



DELIBERA N. 392

30 luglio 2024.

Oggetto

Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 presentata dal Comune di Pitigliano e dalla Cooperativa sociale Gialla - Procedura aperta per l'affidamento della gestione dell'asilo nido del Comune di Pitigliano – Importo a base di gara: euro 777.555,95 – CIG: B087B75310 - S.A.: Comune di Pitigliano

UPREC/PRE/0180/2024/S/PREC

Riferimenti normativi

Art. 11 d.lgs. 36/2023

Parole chiave

CCNL – Equivalenza economica - Verifica

Massima

Appalto pubblico – In genere – CCNL – Indicazione nel bando di gara – Operatore economico - Utilizzo di un diverso CCNL – Equivalenza economica – Verifica – Retribuzione globale annua – Necessità

La verifica dell'equivalenza delle tutele economiche richiede che sia accertato che l'aggiudicatario, pur applicando un CCNL diverso da quello indicato dalla Stazione appaltante nel bando di gara, garantisca al personale impiegato nell'appalto la medesima retribuzione globale annua prevista dal CCNL indicato nel bando.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 30 luglio 2024



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 66600 del 13 giugno 2024, con cui il Comune di Pitigliano e la Cooperativa Sociale Gialla hanno chiesto all'Autorità di esprimere un parere in merito al procedimento di verifica dell'equivalenza delle tutele economiche; le parti, in particolare, domandano se la Stazione appaltante possa richiedere l'applicazione del CCNL indicato nel bando (nella specie Cooperative Sociali) qualora dal raffronto non riscontri che quello applicato dall'operatore economico (nella specie Aninsei) garantisca lo stesso livello retributivo complessivo annuale;

VISTO il contesto nel quale è insorta la necessità di acquisire il suddetto parere. La cooperativa sociale Gialla, in sede di gara, ha presentato la dichiarazione di equivalenza delle tutele tra il CCNL cooperative sociali, indicato dalla stazione appaltante nel bando di gara, e il CCNL ANINSEI, utilizzato dalla cooperativa, sia per quanto riguarda le tutele economiche che per quelle normative. La Stazione appaltante, considerato che i contratti collettivi oggetto di raffronto prevedono una disciplina sostanzialmente equivalente in materia di ferie, ha richiesto all'impresa di precisare che l'equivalenza dei 2 contratti sotto il profilo retributivo comporterà, in relazione al profilo D2, l'applicazione del (più elevato) trattamento economico previsto dal CCNL Cooperative sociali. La Cooperativa ha dichiarato che il CCNL indicato dalla Stazione appaltante e quello utilizzato dalla Cooperativa sono equivalenti *ex lege*, essendo stati sottoscritti entrambi dalle medesime organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative (CGIL – CISL -UIL), senza bisogno alcuno di comparazioni, e che, ai fini della verifica dell'equivalenza delle tutele economiche, la Stazione Appaltante non possa richiedere l'applicazione del trattamento economico previsto dal CCNL Cooperative sociali per il 2024 e relativi adeguamenti futuri poiché ciò eluderebbe il divieto di imporre all'OE l'applicazione di un CCNL e ridurrebbe la valutazione di equivalenza ad una mera verifica di identità della retribuzione del CCNL applicato dall'OE con quella del CCNL indicato dalla SA;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 68758 del 18 giugno 2024;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 71299 del 24 giugno 2024, con cui la Cooperativa sociale Gialla ha rappresentato che Il CCNL Aninsei, oltre ad essere contratto "leader", sottoscritto dalle OO.SS. maggiormente rappresentative e contratto nazionale di riferimento per i servizi educativi e scolastici applicato dal maggior numero di operatori economici di settore presenti sul territorio nazionale, prevede tutele di gran lunga di maggior favore rispetto al CCNL Cooperative Sociali indicato dal Comune di Pitigliano nella legge di gara; insiste, poi, per l'impossibilità di ridurre la valutazione di equivalenza delle tutele tra due CCNL alla verifica della identità degli indici contrattuali e, quindi, per l'inammissibilità della richiesta della Stazione appaltante di applicare un certo CCNL. La Cooperativa ha, quindi, chiesto che l'Autorità si pronunci nel senso che: 1) I contratti sottoscritti dalle OOSS maggiormente rappresentative sono equivalenti *ex lege*; 2) Il CCNL Aninsei prevede tutele di maggior favore rispetto a quelle previste dal CCNL Cooperative Sociali; 3) La valutazione di equivalenza delle tutele tra due CCNL, nell'ambito della verifica *ex art. 110 D. L.vo 36/2023*, non può ridursi alla verifica della identità degli indici contrattuali; 4) Ai fini della verifica della equivalenza le SSAA non possono imporre all'operatore economico l'applicazione di un CCNL; 5) Nello specifico ritenere che il CCNL Aninsei è equivalente al CCNL Cooperative Sociali senza necessità di armonizzazione alcuna;

