



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 62 DEL 30 gennaio 2019

OGGETTO: Istanza congiunta (per adesione successiva) di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Comune di Pontedassio/Proteo Società Cooperativa Sociale – Servizio di raccolta e gestione dei rifiuti solidi urbani differenziati e indifferenziati, compresi quelli assimilati ed altri servizi di igiene urbana – Importo a base di gara: euro 3.626.534,00 - S.A.: Regione Liguria in qualità di SUA

PREC 264/18/S

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 102269 dell'11 dicembre 2018, il Comune di Pontedassio, capofila dei comuni facenti parte del bacino di affidamento transitorio del servizio di gestione rifiuti denominato "Imperiese C", ha chiesto all'Autorità di valutare la legittimità della clausola del contratto che non esclude la facoltà dell'aggiudicatario della gara (la Proteo Società Cooperativa Sociale) di disciplinare il rapporto di lavoro con i propri nuovi dipendenti, assunti in forza della clausola sociale, secondo il CCNL tipico delle cooperative sociali, in tal modo innovando rispetto al contratto a questi applicato dal precedente esecutore del contratto che, non rivestendo la qualifica di cooperativa sociale, applicava il contratto FISE.

A seguito della manifestazione di volontà della Proteo Società Cooperativa Sociale di aderire all'istanza ai sensi dell'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso (prot. n. 102567 del 12 dicembre 2018), l'avvio del procedimento è stato comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 105292 del 21 dicembre 2018 e il termine per la presentazione di eventuali memorie e/o documenti è stato successivamente prorogato al 14 gennaio 2019 con nota prot. n. 1766 del 9 gennaio 2019.

Ha prodotto ulteriori memorie il Comune di Pontedassio, il quale ha evidenziato come la clausola sociale contenuta nel capitolato speciale, che non impone all'aggiudicatario di applicare lo stesso CCNL del gestore uscente, non sia stata impugnata nel corso della gara chiedendosi se ciò possa escludere l'obbligo a carico dell'ente appaltante di inserire nel contratto ulteriori clausole volte al mantenimento del CCNL applicato dal precedente gestore. Ha altresì prodotto ulteriore documentazione la Proteo Società Cooperativa Sociale ribadendo di ritenere l'operato della stazione appaltante conforme alla normativa di settore.

Ritenuto in diritto

La questione posta dal Comune di Pontedassio riguarda la possibilità per la stazione appaltante di imporre all'aggiudicatario di applicare al personale assunto in forza di clausola sociale il CCNL già applicato dal gestore uscente, in particolare nell'ipotesi in cui il nuovo aggiudicatario sia, come nel caso in esame, una cooperativa sociale.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Il problema sottoposto alla valutazione dell'Autorità è inquadrabile nella più vasta tematica del potere della stazione appaltante di richiedere all'aggiudicatario l'adozione di un determinato CCNL, in ordine alla quale l'orientamento della giurisprudenza è univoco nel ritenere che la scelta del contratto collettivo da applicare rientri nelle prerogative dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti con il solo limite che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto, così che la stazione appaltante non può imporre l'applicazione di un particolare CCNL perché altrimenti verrebbero compromessi i principi comunitari di concorrenza e parità di trattamento tra le imprese (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 1° marzo 2017, n. 932; 12 maggio 2016, n. 1901; 10 febbraio 2016, n. 589; TAR Veneto Venezia, sez. I, 4 dicembre 2018 n. 1115).

Alla stessa conclusione la giurisprudenza giunge anche in presenza di clausola sociale, ritenendo che essa non possa imporre all'impresa subentrante di applicare un determinato contratto potendo la stessa optare per un contratto collettivo diverso, purché coerente con l'oggetto del contratto e sempreché salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo (Consiglio di Stato, sez. III, 9 dicembre 2015 n. 5597).

