

ADAPT - Scuola di alta formazione sulle relazioni industriali e di lavoro

*Per iscriverti al **Bollettino ADAPT** [clicca qui](#)*

*Per entrare nella **Scuola di ADAPT** e nel progetto **Fabbrica dei talenti** scrivi a:
selezione@adapt.it*

Bollettino ADAPT 26 febbraio 2024, n. 8

Con la sentenza del **30 ottobre 2023, n. 16048**, la seconda sezione del **TAR Lazio** ha rigettato il ricorso di una società per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione di una procedura a evidenza pubblica afferente all'affidamento di un servizio di *contact center* per il programma di razionalizzazione degli acquisti della Pubblica Amministrazione.

Tra i diversi motivi alla base della motivazione di rigetto del ricorso, in questa sede assume particolare interesse il quarto, il quale si lega al profilo della possibilità per l'operatore economico di scegliere di applicare un contratto collettivo nazionale diverso rispetto quello indicato dall'Amministrazione e al requisito della maggiore rappresentatività comparativa sul piano nazionale delle associazioni sindacali che lo sottoscrivono, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 30 comma 4, d.lgs. n. 50/2016 (oggi sostituito dall'art. 11 del d.lgs. n. 36/2023, c.d. "*Codice dei Contratti Pubblici*").

Superando il precedente orientamento giurisprudenziale (cfr. Cons. St., Sez. III, 26 settembre 2022, n. 8300), il TAR statuisce come **la valutazione del sindacato comparativamente più rappresentativo debba essere compiuta in relazione a uno specifico settore merceologico, realizzando una comparazione tra organizzazioni sindacali che hanno sottoscritto contratti collettivi nazionali tra loro concorrenti in ragione di una sovrapposizione (talvolta anche parziale) dei rispettivi campi di applicazione.**

Nel caso di specie, occorre anzitutto inquadrare brevemente la questione sul piano fattuale, con particolare attenzione alle censure mosse dalla società ricorrente alla decisione assunta dalla Pubblica Amministrazione, dalle quali scaturiscono i principi giurisprudenziale oggetto di interesse.

A detta della società ricorrente, l'impresa aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara sin dal principio, in quanto il CCNL scelto non avrebbe potuto trovare applicazione alla fattispecie in

esame, in ragione del fatto che le associazioni sindacali ANPIT e CISAL non fossero “*comparativamente più rappresentative*”, bensì solo “*maggiormente rappresentative*”, risultando così lesivo di quanto disposto dall’art. 30 del d.lgs. n. 50/2016. Inoltre, l’impresa aggiudicataria non avrebbe fornito nemmeno adeguata dimostrazione nell’offerta economica che il CCNL applicato – il CCNL ANPIT-CISAL – fosse stato sottoscritto da associazioni comparativamente più rappresentative su base nazionale.

Tale lacuna, peraltro, non avrebbe potuto essere integrata successivamente tramite soccorso istruttorio, in quanto ciò avrebbe causato un intervento sul contenuto dell’offerta economica, non consentito dalla disciplina vigente in quanto lesivo del principio della *par condicio* degli operatori economici.

La *lex specialis* della procedura indetta disponeva espressamente che nel caso in cui l’operatore economico decidesse di non utilizzare il CCNL indicato dalla stazione appaltante nel bando – il CCNL Telecomunicazioni sottoscritto dalle organizzazioni sindacali Asstel, Fistel-Cisl, Slc-Cgil e Uilcom-Uil – **esso avrebbe dovuto dare dimostrazione anche del fatto che il differente contratto collettivo applicato fosse stato stipulato dalle associazioni datoriali e dei prestatori di lavoro “comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”** e il cui ambito di applicazione fosse legato con l’attività oggetto dell’appalto svolto dall’impresa.

Tale disposizione risultava del tutto coerente con il quadro normativo di riferimento (art. 30, comma 4 del d.lgs. 50/2016, nonché art. 36 della legge n. 300/1970) e con l’uniforme orientamento giurisprudenziale. Difatti, in più occasioni la giurisprudenza amministrativa ha statuito il divieto in capo alla stazione appaltante di imporre come requisito di partecipazione alla procedura l’applicazione di un determinato CCNL, contestualmente riconoscendo come dalla libertà dell’esercizio dell’attività economica dell’impresa derivi la possibilità per lo stesso di prendere in considerazione un CCNL differente.

L’importante – e su questo punto si sofferma la sentenza commentata – **è che l’impresa aggiudicataria dimostri che il CCNL prescelto non preveda condizioni peggiorative rispetto a quello individuato dall’Amministrazione e che sia sottoscritto da associazioni sindacali dotate del grado di rappresentatività richiesto dalla normativa.**

La prima questione su cui il TAR Lazio ha voluto fare chiarezza riguarda la possibilità o meno per l’operatore di fornire la dimostrazione di conformità del CCNL prescelto al dispositivo normativo anche in un momento successivo rispetto alla presentazione dell’offerta economica.

Sul punto, occorre evidenziare due profili.

In primo luogo, come è noto, la disciplina dei contratti pubblici prevede la tassatività delle cause di esclusione dalla gara (art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, oggi artt. 94 e 95 del d.lgs. n. 36/2023), non essendo pertanto possibile per la stazione appaltante marginalizzare dalla procedura a evidenza pubblica l'operatore per motivi diversi rispetto quelli espressamente individuati nella normativa codicistica e nella *lex specialis*. Pertanto, **l'assenza della previsione dell'esclusione per non aver fornito subito la dichiarazione di conformità ex art. 30 è un essenziale indicatore della possibilità di integrare tale aspetto successivamente**. D'altronde, sulla scorta dell'uniforme orientamento giurisprudenziale, detto principio "è regola volta a favorire la massima partecipazione alle gare, con il divieto di aggravio del procedimento, e che mira, dunque, a correggere le soluzioni, diffuse nella prassi antecedente, le quali sfociavano in esclusioni anche per violazioni puramente formali" (così, *ex multis*, Cons. St., Sez. III, 7 agosto 2020, n. 4977; Cons. St., Sez. III, 1° luglio 2015, n. 3275).

In secondo luogo, la presentazione di chiarimenti *ex post* è legittima anche alla luce dell'applicazione della disciplina del soccorso istruttorio. In merito, si ricordi che detto istituto (art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016, oggi art. 101 del d.lgs. n. 36/2023) può essere applicato per sanare le carenze di qualunque elemento formale dell'offerta, a condizione, come nel caso di cui si discute, che non si incida concretamente sul contenuto dell'offerta economica o tecnica, in quanto sarebbe violato uno dei principi cardine alla base della procedura a evidenza pubblica, nello specifico la "*par condicio*" dei concorrenti.

Quanto precede permette di approfondire la seconda questione oggetto di interesse, peraltro attualmente di crescente attenzione dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti pubblici, consistente nel requisito della maggiore rappresentatività comparativa sul piano nazionale dell'organizzazione sindacale stipulante il CCNL applicato dall'operatore economico.

Sul punto, il TAR Lazio supera di fatto l'orientamento precedente (cfr. **Cons. St. n. 8300/2022, secondo cui la nozione di associazioni sindacali "comparativamente più rappresentative" include quei sindacati che - all'esito della comparazione con le altre associazioni sindacali che abbiano sottoscritto il CCNL concorrente - risultino più rappresentativi**), riconducendo la determinazione della maggiore rappresentatività comparativa allo specifico settore merceologico di riferimento, attraverso la comparazione di organizzazioni sindacali sottoscrittrici di contratti collettivi nazionali tra loro «concorrenti» nel medesimo settore.

In merito, pare opportuno sollevare alcuni interrogativi.

Anzitutto, il citato comma 4 dell'art. 30 fa riferimento all'accertamento della rappresentatività comparata sia nei confronti delle organizzazioni dei lavoratori sia nei confronti delle associazioni datoriali; sul punto, si rileva come, nonostante il CCNL oggetto di accertamento sia stato sottoscritto sia dalle associazioni della CISAL che dell'ANPIT, la pronuncia non faccia alcun riferimento in merito all'ANPIT (cfr. pagg. 11 e 12 della sentenza).

Per quel che attiene all'affermazione della maggiore rappresentatività comparata della CISAL, il TAR motiva tale asserzione citando fonti di diritto di secondo grado - decreti della Presidenza del Consiglio e del Ministero del Lavoro - alla luce delle quali emergerebbe il profilo comparativo della rappresentatività su scala nazionale.

Si rilevi però che la rappresentatività dei decreti citati si riferisce a un contesto preciso, rappresentato dall'assegnazione al sindacato di funzioni e ruoli di partecipazione negli organismi pubblici - segnatamente il Comitato di Indirizzo e Vigilanza dell'INPS - ben diverso, pertanto, rispetto al profilo della sottoscrizione di un CCNL. In aggiunta, la valutazione è stata realizzata prendendo come parametro fonti risalenti al 2014, prive del profilo di attualità che parrebbe funzionale alla realizzazione di un'analisi sulla maggiore rappresentatività comparativa.

Infine, **l'affermazione del TAR della maggiore rappresentatività comparativa del CCNL ANPIT CISAL non è seguita da alcun confronto del contratto scelto dalla società aggiudicataria con gli altri CCNL applicabili all'oggetto dell'appalto, all'esito del quale riscontrare che il contratto applicato sia effettivamente più rappresentativo sul piano nazionale.** Più semplicemente, senza il raffronto tra i diversi CCNL applicabili sulla base dell'oggetto dell'appalto, come peraltro richiesto dalla normativa vigente, non risultano elementi in grado di accertare la maggiore rappresentatività comparativa di un dato CCNL.

Allo stesso tempo però, come statuito dalla pronuncia in epigrafe, per procedere a detta valutazione sarebbe stato necessario produrre in giudizio il CCNL con il quale realizzare l'analisi comparativa, essendo tale onere gravante sull'operatore economico e non riconducibile nel novero dei poteri di ufficio dell'organo giurisdizionale.

Difatti, al fine di ottenere la tutela della propria situazione giuridica soggettiva, la società ricorrente avrebbe dovuto indicare innanzi al giudice di prime cure il CCNL oggetto di comparazione, essendo

insufficiente per tale ragione la mera citazione del precedente giurisprudenziale del Consiglio di Stato.

Edoardo Maria Poiani Landi

Dottore in giurisprudenza presso l'Università Sapienza di Roma