CONSIDERATO che la questione sollevata dalle parti richiede di svolgere talune brevi osservazioni di carattere generale sul disposto normativo di cui all'art. 11 del d.lgs. 36/2023;



VISTO l'art. 11, commi 1, 2, 3 e 4 del d.lgs. 36/2023, che così recita: *"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 quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente. 2. Nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, in conformità al comma 1. 3. Gli operatori economici possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente. 4. Nei casi di cui al comma 3, prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele. In quest'ultimo caso, la dichiarazione è anche verificata con le modalità di cui all'articolo 110"*;

CONSIDERATO che le suddette disposizioni mirano a rafforzare la tutela dei lavoratori impiegati nell'appalto. Si osserva, infatti, che, mentre il comma 1 dell'art. 11 si pone in sostanziale continuità con il previgente art. 30, comma 4, del d.lgs. 50/2016, secondo il 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"*, il secondo comma dell'art. 11, obbligando le Stazioni appaltanti ad indicare già nel bando di gara il CCNL applicabile, e il successivo comma 3, nella parte in cui onera il concorrente di indicare nell'offerta il CCNL applicato, costituiscono elementi di forte novità rispetto al previgente impianto codicistico e alla giurisprudenza in tema. Sul primo versante, si ricorda, infatti, che costituiva principio pressoché unanime in giurisprudenza quello che vietava alla stazione appaltante di imporre agli operatori economici l'applicazione di un determinato CCNL per la partecipazione alla gara (Consiglio di Stato, sez. III, 22 luglio 2022, n. 6439; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 9 novembre 2022, n.1965; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 13 gennaio 2017, n. 45), essendo riconosciuta la libertà organizzativa imprenditoriale, con il solo limite della coerenza del CCNL con l'oggetto dell'appalto. Sotto il secondo profilo, invece, si deve dare atto che, nel previgente Codice, eventuali questioni relative alla scelta del CCNL applicato dall'operatore potevano emergere esclusivamente nella fase di verifica dell'anomalia dell'offerta, allorché l'operatore fosse stato chiamato a giustificare i costi della manodopera indicati in sede di offerta in misura inferiore rispetto ai parametri delle Tabelle ministeriali. Non era, infatti, previsto alcun onere dichiarativo in fase di gara da parte dei concorrenti. La formulazione dell'art. 11, commi 2, 3 e 4, segna, dunque, un cambiamento radicale nell'approccio alla tematica della tutela del lavoro: l'impegno a rispettare, in fase esecutiva, il complesso delle condizioni contrattuali minime, di ordine economico e normativo, stabilite dal CCNL indicato dalla Stazione appaltante nel bando di gara assurge a requisito necessario dell'offerta (sul punto si veda l'art. 57 del Codice), di cui, pertanto, il singolo operatore economico dovrà tenere conto già nella fase di redazione della propria proposta contrattuale e che la Stazione appaltante sarà tenuta a verificare sempre – nei casi di indicazione di un diverso CCNL - prima dell'aggiudicazione;