Il medesimo principio è stato affermato dall'Autorità nel Parere di precontenzioso n. 714 del 28 giugno 2016 dove, ribadito che la scelta del CCNL applicabile al personale dipendente rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore con il solo limite della coerenza con l'oggetto dell'appalto, è stato ritenuto che la clausola sociale che prevede l'impegno dell'aggiudicatario, salvo gravi e motivati elementi contrari, ad assumere il personale in servizio impiegato alla data di aggiudicazione della gara di appalto, agli stessi patti e condizioni, salvaguardando la retribuzione in godimento e l'anzianità di servizio non può essere interpretata come comportante l'automatica applicazione al personale riassorbito del CCNL applicato dal gestore uscente. Ad ulteriore chiarimento, il TAR Lazio, chiamato a pronunciarsi sulla stessa fattispecie, ha osservato come «la clausola sociale imposta dal disciplinare di gara non possa essere interpretata nel senso di garantire ai lavoratori esattamente la stessa retribuzione corrisposta dal precedente gestore, perché in tal caso essa sarebbe nulla per contrarietà alla legge; la clausola deve essere interpretata, piuttosto, come garanzia di un trattamento economico adeguato alla qualità e quantità del lavoro svolto» (TAR Lazio - Sez. II bis, 25 gennaio 2017, n. 1309).

Rispetto a quanto illustrato, la peculiarità del caso in esame risiede nel fatto che esso riguarda l'applicazione di un contratto collettivo – quello delle cooperative sociali - che si distingue non perché attinente ad attività diverse da quelle oggetto della gara ma perché rientrante in un comparto diverso di contrattazione collettiva che si qualifica per la particolare natura giuridica – impresa avente scopo mutualistico – del soggetto aggiudicatario.

Con specifico riferimento a un'ipotesi assimilabile, nel Parere sulla normativa AG15/2011 del 6 luglio 2011, l'Autorità, anche sulla base di giurisprudenza ivi richiamata (TAR Piemonte Torino, sez. I, 27 ottobre 2008 n. 2687), ha ritenuto che, alla stregua di un quadro normativo che ammette le società cooperative tra gli operatori economici partecipanti alle gare di appalto, apparirebbe sproporzionata e discriminatoria l'apposizione di clausole che impongono alle società cooperative (che applichino contratti collettivi rientranti nel settore delle attività oggetto della gara) l'adesione a contratti collettivi di altre categorie, ben potendo la stazione appaltante, in caso di dubbi circa la congruità dell'offerta in



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

rapporto al costo del lavoro desumibile dal contratto di lavoro applicato dalla società cooperativa, effettuare la valutazione attraverso specifico procedimento in contraddittorio.

Tale principio merita di essere ribadito anche in vigenza del d.lgs. n. 50/2016. Il richiamo operato dal comma 4 dell'art. 30 e dal comma 9 dell'art. 105 ai contratti collettivi nazionali e territoriali in vigore per il settore e per la zona di esecuzione delle prestazioni stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori più rappresentative si ritiene vada interpretato con riferimento ai diversi comparti di contrattazione collettiva così che ciascun operatore economico sia tenuto ad applicare il contratto collettivo di settore rientrante nel comparto di contrattazione della propria categoria. Ciò a condizione che, rispetto al singolo appalto, il contratto collettivo di categoria sia coerente con l'oggetto del contratto. Sulla coerenza del CCNL delle cooperative sociali con i servizi di raccolta rifiuti la giurisprudenza si è già espressa positivamente (Consiglio di Stato, sez. V, 11 luglio 2014 n. 3571).

Alla luce di quanto sopra, la clausola sociale di cui all'art. 26 del Capitolato speciale di appalto, che recita «Ai sensi dell'articolo 50 del D.Lgs. nr. 50/2016, l'Amministrazione aggiudicatrice chiede l'impegno da parte dell'I.A. [impresa appaltatrice] di assorbire il personale attualmente in servizio al fine di assicurare la continuità dello stesso nel rispetto dei principi dell'Unione Europea», non può essere interpretata come comportante l'obbligo di applicazione al personale riassorbito del CCNL applicato dal gestore uscente.

L'obbligo di applicazione del CCNL del precedente esecutore che, come visto, la clausola sociale non prevede e il quadro normativo di riferimento non richiede, non può essere imposto all'aggiudicatario in sede di stipula del contratto pena la modifica di una condizione di esecuzione del contratto prevista dalla legge di gara e la conseguente duplice violazione dei principi di concorrenza, trasparenza e parità di trattamento (visto che l'aggiudicatario ha elaborato l'offerta presentata in gara sulla base delle tariffe del CCNL delle cooperative sociali) e della libertà di impresa.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, che

- l'operato della stazione appaltante è conforme alla normativa di settore;
- l'introduzione in sede di stipula del contratto dell'obbligo di applicazione del CCNL del gestore uscente non sarebbe conforme alla normativa di settore.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 febbraio 2019

Il segretario Maria Esposito