



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 224 DEL 2 marzo 2016

OGGETTO: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs.163/2006 presentate da Gielle di Galantucci Luigi e da Elisicilia S.r.l. – Procedura aperta per l'appalto del servizio antincendio, ispezione pista e vie di rullaggio e servizio prevenzione e controllo volatili e altra fauna selvatica nell'aeroporto di Roma Urbe – Importo a base di gara: euro 382.000,00 - S.A. ENAC – Ente Nazionale per l'Aviazione Civile

PREC 203/15/S

Costo del lavoro – congruità dell'offerta – giustificazioni – contratto collettivo – clausola sociale

Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è ampiamente discrezionale e può essere sindacato solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto.

La clausola sociale recante l'obbligo di prioritario assorbimento e utilizzo del personale già impiegato dal precedente affidatario per il periodo di durata dell'appalto va intesa "subordinatamente alla compatibilità con l'organizzazione d'impresa dell'appaltatore subentrante". La clausola sociale non può imporre all'impresa subentrante di prescegliere un determinato contratto collettivo, potendo questa scegliere diverso contratto collettivo, applicabile all'oggetto dell'appalto, che salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo.

Art. 69, art. 82, co. 3-bis, art. 86, co. 3-bis, art. 87, co. 3 e 88, co. 1-bis d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163

Il Consiglio

VISTA l'istanza prot. n. 79148 del 22 giugno 2015 presentata da Gielle di Galantucci Luigi con la quale l'istante, escluso dalla gara in oggetto per anomalia dell'offerta presentata, lamenta la presunta illegittimità del bando in relazione all'eccessiva compressione dell'importo a base di gara rispetto ai valori del costo del personale posti nel CCNL di riferimento; analoga considerazione veniva svolta dalla Commissione appositamente nominata per la valutazione della congruità delle offerte presentate, la quale determinava analiticamente il costo minimo del lavoro non ulteriormente comprimibile, riteneva eccessiva la compressione dell'importo a base di gara e tuttavia valutava l'offerta dell'istante Gielle disallineata, risultando essa inferiore anche all'ipotesi meno onerosa di totale abbattimento degli oneri contributivi;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

VISTA l'istanza prot. n. 118758 del 18 settembre 2015 presentata da Elisicilia S.r.l., aggiudicataria provvisoria, che lamenta l'esclusione per mancata assunzione dell'impegno ad applicare il CCNL di cui all'art. 3 del Capitolato Speciale "Guardia ai fuochi", laddove essa sostiene di applicare il CCNL del settore antincendio reputandolo perfettamente adeguato all'oggetto dell'affidamento, e lamenta altresì l'esclusione per mancato rispetto della clausola sociale inserita nel bando, tesa alla salvaguardia dei livelli occupazionali;

VISTE le memorie degli istanti e della S.A., la quale rappresenta che la concorrente Gielle, attuale affidataria del servizio in regime di proroga, ha sostenuto la congruità della propria offerta in sede di subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, affermando che il prezzo orario offerto è identico a quello offerto dall'aggiudicatario della procedura nel 2014 ed è più alto di quello attualmente corrisposto, salvo poi, una volta esclusa per anomalia, sostenere l'eccessiva compressione dell'importo a base di gara; rappresenta inoltre che l'aggiudicatario provvisorio Elisicilia S.r.l. manifestava l'intendimento di non rispettare l'impegno, assunto in sede di offerta, di applicare il CCNL di cui all'art. 3 del Capitolato Speciale "Guardia ai fuochi" e del rispetto della clausola sociale, e pertanto decadeva dalla predetta aggiudicazione;