CONSIDERATO che, nella Relazione illustrativa al nuovo Codice, il Consiglio di Stato ha chiarito che la *ratio* dell'art. 11, commi 1 e 2, è quella di evitare che, quando vi siano più contratti collettivi conformi e con



ambiti di applicazione compatibili con l'attività oggetto dell'appalto, l'operatore economico finisca con l'optare per un CCNL che non garantisce al lavoratore le migliori tutele sotto il profilo normativo ed economico. La previsione, secondo il Consiglio di Stato, *"non pare in contrasto con l'art. 39 Cost. in quanto non è diretta a estendere ex lege ed erga omnes l'efficacia del contratto collettivo, ma si limita a indicare le condizioni contrattuali che l'aggiudicatario deve applicare al personale impiegato, qualora, sulla base di una propria e autonoma scelta imprenditoriale, intenda conseguire l'appalto pubblico, restando libero di applicare condizioni contrattuali diverse nello svolgimento dell'attività imprenditoriale diversa; e restando libero di accettare o non la clausola dell'appalto pubblico oggetto dell'aggiudicazione (accettando, quindi, anche l'esclusione dalla procedura). I medesimi argomenti possono essere utilizzati per affermare la compatibilità anche rispetto all'art. 41 Cost., tenuto conto altresì che la libera iniziativa economica "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale". Il consentire alla p.a. la scelta di indicare il CCNL applicabile alle prestazioni oggetto di gara sembra trovare giustificazione proprio sotto questo profilo (Art. 41, secondo comma, Cost.)."*;

CONSIDERATO, altresì, che, a mente delle citate disposizioni, il CCNL indicato dalla Stazione appaltante non è vincolante; il Codice, infatti, salvaguarda la libertà di scelta dell'operatore economico nell'applicare un contratto collettivo diverso rispetto a quello indicato nel bando, gravandolo, tuttavia, dell'onere di dimostrare che tale scelta non pregiudichi i diritti economici e normativi dei lavoratori, compresi quelli in subappalto. In tale evenienza, prima di procedere all'aggiudicazione, la Stazione appaltante acquisisce dall'operatore economico e verifica con le modalità di cui all'art. 110 del Codice, la dichiarazione di equivalenza delle tutele economiche e normative;

CONSIDERATO che, nonostante l'articolo 11 del codice si limiti a richiedere la dichiarazione di equivalenza delle tutele solo all'aggiudicatario, prima di procedere all'aggiudicazione, l'Autorità, nella Relazione illustrativa al bando tipo 1/2023, ha osservato che le stazioni appaltanti sono sempre tenute, ai sensi dell'articolo 110 del codice, ad operare la verifica di congruità dell'offerta. In quella sede, gli operatori economici potrebbero essere chiamati a giustificare l'eventuale ribasso offerto sul costo della manodopera e le relative giustificazioni potrebbero riguardare anche l'applicazione di un contratto collettivo diverso rispetto a quello individuato dalla stazione appaltante, con conseguente necessaria anticipazione della valutazione di equivalenza. Per tali ragioni, in un'ottica acceleratoria e di semplificazione, l'Autorità ha previsto, nel bando tipo 1/2023, l'inserimento già nella busta dell'offerta tecnica della dichiarazione di equivalenza delle tutele e dell'eventuale documentazione a supporto (precisando, nella Relazione illustrativa, che in caso di mancata presentazione, la Stazione appaltante dovrà procedere con la formale richiesta, assegnando un congruo tempo per la relativa produzione);

