle del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali pubblicate in data 3 aprile 2017 con D.D n. 23/2017 per le opere edili.

Il disciplinare di gara (nella sua versione rettificata) individuava quale categoria prevalente la OG1, classe VI, relativa agli Edifici Civili ed Industriali e, segnatamente, gli interventi di costruzione, la manutenzione o la ristrutturazione e, quali categorie scorporabili, un articolato sistema di qualificazione comprendente OG2, OG3, OS 8, OS 7, OS 6, tale da connotare circa il 78% del valore complessivo dell'appalto come riconducibile ad interventi di natura strettamente edilizia.

7.3. Coerentemente con l'oggetto del contratto e con il sistema di qualificazione l'art. 52 del Capitolato Speciale d'Appalto stabiliva che le imprese avrebbero dovuto formulare la propria offerta tenendo conto che "l'appaltatore si obbliga ad applicare integralmente il contratto nazionale di lavoro per gli operai dipendenti dalle aziende industriali edili e affini e gli accordi locali e aziendali integrativi dello stesso, in vigore per il tempo e nella località in cui si svolgono i lavori", con la precisazione che "i suddetti obblighi vincolano l'appaltatore anche se non è aderente alle associazioni stipulanti o receda da esse e indipendentemente dalla natura industriale o artigiana, dalla struttura o dalle dimensioni dell'impresa stessa e da ogni altra sua qualificazione giuridica".

Non è al riguardo dubitabile pertanto che il capitolato di gara facesse riferimento al contratto di lavoro del settore edilizia, dovendo perciò escludersi che la richiamata previsione (costituente peraltro diretta applicazione della necessaria coerenza del contratto collettivo di lavoro prescelto allo specifico settore oggetto di appalto) fosse meramente indicativa o irrilevante, avendo al contrario lo scopo di garantire la partecipazione alla gara di imprese operanti nel settore e la puntuale esecuzione delle prestazioni affidate.

Tale disposizione vincolava i concorrenti e la stessa amministrazione appaltante (quest'ultima secondo il principio generale del c.d. autovincolo: cfr. ex multis, Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2020, n. 524; id., sez. V, 10 ottobre 2017, n. 4683; id., sez. VI, 20 settembre 2013, n. 4676), senza poter tuttavia in alcun modo essere interpretata nel senso di imporre, a pena di automatica esclusione dalla gara, l'applicazione di un determinato contratto collettivo.

7.4. Così ricostruita la complessiva disciplina di gara, correttamente - e senza incorrere nelle denunciate illogicità e contraddittorietà motivazionali - l'appellata sentenza ha respinto il primo motivo dell'originario ricorso (riproposto con l'appello incidentale) e accolto invece il secondo, sull'assunto centrale secondo cui rileva (nell'ambito di valutazione di congruità dell'offerta) la corretta applicazione dei contratti collettivi secondo i relativi naturali ambiti di applicazione.

7.5. Certamente l'offerta dell'appellante è astrattamente più conveniente per l'amministrazione a causa del maggior ribasso proposto; ma ciò risulta non decisivo se il contratto collettivo applicato non è coerente e strettamente connesso all'oggetto dell'appalto, in violazione dei principi di derivazione eurounitaria di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità (cfr. art. 4 del Codice dei contratti pubblici).

Posto che l'oggetto della gara concerneva, come si è in precedenza accennato, interventi edilizi di manutenzione, non poteva ritenersi applicabile il CCNL Multiservizi, indicato dall'aggiudicataria, che concerne la gestione integrata di servizi e ha valenza operativa residuale per i settori non regolamentati da altro contratto e che non è coerente con l'oggetto delle prestazioni richieste (come è emerso in sede di verifica di congruità dell'offerta).

7.6. Correttamente pertanto il primo giudice ha accolto le doglianze con cui si lamentava che fosse stata valutata come ammissibile, coerente con l'oggetto del contratto e non anomala l'offerta economica dell'aggiudicataria, sebbene essa avesse dichiarato di applicare per l'esecuzione dei lavori il CCNL Multiservizi a tutto il proprio personale, anche in violazione dell'art. 52 del CSA, nonché dell'art. 30, co. 4 del d.lgs. n. 50/2016.

Non è qui in dubbio che l'applicazione di un determinato contratto collettivo rientri nella libertà negoziale delle parti come costantemente affermato dalla giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. Cons. Stato Sez. V, 6 agosto 2019, n. 5575), di modo che la legge di gara non poteva certamente vincolare i concorrenti all'applicazione di un determinato contratto collettivo in luogo di un altro: ciò non toglie tuttavia che i concorrenti, ai fini della verifica di congruità dell'offerta, siano tenuti a rispettare i parametri a cui le regole di gara hanno inteso ancorare tale verifica e, tra questi, in forza di previsione di legge (nonché, per quanto concerne la gara in esame, del capitolato speciale d'appalto), la coerenza del contratto nazionale di categoria applicato con l'oggetto dell'appalto messo a gara, concernente nel caso di specie l'esecuzione di "tutte le opere e provviste occorrenti per la manutenzione, finalizzata anche alla messa in sicurezza e conservazione, riparazione degli immobili scolastici e uffici provinciali di proprietà o gestiti dalla Provincia di Brescia..." (cfr. art. 1 del capitolato speciale) ed interventi che "potranno interessare qualsiasi tipologia di lavoro presente nell'elenco prezzi unitari" (art. 1.7 del Capitolato speciale d'appalto).

7.7. La circostanza che si tratterebbe di opere "ripetitive" e "di lavori edili di non particolare complessità e articolazione progettuale" e " tali da comportare significative interferenze tra i componenti edilizi, strutturali e impiantistici" non esimeva l'impresa concorrente dalla necessaria applicazione del contratto collettivo strettamente connesso e coerente con l'oggetto e la natura dell'appalto, né la Provincia dalla concreta verifica di tale effettiva coerenza, in base alle norme di legge e della *lex specialis*, cui pure l'amministrazione si era autovincolata.

Né rileva in senso opposto che CN abbia già in passato stipulato contratti aventi oggetto simile applicando lo stesso contratto collettivo impiegato nel caso di specie. Non vale inoltre neppure il richiamo ai contratti applicativi e il declassamento degli interventi in tale ambito eseguito a mera manutenzione ordinaria, tanto più che detti contratti sono rappresentativi di una percentuale esigua rispetto al totale del valore complessivo dell'appalto (inferiore al 2% di 18 milioni di euro) e non di tutto l'oggetto contrattuale.

7.7.1. Peraltro l'irragionevolezza del giudizio di congruità dell'offerta aggiudicataria (calibrata su un contratto collettivo non coerente col settore di attività e l'oggetto dell'appalto) non può essere esclusa dal solo fatto che la qualificazione della complessiva organizzazione d'impresa e del personale sarebbe garantita dall'attestazione SOA richiesta alle offerenti che l'odierna appellante ha attestato di possedere nella domanda di partecipazione.

Si tratta invero di profili differenti e non sovrapponibili: l'uno (concernente la titolarità dell'attestazione SOA), scaturente dalla valutazione complessiva degli elementi dell'organizzazione aziendale, attiene al possesso da parte dell'impresa dei requisiti di carattere tecnico e organizzativo necessari a qualificarla

all'esecuzione del contratto, la cui assenza, se prevista dalla legge di gara, ne comporta necessariamente l'esclusione dalla procedura; l'altro (relativo alla prescrizione della lex specialis di gara riproduttiva di una norma di legge) che impone l'integrale applicazione da parte dell'appaltatore "nell'esecuzione dei lavori che formano oggetto del presente appalto" di un determinato contratto nazionale di lavoro, al fine di valutare la congruità dell'offerta, specie con riferimento al calcolo del costo del lavoro a tutela del personale impiegato e dell'interesse generale alla corretta esecuzione della commessa.

7.8. Come ben osservato dal primo giudice, è solo nel caso in cui la previsione della lex specialis non faccia testualmente riferimento ad un particolare CCNL, bensì, in termini più ampi, al "settore" di riferimento, che possono ritenersi ammissibili delle offerte che abbiano fatto applicazione di altri CCNL, purché sempre coerenti con l'attività oggetto dell'appalto da affidare (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 dicembre 2020 n. 7909); al contrario, nel silenzio della legge di gara, rimane pur sempre predicabile il vincolo cogente di coerenza tra CCNL applicato ed oggetto dell'appalto direttamente posto nel precetto mutuabile dall'articolo 30 comma 4 del D.lgs. n. 50 del 2016 (Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2020, n. 1406; idem sez. V, 1 marzo 2017, n. 932). La corretta applicazione dei contratti collettivi secondo i propri naturali ambiti di applicazione è infatti condizione indefettibile per il corretto funzionamento del mercato del lavoro e per il dispiegarsi di una leale concorrenza tra imprese (Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2020, n. 2829), in quanto finalizzata a garantire sia che il personale impiegato venga adeguatamente tutelato per la parte giuridica e percepisca una retribuzione proporzionata all'attività in concreto svolta, sia che le prestazioni oggetto della commessa siano correttamente eseguite attraverso una vincolante connessione funzionale delle stesse con i profili professionali più appropriati (Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2020, n.1406).

7.9. Di tali principi ha fatto buon governo la sentenza appellata.

Invero, allorquando il contratto collettivo di lavoro diverge insanabilmente, per coerenza e adeguatezza, da quanto richiesto dalla stazione appaltante tale circostanza è idonea di per sé a determinare una ipotesi di anomalia (Cons. Stato Sez. III, 15 marzo 2021, n. 2168) come peraltro previsto dall'art. 97 co. 5 lett. a) e b) del Codice dei contratti pubblici ai sensi del quale, difatti, "La stazione appaltante ... esclude l'offerta ... se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto: a) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3; b) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 105".

Inoltre, la violazione dei parametri enunciati dalla stessa lex specialis di gara costituisce di per sé indice di macroscopica irragionevolezza e manifesta illogicità del giudizio di congruità formulato dalla stazione appaltante, disvelando la globale e complessiva inattendibilità dell'offerta. L'accertamento dei su indicati vizi da parte della sentenza impugnata non travalica i limiti del sindacato giurisdizionale né comporta la sostituzione all'amministrazione in valutazioni discrezionali a quest'ultima riservate.

8. In conclusione, entrambi gli appelli, principale e incidentale, vanno respinti, a ciò conseguendo la conferma della sentenza di primo grado.

Le spese possono essere compensate in ragione della reciproca soccombenza e della peculiarità delle questioni decise.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, principale ed incidentale, come in epigrafe proposti, li respinge entrambi e conferma la sentenza di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 luglio 2021, tenuta con le modalità previste dagli artt. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, come modificato dall'art. 6, comma 1, lett. e), del d.l. 1 aprile 2021, n. 44, convertito dalla legge 28 maggio 2021, n. 76, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE

Angela Rotondano

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO

www.consulentilocali.it

