

Il velleitario “principio” della determinazione del ccnl da applicare nel bando di gara, fonte di ennesima complicazione e contenzioso.

 leautonomie.asmel.eu/il-velleitario-principio-della-determinazione-del-ccnl-da-applicare-nel-bando-di-gara-fonte-di-ennesima-complicazione-e-contenzioso/

Luigi Oliveri

16/06/2023

il sito delle **AUTONOMIE LOCALI**

A conferma che i “principi” enunciati dal codice, frutto del vizio del gold plating dal quale il legislatore non riesce a liberarsi, oltre ad essere semplicisticamente esposti e mal concepiti, o risultare del tutto scontati, spesso sono fortemente controproducenti e velleitari.

Chi scrive lo sostiene da tempo: le norme dei vari codici dei contratti che ambiscono al corretto e giusto obiettivo della garanzia contro il dumping salariale, intendendo quindi favorire trattamenti economici equi impedendo che i ribassi incidano sugli stipendi alla manodopera, scontano un problema enorme: la mancanza di una normativa che disponga il salario minimo.

In assenza di una disciplina sul salario minimo, ogni norma finalizzata a garantire che i lavoratori degli operatori economici non subiscano conseguenze negative sul trattamento salariale connesse ai ribassi di gara finisce per complicare all'estremo la vita alle stazioni appaltanti, chiamate a diventare centri di ricerca per la comparazione delle centinaia di contratti collettivi nazionali di lavoro e, allo stesso tempo, super esperti giuslavoristi di contrattazione, per individuare il Ccnl da applicare, in omaggio alla velleitaria previsione contenuta nell'articolo 11, comma 2, del codice: *“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”***.

A parte la gravosità estrema del compito istruttorio di individuare il contratto collettivo da applicare, risulta di tutta evidenza che attribuire alla PA il potere di imporre alle imprese un contratto collettivo da applicare significa incidere, anzi *apertis verbis*, ledere la libera iniziativa economica.

Nel suo pregevolissimo e condivisibile articolo pubblicato su NT+ del 13.6.2023, *“Appalti a rischio contenzioso con il nuovo obbligo di indicazione del Ccnl nei bandi”*, Giorgio Lezzi enuclea tutti i problemi connessi alle velleitarie disposizioni del codice in argomento, evidenziando come la relazione illustrativa quasi formuli un'*excusatio non petita* quando si sofferma in modo del tutto poco convincente sulla inidoneità delle norme in argomento a violare le disposizioni dell'articolo 39 della Costituzione, in tema di libertà dell'organizzazione sindacale ed efficacia dei contratti collettivi.

Ma, al di là dei seri problemi di violazione del citato articolo 39 della Carta, ad essere a concreto rischio di violazione è soprattutto l'articolo 41, comma 1, della Costituzione: *“L’iniziativa economica privata è libera”*. La libertà di impresa impedisce radicalmente la possibilità di imporre l'applicazione di uno specifico contratto collettivo nazionale di lavoro!

Infatti, il comma 3 dell'articolo 11, a complicare tremendamente il quadro, dispone: *“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”*.

Quindi, tutto il lavoro istruttorio necessario ad individuare il contratto collettivo da indicare come quello da applicare nel bando non serve assolutamente a nulla, perchè in ogni caso, proprio ai sensi dell'articolo 41 della Costituzione, le imprese possono comunque applicare il differente contratto collettivo da essere prescelto. Scatta, allora, ex post la complicazione di dover verificare realmente se garantisca davvero ai dipendenti le stesse tutele di quello fissato nel bando dalla stazione appaltante.

Ma, a cosa serve fissare dei principi di tale natura? Intanto, dovrebbe risultare chiaro che l'articolo 11, al comma 2, non è per nulla una norma di principio, ma di estremo dettaglio persino procedurale, visto che attribuisce alla PA un potere, quello di determinare il ccnl da applicare, di cui tuttavia la PA non può disporre, e perfino indica come applicare la regola, obbligando ad indicare nel bando o nell'invito il ccnl da applicare, pur nella consapevolezza che tale indicazione non serve a nulla, perchè le imprese possono, ovviamente, applicare il ccnl che meglio credono e ritengono.

E se le imprese partecipanti alla gara ritengano di applicare un ccnl diverso da quello (inutilmente) indicato dal bando che accade? Nulla. Il comma 4 dell'articolo 11 (ponendosi sempre totalmente al di fuori dalla tipologia di un “principio”) dispone che *“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”*.

Ce la si cava con una “dichiarazione” che tutto va bene e tutto è a posto. Salvo, però, innescare le verifiche richieste dall'articolo 110 del codice, sulla possibile anomalia dell'offerta. Così, dalla norma di “principio”, che principio non è, si passa alla presunzione di anomalia dell'offerta basata su un contratto collettivo perfettamente legittimo e riconosciuto dall'ordinamento, ma diverso da quello indicato dalla PA nel bando.

Il portato paradossale del “principio” trattato dall'articolo 11 si salda, poi, con l'altra più classica velleità dell'articolo 41, comma 14: *“Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal*

comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale".

Norma fantastica: i costi della manodopera ovviamente sono determinati sulla base di uno sforzo istruttorio e tecnico notevole, visto che, appunto per la mancanza di una legge sul salario minimo, occorre riferirsi alle *"famigerate" tabelle elaborate dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali "sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali"*. Ma: poichè il costo del lavoro va determinato riferendosi a tabelle che riportano costi medi e ponderati del lavoro, analizzati in base all'esame di vari contratti collettivi di settore ed area, per quale ragione, allora, si impone alle amministrazioni appaltanti di indicare nel bando il ccnl da applicare, consentendo comunque alle imprese di non applicarlo?

Sembra proprio che il legislatore abbia talvolta l'intenzione di agire davvero con perversione. E la cosa notevole è che questo intreccio burocratico e velleitario di norme proviene da buona parte del Consiglio di stato, come è noto chiamato a scrivere il d.lgs 36/2023. Quello stesso Consiglio di stato che, come ricorda Giorgio Lezzi, ha ripetutamente affermato che *"non rientra nella discrezionalità dell'amministrazione appaltante anche quella di imporre o di esigere un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro, tanto più qualora una o più tipologie di contratti collettivi possano anche solo astrattamente adattarsi alle prestazioni oggetto del servizio da affidare"* (Cons Stato, sez. V, 23 luglio 2018, n. 4443; id., sez. V, 28 febbraio 2022, n. 1412; sez. V, 15 marzo 2021, n. 2198)". Oppure quello stesso Consiglio di stato che ripetutamente ha chiarito la portata non decisiva e certamente non escludente delle tabelle ministeriali: *"Per consolidata giurisprudenza, i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali sono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, sì che l'eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle non legittima un giudizio di anomalia o di incongruità e occorre, perché possa dubitarsi della congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata, alla luce di una valutazione globale e sintetica, di sua espressione di un potere tecnico-discrezionale insindacabile, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità od irragionevolezza non renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 30 novembre 2020, n. 7554; V, 29 luglio 2019, n. 5353)"* (Consiglio di stato, sezione V, 2i giugno 2021, n. 4753).

La domanda è, allora: perchè quello stesso Consiglio di stato perfettamente consapevole dell'impossibilità di limitare la libertà di impresa imponendo di applicare uno specifico ccnl e della portata estremamente limitata delle tabelle ministeriali, ha introdotto le disposizioni dell'articolo 11, qualificate come "principio", ma nella sostanza disposizione di estremo dettaglio pulviscolare, in grado di suscitare un clamoroso contenzioso, come preconizzato dal Lezzi, e, comunque, una complicazione spaventosa sul piano amministrativo?