CONSIDERATO che nella relazione illustrativa al bando tipo n. 1/2023, l'Autorità ha fornito indicazioni in merito alle corrette modalità di individuazione, da parte della Stazione appaltante, del CCNL applicabile al personale impegnato nell'appalto nonché sugli aspetti da verificare al fine di ritenere provata l'equivalenza delle tutele tra il CCNL applicato dall'operatore economico e quello indicato dalla Stazione appaltante nel bando di gara. Pur dando atto che sono rari i casi in cui due contratti presentino esattamente lo stesso articolato, l'Autorità ha ritenuto che la dichiarazione di equivalenza deve dimostrare che il diverso CCNL adottato, al di là del *nomen iuris*, garantisce tutele equiparabili, con la precisazione che la valutazione deve necessariamente avere ad oggetto sia le tutele economiche che quelle normative in quanto complesso inscindibile. L'Autorità ha suggerito di effettuare dapprima la valutazione dell'equivalenza economica dei contratti, prendendo a riferimento le componenti della retribuzione globale annua costituite dalle seguenti voci: retribuzione tabellare annuale; indennità di contingenza; Elemento Distinto della Retribuzione – EDR - a cui vanno sommate le eventuali mensilità



aggiuntive (tredicesima e quattordicesima), nonché ulteriori indennità previste; poi, di quella normativa, da svolgere su una serie di parametri, il cui scostamento marginale, in un numero limitato (pari a 2 parametri), non è ritenuto sintomatico dell'assenza di equivalenza tra i due contratti;

CONSIDERATO, in merito alle conseguenze dell'accertamento dell'assenza di equivalenza delle tutele, che l'art. 110, comma 4, del d.lgs. 36/2023, stabilisce che *"Non sono ammesse giustificazioni: a) in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge"* e il successivo comma 5 prevede l'obbligo della Stazione appaltante di escludere l'operatore economico dalla gara quando accerti che l'offerta è anormalmente bassa in quanto il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 41, comma 13. Dalla lettura del combinato disposto dell'art. 11 e dell'art. 110, si ricava che l'offerta del concorrente, che, in ragione dell'applicazione di un diverso CCNL, preveda un costo del personale inferiore rispetto a quello stabilito dal CCNL indicato dalla Stazione appaltante negli atti di gara, merita di essere esclusa dalla gara, in quanto irrispettosa delle condizioni contrattuali minime fissate dall'Amministrazione per l'aggiudicazione dell'appalto (in tal senso vd. anche la Relazione illustrativa del Consiglio di Stato sopra richiamata);

RILEVATO, inoltre, che, di recente, il supporto giuridico del MIT è stato chiamato a pronunciarsi sull'ammissibilità di una rettifica delle dichiarazioni rese dall'operatore economico sul CCNL applicato: questi, infatti, in sede di offerta, aveva indicato un CCNL diverso da quello previsto nel bando; poi, quando l'Amministrazione ha chiesto di comprovare l'equivalenza delle tutele tra i due contratti, ha risposto dichiarando che avrebbe applicato il CCNL indicato nel bando. La Stazione appaltante chiedeva, pertanto, se la modifica del CCNL applicato dall'o.e. potesse essere accettata. Il supporto giuridico del MIT ha ritenuto che una simile modifica richiede, in primo luogo, una valutazione in rapporto alle dichiarazioni precedentemente rese dall'operatore economico sull'offerta tecnica ed economica presentata, sul costo della manodopera e quindi sull'offerta economica. In forza dell'art. 101, comma 3, del Codice, a mente del quale *"I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica"* il MIT ha concluso nel senso che *"Solo nel caso in cui le dichiarazioni già rese dall'operatore economico non abbiano carattere strettamente circostanziato e l'offerta tecnica ed economica non subisca variazioni potrà essere quindi essere accettato. In ogni caso si rileva che occorrerà procedere alle verifiche ai sensi degli artt. 57 (Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale), 102 (Impegni dell'operatore economico) e 110 (Offerte anormalmente basse) co. 4. Saranno altresì necessarie verifiche in corso di esecuzione dell'appalto in rapporto al rispetto del CCNL dichiarato."*; (Parere MIT n. 2518 del 21 giugno 2024);

RILEVATO che, nel caso di specie, sulla base della documentazione trasmessa, la Cooperativa Gialla risulta aver espressamente affermato e ripetutamente confermato di voler applicare il CCNL Aninsei, sostenendone la piena equivalenza con il CCNL indicato nel bando dalla Stazione appaltante, e, pertanto, la sua dichiarazione risulta perfettamente circostanziata, tale da non essere passibile di modifiche;