VISTO l'Atto di segnalazione n. 2 del 19 marzo 2014, recante osservazioni in merito all'applicazione della disposizione di cui al comma 3-bis dell'art. 82, dove si evidenzia che «la predeterminazione del costo complessivo del personale rischia di diventare un sovrapprezzo erogato all'aggiudicatario, in taluni casi, ovvero, per le ipotesi di eventuale sottostima operata dalla stazione appaltante, una penalizzazione. Nel primo caso (costo sovrastimato) si avrebbe il fondato rischio di premiare le imprese meno efficienti dal punto di vista organizzativo che possono contare su prezzi di aggiudicazione particolarmente alti, ovvero l'impresa potrebbe compensare con la voce di prezzo percepito a titolo di costo del personale i ribassi (eccessivi) offerti sulle restanti voci di prezzo, a danno del primo, vanificando così gli effetti attesi dal provvedimento; nel secondo caso (costo sottostimato) verrebbe corrisposto all'impresa un importo da imputare alla voce costo del personale non sufficiente a coprire l'effettivo impiego della manodopera che la propria organizzazione d'impresa esigerebbe per la realizzazione di un determinato appalto; l'Autorità ritiene che la disposizione in parola non possa trovare applicazione senza incorrere nelle criticità prospettate nonché senza ingenerare gli effetti distorsivi del mercato sopra rappresentati; a ciò si aggiunga, inoltre, la necessità di salvaguardare anche il principio dell'autonomia imprenditoriale, in perfetta coerenza con il diritto comunitario, di cui tiene conto lo stesso articolo 55 della direttiva 2004/18 (recepito negli artt. 87 e 88 del Codice), laddove, sostanzialmente, ammette giustificazioni in relazione ad elementi che influenzano il costo "complessivo" del personale e tutela il solo costo "unitario". Ferma restando, pertanto, la tutela da assicurare al rispetto di quest'ultimo, il costo complessivo del personale, per ciascun concorrente, è da ritenere che si determini in base alla reale capacità organizzativa d'impresa che è funzione della libera



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

iniziativa economica ed imprenditoriale (art. 41 Cost.) e come tale non può essere in alcun modo compressa mediante predeterminazioni operate ex ante»;

VISTA la giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. III 9 dicembre 2015, n. 5597) secondo cui «La scelta dell'Amministrazione di attivare il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è ampiamente discrezionale e può essere sindacata, in conseguenza, davanti al giudice amministrativo solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto. Le valutazioni sul punto devono essere compiute dall'Amministrazione in modo globale e sintetico, con riguardo alla serietà dell'offerta nel suo complesso e non con riferimento alle singole voci dell'offerta (Cons. St., sez. VI, 26.5.2015, n. 2662; Cons. St., sez. V, 6.5.2015, n. 2274; in tal senso anche Parere di precontenzioso n. 84 del 10 aprile 2014); un'offerta non può ritenersi anomala, ed essere esclusa da una gara, per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata (Cons. St., sez. III, 2.7.2015, n. 3329)»;

VISTO l'orientamento consolidato dell'Autorità (Parere sulla Normativa AG 15/2015/AP; AG 19/14; AG 41/2012), conforme alla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato Sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890; T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 09 gennaio 2015, n. 23, T.A.R. Abruzzo Pescara Sez. I, 02 gennaio 2015, n. 6, T.A.R. Emilia-Romagna Bologna Sez. II, 09 novembre 2012, n. 672), secondo cui le legittime esigenze sociali devono essere bilanciate da un'adeguata tutela della libertà di concorrenza, anche nella forma della libertà imprenditoriale degli operatori economici potenziali aggiudicatari, i quali assumono un mero obbligo di prioritario assorbimento e utilizzo del personale già impiegato dal precedente affidatario per il periodo di durata dell'appalto, subordinatamente alla compatibilità con l'organizzazione d'impresa dell'appaltatore subentrante;

VISTA la giurisprudenza secondo cui, in linea generale, la clausola sociale non può imporre all'impresa subentrante di prescegliere un determinato contratto collettivo, potendo questa scegliere diverso contratto collettivo, applicabile all'oggetto dell'appalto, che salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo (Cons. St., sez. III 9 dicembre 2015, n. 5597; TAR Lazio Roma sez. II 11 febbraio 2016, n. 1969);

RTENUTO che, nel caso di specie, l'offerta presentata dall'impresa istante Gielle è stata sottoposta a verifica di congruità, che ha avuto esito negativo;

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 8 del Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è ampiamente discrezionale e può essere sindacato solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto. Nel caso di specie l'offerta della Giele di Galantucci Luigi è stata sottoposta a verifica di congruità, che ha avuto esito negativo risultando essa inferiore anche all'ipotesi meno onerosa di totale abbattimento degli oneri contributivi e pertanto non si ravvisa un'ipotesi di macroscopica irragionevolezza nel procedimento seguito;
- le motivazioni dell'esclusione della Elisicilia S.r.l. non appaiono conformi alla normativa e ai principi sopra esposti, in quanto la clausola sociale recante l'obbligo di prioritario assorbimento e utilizzo del personale già impiegato dal precedente affidatario per il periodo di durata dell'appalto va intesa "subordinatamente alla compatibilità con l'organizzazione d'impresa dell'appaltatore subentrante" e, in linea generale, la clausola sociale non può imporre all'impresa subentrante di prescegliere un determinato contratto collettivo, potendo questa scegliere diverso contratto collettivo, applicabile all'oggetto dell'appalto, che salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 marzo 2016
Il Segretario Maria Esposito