TENUTO CONTO che le tabelle retributive del CCNL Aninsei (che prevedono, in relazione alla categoria professionale D2, una retribuzione più bassa del CCNL Cooperative sociali), hanno certamente contribuito alla stima dei costi della manodopera indicati dall'operatore economico nell'offerta e, quindi, del ribasso offerto;

RITENUTO, alla luce del quadro normativo sopra richiamato e delle indicazioni fornite dall'Autorità e dal MIT, che la Stazione appaltante è tenuta ad accertare che il diverso CCNL indicato dall'aggiudicatario (nel caso di specie, Aninsei) garantisca al personale impiegato nell'appalto lo stesso trattamento economico previsto dal CCNL indicato nel bando (Cooperative sociali), in relazione alle componenti della retribuzione



globale annua costituite dalle seguenti voci: retribuzione tabellare annuale: indennità di contingenza; Elemento Distinto della Retribuzione – EDR – a cui vanno sommate le eventuali mensilità aggiuntive (tredicesima e quattordicesima), nonché ulteriori indennità previste. Nel caso in cui la Stazione appaltante accerti l'assenza dell'equivalenza economica, è tenuta ad escludere l'operatore economico dalla procedura di gara. L'imposizione del CCNL indicato nel bando, infatti, anche laddove accettata dalla Cooperativa Gialla, determinerebbe una necessaria modifica dell'offerta già presentata e, in particolare, dei costi della manodopera, voce di spesa avente riflessi diretti sul ribasso offerto;

RITENUTO, altresì, in risposta alle richieste avanzate dalla Cooperativa sociale Gialla, che l'art. 11 del d.lgs. 36/2023 non prevede alcuna equivalenza automatica tra i contratti sottoscritti dalle OO.SS. maggiormente rappresentative, richiedendo, qualunque sia il diverso CCNL indicato dall'impresa, la verifica dell'equivalenza delle tutele economiche e normative; pertanto, anche se il CCNL Aninsei contenesse tutele di maggior favore, in relazione a taluni istituti contrattuali, rispetto a quelle previste dal CCNL Cooperative Sociali, in ogni caso la Stazione appaltante è tenuta a verificare l'equivalenza delle tutele economiche; si aggiunga che proprio in tale adempimento si sostanzia il dovere della Stazione appaltante di individuare e indicare già nel bando di gara il CCNL, con le connesse condizioni contrattuali, da applicare al personale impiegato nell'appalto, rimanendo, altrimenti, priva di alcuna portata innovativa e della funzione assolta nell'ordinamento, come scolpita dal Consiglio di Stato nella relazione illustrativa sopra richiamata, la previsione recata dall'art. 11, commi 1 e 2 del d.lgs. 36/2023;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che la Stazione appaltante non può pretendere l'applicazione del CCNL indicato nel bando di gara, ma è tenuta a verificare che l'aggiudicatario, pur utilizzando un diverso CCNL, garantisca al personale impiegato nell'appalto tutele equiparabili, con la precisazione che la valutazione deve necessariamente avere ad oggetto sia le tutele economiche che quelle normative in quanto complesso inscindibile. In relazione alla valutazione dell'equivalenza delle tutele economiche, la Stazione appaltante è tenuta ad accertare che il CCNL indicato dal concorrente garantisca lo stesso trattamento economico previsto dal CCNL indicato nel bando, in relazione alle componenti della retribuzione globale annua costituite dalle seguenti voci: retribuzione tabellare annuale: indennità di contingenza; Elemento Distinto della Retribuzione – EDR – a cui vanno sommate le eventuali mensilità aggiuntive (tredicesima e quattordicesima), nonché ulteriori indennità previste, pena l'esclusione dalla procedura di gara.

Ai sensi dell'art. 220, comma 1, del d.lgs. 36/2023, la stazione appaltante che non intenda conformarsi al parere comunica, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Autorità, che può proporre il ricorso di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 agosto 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente