



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2083 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da Cometa Cooperativa Sociale a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B144FC4D1D, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Santoro, Lorenzo Bolognini e Marta Fiorenza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Brivio, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Alberto Fossati, Fabio Romanenghi e Cristina Ciarcià, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabio Romanenghi in Milano, corso di Porta Vittoria 28; la Provincia di Lecco, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Tommaso Matteo Ferrario e con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Arrigo Boito, n. 8;

nei confronti

della Cooperativa Sociale Gialla, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Barbara Frateiacchi, Graziano Pungì e Francesco Antonio Romito e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

A) quanto all'art. 120 c.p.a.

- della Determinazione n. 94 del 20 giugno 2024, prot. n. 0007997, a firma del Responsabile Area Amministrazione, con la quale il Comune di Brivio ha affidato in concessione “*il servizio di gestione Asilo nido comunale “Un due tre stella” – Periodo anni cinque – CIG. B144FC4D1D*” a favore della Cooperativa Sociale Gialla;

- della nota del 20 giugno 2024, prot. n. 0007997, a firma del RUP del Comune di Brivio, con la quale è stata comunicato all'esponente l'aggiudicazione dell'affidamento in concessione del servizio di gestione dell'asilo nido comunale “*Un due tre stella*” per anni cinque a favore della Cooperativa Sociale Gialla;

- di ogni ulteriore atto presupposto, connesso o conseguente;

B) quanto all'art. 116 c.p.a.

per l'accertamento del diritto di Cometa Cooperativa Sociale a r.l. a prendere visione ed estrarre copia di tutti gli atti e documenti oggetto dell'istanza di accesso agli atti presentata in data 24 giugno 2024 e per la conseguente condanna del Comune di Brivio a esibire e consegnare alla ricorrente la documentazione alla stessa negata.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Brivio, della Provincia di Lecco e della Cooperativa Sociale Gialla;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2025 la dott.ssa Silvia Torraca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione n. 463 del 17.04.2024, il Servizio SUA della Provincia di Lecco, su richiesta del Comune di Brivio, ha indetto una gara per l'affidamento quinquennale in concessione del servizio di gestione dell'asilo nido comunale "Un due tre stella" da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo stimato di Euro 1.498.023,80.

Con determinazione n. 94 del 20.06.2024 il Comune di Brivio ha aggiudicato la gara in favore della Cooperativa Sociale Gialla con un punteggio complessivo pari a 77,30 punti.

Il provvedimento è stato impugnato da Cometa Cooperativa Sociale a r.l. – seconda classificata con un punteggio complessivo di 73,20 – unitamente agli altri atti indicati in epigrafe.

Nel ricorso – contenente altresì istanza ai sensi dell'art. 116 c.p.a. – sono state articolate le seguenti censure: "1) *Violazione e falsa applicazione dei punti 28 del CSP, 3.2.5 della Relazione Illustrativa, 2 del PEF e della DGR n. 2929/20 della Regione Lombardia; eccesso di potere per carenza di istruttoria e travisamento di fatti e documenti, illogicità manifesta;* 2) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 108. c. 9 e 110 del D.Lgs. 36/2023, nonché dell'art. 17 del Disciplinare di gara; eccesso di potere per carenza di istruttoria e travisamento; illogicità e contraddittorietà manifeste. Violazione e falsa applicazione dell'art. 11 del d.lgs. 36/2023, nonché dell'art. 3 del Disciplinare di gara e dell'art. 26 del Capitolato Speciale Prestazionale;* 3) *In via subordinata, Violazione e falsa applicazione del punto 18 del Disciplinare di gara e dell'art. 3 della legge. 241/90 per carenza assoluta di motivazione, illogicità manifesta*".

La ricorrente ha altresì domandato il risarcimento del danno in forma specifica, con subentro nel contratto nelle more eventualmente stipulato, previa declaratoria di inefficacia dello stesso, ovvero, in subordine, il risarcimento per equivalente pecuniario.

Si è costituito in giudizio il Comune di Brivio, eccependo preliminarmente la irricevibilità del ricorso e chiedendone, in ogni caso, il rigetto.

Si sono costituite altresì la Provincia di Lecco e la controinteressata Cooperativa Sociale Gialla chiedendo il rigetto nel merito del ricorso.

Con ordinanza n. 2657/2024 del 11.10.2024 il Collegio ha dichiarato l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della domanda formulata dalla ricorrente ai sensi dell'art. 116 c.p.a., stante l'avvenuta ostensione dei documenti richiesti.

Con atto di motivi aggiunti depositato in data 18.10.2024 parte ricorrente ha dedotto ulteriori argomentazioni a sostegno del secondo motivo di ricorso.

In vista dell'udienza di discussione, le parti hanno depositato memorie ai sensi dell'art 73 c.p.a.

All'udienza pubblica del 23.01.2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Deve preliminarmente essere delibata l'eccezione di irricevibilità del ricorso, sollevata dalla difesa del Comune.

3. L'eccezione è priva di pregio.

Il comma 2 dell'art. 120 c.p.a., a seguito della sua sostituzione ad opera dell'art. 209, comma 1, lett. a), D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, prescrive, a far data dal 1 aprile 2023, che il termine (di trenta giorni) per l'impugnazione degli atti delle procedure di affidamento e di concessione disciplinate dal codice dei contratti pubblici «decorre, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 90 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022 oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del medesimo codice».

L'art. 36 D.Lgs. 36/2023 stabilisce, inoltre, che «L'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione sono resi disponibili, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale di cui all'articolo 25 utilizzata dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi

contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90».

Come recentemente chiarito dal Consiglio di Stato (Sez. V, 15.10.2024, n. 8257), l'esigenza di evitare la proposizione di ricorsi al buio, nell'interesse del privato all'esercizio consapevole del diritto di azione ma anche di quello oggettivo dell'ordinamento a non gravare la struttura giudiziaria di iniziative processuali non supportate dalle informazioni necessarie, viene conciliata nel nuovo Codice dei contratti pubblici, con quella, non meno rilevante, di assicurare il rapido consolidamento del provvedimento amministrativo, attraverso un meccanismo che combina gli oneri informativi, che devono essere assolti d'ufficio della stazione appaltante, con gli oneri di diligenza facenti carico agli operatori economici interessati.

Nel caso di specie, è incontrovertito che, con la comunicazione dell'aggiudicazione (avvenuta in data 20.06.2024), non siano stati resi noti alla seconda graduata tutti gli atti indicati all'art. 36 D.Lgs. 36/2023, ciò che ha reso necessaria la proposizione, da parte di quest'ultima, di un'istanza di accesso (v. pec inviata in data 24.06.2024 *sub* doc. 12 ricorr.).

Posto che i documenti richiesti sono stati trasmessi dalla Provincia di Lecco in data 02.07.2024, è da tale momento deve computarsi il termine decadenziale di trenta giorni per la presentazione dell'impugnativa avverso il provvedimento di aggiudicazione.

Il ricorso, notificato in data 09.08.2024, tenuto conto della sospensione feriale dei termini processuali, non può, pertanto, essere considerato tardivo.

4. Con il primo motivo si lamenta la mancata esclusione della controinteressata dalla gara, nonostante la presentazione da parte della stessa di un'offerta tecnica inidonea a soddisfare l'interesse sostanziale dell'Amministrazione, rappresentato dall'obbligo,

gravante sul concessionario, di garantire il rispetto del rapporto operatore socio-educativo/bambini presenti di 1:8 nelle ore di attività “finalizzate” e di 1:10 nelle ore di attività “non finalizzate”.

5. Sul punto, va anzitutto disattesa l’eccezione di inammissibilità della censura sollevata dalla difesa della Provincia sul presupposto che non si verserebbe in ipotesi di carenza di un requisito minimo, richiesto a pena di esclusione, bensì di contestazione circa l’attribuzione del punteggio tecnico relativo a uno dei sottocriteri previsti dall’art. 18 del Disciplinare di gara, priva di rilievo in quanto inidonea a superare la c.d. prova di resistenza.

5.1. Nell’art. 28 del Capitolato speciale descrittivo-prestazionale di gara (doc. 3 ricorr.) è chiaramente previsto che *“Il Concessionario deve assicurare che il personale impiegato per la gestione del Servizio di Asilo Nido possieda i requisiti previsti dalla Delibera di Giunta Regionale n. 20588 del 11.02.2005, come aggiornata dalla DGR 2929/20 Regione Lombardia, garantendo altresì il rispetto del rapporto personale/bambino e l’applicazione dei relativi parametri previsti dalla normativa sopraindicata. Nel corso dell’apertura del servizio deve essere mantenuto il rapporto operatore socio educativo:bambini da 1:8 a 1:10 come stabilito dalla DGR 2929/2020 a fronte del numero dei bambini presenti. La possibilità di garantire la compresenza con personale volontario/ausiliario/stage/tirocinante è data solo per le ore non finalizzate e comunque garantendo il rapporto operatore socioeducativo bambini 1:10. Oltre al rispetto del rapporto minimo indicato, è obbligatoria la compresenza di n. 2 (due) operatori durante tutto l’orario di apertura del servizio”*.

Analogamente, l’art. 3.2.5 del Progetto a base di gara ex art. 41, comma 12, D.Lgs. 36/2023 (doc. 4 ricorr.) stabilisce che *“La progettazione del servizio rispetta gli standard strutturali, organizzativi e qualitativi fissati dalla Regione Lombardia. È obbligatoria la compresenza di 2 operatori durante tutto l’orario di apertura del servizio. Nel corso dell’apertura del servizio deve essere mantenuto il rapporto operatore socio educativo: bambini (da 1:8 a 1:10) come stabilito dalla DGR 2929/2020 a fronte del numero dei bambini presenti. La possibilità*

di garantire la copresenza con personale volontario/ ausiliario/ stage/ tirocinante è data solo per le ore non finalizzate e comunque garantendo il rapporto operatore socioeducativo bambini 1:10”.

5.2. Dal tenore delle suddette previsioni emerge inequivocabilmente come il rispetto del rapporto operatore socioeducativo/bambini presenti di cui alla DGR 2929/2020 costituisca un requisito minimo di partecipazione alla procedura *de qua*, rientrando tra quelle caratteristiche della prestazione stimate indefettibili dagli atti di gara, in quanto essenziali ai fini del soddisfacimento dell’interesse perseguito dalla stazione appaltante mediante l’indizione della procedura di affidamento in esame.

Il contenuto dell’offerta definito dalla *lex specialis* corrisponde, infatti, all’utilità che l’amministrazione intende acquisire mediante la procedura, ferme ulteriori utilità da elementi dell’offerta che il bando non precostituisce e rimette alle scelte organizzative dell’operatore economico che partecipa alla gara, e che concorrono, nella misura in cui si innestano sul livello delle componenti necessarie dell’offerta, al raggiungimento di un livello di qualità da poi comparare con le parallele offerte e graduare al fine della selezione del miglior contraente (Cons. Stato, 20 aprile 2020, n. 2486).

La presenza di uno specifico quadro esigenziale, quello riflesso nella *lex specialis*, è del resto presupposto immanente a qualsiasi gara pubblica, la cui causa consiste nell’approvvigionare, mediante il più conveniente dei possibili contratti, la pubblica amministrazione delle opere, dei beni o dei servizi di cui effettivamente necessita nell’interesse generale, non nel mero mettere a disposizione delle imprese interessate un’occasione ordinaria di lavoro da modulare sulle loro preferenze organizzative (Cass., 10 luglio 1984, n. 4050; III, 9 febbraio 1991, n. 1346; I, 25 febbraio 1993, n. 2328; III, 9 dicembre 1997, n. 12449; 31 luglio 2002, n. 11356; I, 2 luglio 2010, n. 15784).

In altri termini, le caratteristiche essenziali e stimate indefettibili (ossia i requisiti minimi) delle prestazioni o del bene, definite dal bando, costituiscono una legittima

condizione di partecipazione alla procedura: logica del resto vuole che il contratto vada aggiudicato a un concorrente che sia in grado di assicurare il minimo prestabilito che corrisponde all'essenza della res richiesta. E la significatività della regola è dimostrata anche dal fatto che essa vale anche se la *lex specialis* non commina espressamente l'esclusione per l'offerta che abbia caratteristiche difformi da quelle richieste. Ciò perché una tale difformità comunque concretizza un *aliud pro alio* che comporta, di per sé, l'esclusione dalla gara, anche in mancanza di un'apposita comminatoria (*ex multis*, Cons. Stato, V, 25 ottobre 2019, n. 5260; 20 dicembre 2018, n. 7191; III, 3 agosto 2018, n. 4809; 26 gennaio 2018, n. 565; sul punto, anche Cons. Stato, V, 5 maggio 2016, n. 1818; 28 giugno 2011, n. 3877).

6. Ciò premesso, nel merito la doglianza è infondata.

6.1. La tesi di parte ricorrente muove, infatti, da una non condivisibile lettura della tabella inserita a pag. 14 dell'offerta tecnica della controinteressata (doc. 14 ricorr., pag. 11), secondo cui dal contenuto della stessa emergerebbe che, “*a fronte di un numero complessivo di 43 bambini previsto nel periodo compreso tra le 9:00 e le 13:30, quindi all'interno del cosiddetto periodo di ore “finalizzare”, risultano essere presenti contemporaneamente solo 5 educatori*”, in luogo dei sei necessari in ossequio alla DGR 2929/20 richiamata negli atti di gara, e durante la fascia oraria 15:00-16:00, anziché essere assicurati 4 educatori, ne sarebbero previsti solo tre.

6.2. Ritiene il Collegio che, per converso, meriti adesione la tesi della controinteressata, ad avviso della quale, fermo il rispetto della dotazione organica minima richiesta dalla *lex specialis* (pari, nella specie, a 6 educatori nelle c.d. ore finalizzate e a 4 educatori nelle c.d. ore non finalizzate, atteso il numero complessivo di bambini iscritti pari a 43), essa, mediante la tabella in esame, si sarebbe limitata a prospettare le presenze e turnazioni del personale in funzione di una presenza media giornaliera di bambini, stimata in misura inferiore rispetto al numero complessivo degli iscritti in considerazione delle presumibili assenze (20%) dovute

al tasso di morbidità medio, al fine di precisare quanto più possibile il contenuto della propria offerta tecnica, e ciò nonostante la legge di gara non imponesse quale requisito minimo alcuna specificazione in ordine a tali elementi, contemplati unicamente ai fini dell'eventuale assegnazione di un punteggio aggiuntivo (si noti come, al riguardo, l'offerta tecnica della ricorrente - doc. 18 Comune - si limiti alla generica previsione secondo cui *“I turni lavorativi della educatrici tengono conto sia delle eventuali assenze dei bambini (stimate in media del 20%), con relativa riduzione dell'orario lavorativo del personale, sia delle esigenze pedagogiche legate ad alcuni momenti particolari, con relativo aumento del monte orario lavorativo”*, senza indicare il dettaglio delle turnazioni).

6.3. Depongono in tal senso:

- in primo luogo, il fatto che la stessa tabella in esame preveda (v. colonna di sinistra) la sussistenza di un numero di educatori pari a otto, ossia superiore rispetto alla dotazione organica richiesta dagli atti di gara nelle c.d. ore finalizzate (di 1:8) anche considerando il numero massimo di bambini potenzialmente presenti (ossia 43);

- in secondo luogo, il fatto che tale tabella sia inserita all'interno del paragrafo 2.2 dell'offerta tecnica della Cooperativa Sociale Gialla, rubricato *“Organizzazione del lavoro e del personale”*, e sia preceduta dalla seguente premessa: *“Le turnazioni del personale educativo sono organizzate al fine di garantire le compresenze durante tutto l'arco della giornata”*: elementi dai quali può ragionevolmente inferirsi come, in tal modo, la controinteressata abbia inteso dettagliare il contenuto della propria offerta in relazione al personale, al fine di conseguire un punteggio migliorativo in ossequio al sotto-criterio n. 8 previsto all'art. 18.1. del Disciplinare di gara, ossia *“Organizzazione del lavoro e del personale: orari, turnazioni e compresenza degli operatori, declinati per sezione”* (doc. 3 Provincia, pag. 21). Il fatto che la tabella *de qua* si limiti a prospettare delle possibili turnazioni del personale educativo nell'arco della giornata trova conferma, del resto, nel successivo paragrafo 2.3. (*“Modalità di sostituzione del personale”*), dove si legge che *“Al fine di garantire la pronta e sempre concreta disponibilità di operatori sostitutivi,*

la pianta organica del servizio è integrata da un gruppo di operatori specificamente adibiti alle sostituzioni, non inseriti nella turnazione fissa, utilizzati in via prioritaria per le sostituzioni del personale inseriti nella turnazione fissa”.

Del resto, il requisito minimo richiesto dai summenzionati atti di gara consisteva nell'assicurare il rapporto di un educatore ogni otto bambini (dieci nelle c.d. ore non finalizzate) presenti, con la conseguenza che il fatto che la controinteressata, nella tabella in esame, abbia indicato la compresenza di cinque educatori (anziché sei) nelle c.d. ore finalizzate e di tre educatori (anziché quattro) nelle c.d. ore non finalizzate, stimando una presenza media giornaliera di 34 bambini (a fronte dei 43 complessivamente iscritti) in ragione della decurtazione del 20% per morbidità, non inficia il rispetto del suddetto requisito.

6.4. A ciò si aggiunga che la circostanza, dedotta dalla controinteressata, circa il fatto che il personale educativo in dotazione della stessa fosse sufficiente a coprire il fabbisogno richiesto dalla legge di gara (cfr. pag. 7 memoria di costituzione: *“A destra della tabella vengono esplicitate le ore settimanali delle 8 figure educative con 212,50 ore settimanali, sovrabbondante rispetto alle esigenze del servizio anche nella ipotesi (oggettivamente impossibile) che il servizio sia full con 43 bambini presenti dalla apertura alle ore 7,30 sino alla chiusura alle ore 18,00...La ricorrente...omette di considerare che lo schema è dichiaratamente al lordo della morbidità rendendo pienamente conforme l'offerta di Gialla, desumibile dal numero del personale offerto e dal relativo monte ore settimanale (evincibile a destra e sinistra della tabella), ovvero che la dotazione organica prevista dalla controinteressata è congrua e perfettamente conforme alle disposizioni normative ed alla legge di gara”*) non è stata oggetto di specifica contestazione da parte della ricorrente, con la conseguenza che deve ritenersi provata ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 64, comma 2, c.p.a.

6.5. Pertanto, il primo motivo di ricorso è infondato.

7. Con il secondo motivo si lamenta la mancata esclusione dell'aggiudicataria per incongruità del costo della manodopera da essa indicato nella propria offerta

economica ovvero l'omessa attivazione del sub-procedimento per la verifica dell'anomalia dell'offerta di cui all'art. 110 D.Lgs. 36/2023 e art. 17 del Disciplinare di gara sotto un duplice profilo: in primo luogo, per avere la Cooperativa Sociale Gialla indicato tale costo in misura coincidente con quella prevista nella *lex specialis*, a sua volta frutto di un errore di calcolo oltre che basata su presupposti erronei; in secondo luogo, per l'incongruità *ex se* del costo della manodopera indicato dalla aggiudicataria, e ciò prendendo come riferimento tanto il CCNL "Cooperative Sociali" (indicato nella *lex specialis*), quanto il diverso CCNL scelto da quest'ultima ("Aninset"). In relazione al primo dei suddetti profili, la ricorrente ha altresì dedotto la illegittimità del PEF e degli altri documenti di gara nella parte in cui prevedono un costo della manodopera errato.

8. Muovendo dalla doglianza da ultimo menzionata, ritiene il Collegio che possa prescindere dall'esame della stessa – e, per l'effetto, della relativa eccezione di tardività (sollevata dalla difesa del Comune) – posto che la stessa ricorrente, nei propri scritti difensivi, ha precisato di non avere interesse alla caducazione dell'intera gara (cfr. pag. 14 memoria depositata in data 07.01.2025: *“la censura con cui, nel ricorso introduttivo, l'esponente ha contestato l'illegittimità del costo personale indicato nei documenti di gara va posta in relazione al motivo di ricorso volto ad eccepire l'inadeguatezza dell'identico costo del personale indicato dalla controinteressata nella propria offerta economica...Né la ricorrente, diversamente da quanto infondatamente sostenuto dalle controparti, ha collegato le censure avverso il costo del personale indicato dalla stazione appaltante ad una – non formulata – domanda di annullamento della procedura di gara”*).

9. Le doglianze in esame – da trattare congiuntamente in quanto strettamente connesse – sono fondate nei limiti di seguito precisati.

10. È anzitutto pacifico, in quanto ammesso dalle stesse Amministrazioni resistenti, che il costo della manodopera indicato negli atti di gara fosse errato in quanto:

- il valore complessivo del costo del personale indicato nel PEF, pari a Euro 243.140,65 annui, non coincide con la somma aritmetica delle singole voci relative al costo delle varie figure professionali riportate nella tabella a pag. 8 del medesimo documento, che, ove calcolata correttamente, ammonterebbe a Euro 257.930,82: difatti, il predetto importo di Euro 243.140,65 non tiene conto del costo relativo alla figura del cuoco (cfr. pag. 6 memoria cost. Provincia: *“difetta, in effetti, il costo annuo del “cuoco”...La somma di Euro 243.140,65 (indicata dal Comune quale costo complessivo di manodopera, a cui si dovrebbe in realtà aggiungere la somma annua di Euro 14.790,18 per l’attività del cuoco”*; pag. 4 memoria cost. Comune: *“È vero che la sommatoria del costo degli addetti al servizio non è corretta (in sostanza, non è stato computato il costo del cuoco”*). Conseguentemente, il costo della manodopera computato per la durata quinquennale della concessione avrebbe dovuto essere pari a Euro 1.289.654,10, anziché al minor importo di Euro 1.215.703,25 indicato dall’ente concedente;
- i costi della manodopera riportati nel PEF, ancorché dichiaratamente stimati *“sulla base dei posti di capienza dell’Asilo nido (43 posti)”* (v. pag. 9 Progetto ex art. 41, comma 12, D.Lgs. 36/2023 sub doc. 4 ricorr.), si basavano in realtà sull’organico indicato dal concessionario uscente (odierna ricorrente) per il servizio svolto nell’anno 2023, allorché, tuttavia, l’asilo era frequentato da 53 bambini (cfr. art. 5 Capitolato speciale: *“Il costo della manodopera ai sensi dell’art. 41, comma 14 del D.Lgs. n.36/2023, è pari ad € 243.140,65 annuo (importo costo manodopera anno 2023 attuale gestione) e, quindi, ad € 1.215.703,25 per il quinquennio”*; pag. 4 memoria cost. Comune: *“È vero che...la valutazione dei costi deriva dalla capacità massima dell’asilo (43 bambini + 20% = 52)”*);
- l’odierna controinteressata, nella propria offerta economica e nel PEF ad essa allegato, ha indicato il medesimo costo della manodopera riportato negli atti di gara (doc. 16 ricorr. e doc. 14 Comune).

Da quanto evidenziato emerge, dunque, come l’offerta economica della controinteressata abbia mutuato gli errori relativi al calcolo del costo della

manodopera non soggetto a ribasso contenuti nel PEF e negli altri atti di gara. In particolare, avuto riguardo al costo del cuoco, non ci si può esimere dal rilevare come, a fronte della pacifica pretermissione dello stesso nel computo effettuato dall'ente concedente, non risulti provata la circostanza che, per converso, la controinteressata ne abbia tenuto conto nella formulazione della propria offerta economica: invero, da un lato, il PEF allegato all'offerta della Cooperativa Sociale Gialla (doc. 15 Comune) si limita a riportare il costo complessivo del personale, non consentendo pertanto di verificare se esso ricomprendesse o meno anche il costo di tale figura professionale; dall'altro, la controinteressata nulla ha dedotto sul punto, limitandosi a sostenere che il minor importo indicato dall'ente concedente era compensato dal fatto che esso era stato stimato su una maggiore dotazione organica rispetto a quella richiesta per la gara in esame (ossia 53 bambini anziché 43).

Ritiene il Collegio che le evidenziate incongruenze inficiano l'offerta economica della controinteressata, seppur non fossero tali da giustificare l'automatica esclusione della stessa, avrebbero nondimeno reso necessaria l'attivazione da parte dell'ente concedente del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, al fine di accertare se in concreto la medesima, nel suo complesso, fosse attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione della concessione.

Né in senso contrario può assumere rilievo il contenuto dell'art. 17 del Disciplinare di gara (*"Nel caso in cui abbia indicato un costo della manodopera inferiore al costo previsto dalla stazione appaltante, lo stesso sarà soggetto a verifica"*), invocato dalla controinteressata al fine di sostenere che tale verifica si sarebbe resa necessaria soltanto nell'ipotesi – non sussistente nella specie – in cui l'operatore economico avesse indicato un costo della manodopera inferiore rispetto a quello previsto negli atti di gara: nella fattispecie in esame, infatti, attesa l'erroneità in sé del costo della manodopera indicato dall'ente concedente, tale importo non avrebbe potuto costituire valido parametro da utilizzarsi ai fini della predetta verifica.

11. La ricorrente ha ulteriormente lamentato l'incongruità del costo della manodopera indicato dalla controinteressata e l'omessa attivazione del sub-procedimento di verifica dell'anomalia, e ciò prendendo come riferimento tanto il CCNL "*Cooperative Sociali*" (indicato nella *lex specialis*), quanto il diverso CCNL scelto da quest'ultima ("*Aninsei*"), stante, in quest'ultimo caso, la mancanza del requisito dell'equivalenza delle tutele dei due contratti (profilo, questo, ulteriormente dedotto nell'atto di motivi aggiunti).

12. La censura in esame, priva di pregio nella parte in cui la ricorrente pretende di dimostrare l'incongruità dell'offerta economica della Cooperativa Sociale Gialla mediante l'applicazione di un CCNL – quello "*Cooperative Sociali*" – diverso da quello in concreto utilizzato da quest'ultima (cfr. pag. 14 ricorso: "*prendendo come base di riferimento il "CCNL Cooperative Sociali..."*"), è, per converso, fondata nella parte in cui mira a stigmatizzare la violazione dell'art. 11 D.Lgs. 36/2023.

12.1. La norma da ultimo richiamata (*ratione temporis* vigente) stabilisce che «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» (comma 3) e 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» (comma 4).

Come chiarito dall'ANAC in una prima interpretazione della norma *de qua* (Relazione Illustrativa al Bando tipo n. 1/2023), la valutazione in esame "*deve necessariamente avere ad oggetto sia le tutele economiche che quelle normative in quanto complesso*

inscindibile” e, a tali fini, si possono trarre utili elementi di riferimento dalle indicazioni fornite dall’Ispettorato Nazionale del Lavoro con la Circolare n. 2 del 28/7/2020.

12.2. Nel caso di specie, l’aggiudicataria si è avvalsa della facoltà riconosciuta dall’art. 11, comma 3, D.Lgs. 36/2023, indicando un CCNL diverso da quello previsto all’art. 3 del Disciplinare di gara e depositando una espressa dichiarazione di equivalenza tra i due contratti (doc. 17 Comune).

Ebbene, a fronte di ciò, ritiene il Collegio che l’ente concedente avrebbe dovuto procedere, in ossequio al disposto dell’art. 11, comma 4, D.lgs. 36/2023 *ratione temporis* applicabile, alla verifica del contenuto della suddetta dichiarazione, anche con le modalità di cui all’art. 110 del medesimo decreto legislativo, ciò che, tuttavia, non è avvenuto, essendosi l’Amministrazione limitata a recepire supinamente la dichiarazione resa dalla aggiudicataria.

E, invero, se, da un lato, mediante l’istituto in esame il legislatore ha inteso riconoscere agli operatori economici una maggiore flessibilità nella propria organizzazione aziendale, quale corollario della libertà di iniziativa economica privata scolpita all’art. 41 Cost. (con la conseguenza che la norma in esame non può essere interpretata in senso eccessivamente restrittivo, in quanto occorre evitare di introdurre freni non necessari alla concorrenza e al principio di massima partecipazione – v. in tal senso T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, ord. 12.03.2024, n. 89), dall’altro tale facoltà deve contemperarsi con la ineludibile tutela dei lavoratori, la quale postula un’attenta disamina da parte della stazione appaltante circa l’equivalenza delle tutele (economiche e normative) riconosciute in forza del diverso CCNL prescelto dall’operatore economico.

Al fine di precisare il contenuto della suddetta valutazione, del resto, il legislatore è recentemente intervenuto mediante l’art. 2, comma 1, lett. d), D.Lgs. 31 dicembre 2024, n. 209, che – a far data dal 31.12.2024 - ha così modificato il comma 4 dell’art. 11 D.Lgs. 36/2023: «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, in conformità all'allegato I.01.6».

In particolare, l'art. 3 del predetto Allegato introduce una espressa presunzione di equivalenza, l'art. 4 precisa i criteri da tenere in considerazione ai fini della verifica di equivalenza nell'ipotesi in cui l'anzidetta presunzione non possa trovare applicazione (art. 4 Allegato I.01.6 al D.Lgs. 36/2023) e, infine, l'art. 5 (rubricato "*Verifica della dichiarazione di equivalenza*") stabilisce che *"1. Per consentire alle stazioni appaltanti ed enti concedenti di verificare la congruità dell'offerta ai sensi dell'articolo 110, gli operatori economici trasmettono la dichiarazione di equivalenza di cui all'articolo 11, comma 4, in sede di presentazione dell'offerta. 2. Prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione, la stazione appaltante o l'ente concedente verifica la dichiarazione di equivalenza presentata dall'operatore economico individuato"*.

Le disposizioni da ultimo richiamate - ancorché non operanti alla data di svolgimento della procedura evidenziale in esame - confermano (e precisano) quanto già previsto dal previgente art. 11, comma 4, D.Lgs. 36/2023, ossia come la determinazione di affidamento/aggiudicazione debba necessariamente essere preceduta dalla verifica della dichiarazione di equivalenza, la quale assume, pertanto, carattere obbligatorio.

Nella fattispecie di cui è causa tale adempimento risulta, per converso, del tutto omesso, non essendovi traccia, né nei verbali di gara né nella determinazione di affidamento, dell'effettivo espletamento della verifica relativa al contenuto della dichiarazione di equivalenza resa dalla controinteressata.

12.3. Pertanto, in disparte la fondatezza della lamentata carenza del requisito dell'equivalenza delle tutele tra il CCNL applicato dalla controinteressata e quello individuato dall'ente concedente (il cui vaglio è precluso a questo Giudice, trattandosi di potere amministrativo non ancora esercitato – v. art. 34, comma 2, c.p.a.), il motivo di ricorso in esame è fondato, nei termini sin qui precisati.

13. Stante la fondatezza della predetta doglianza, il terzo motivo di ricorso, articolato in via subordinata, deve ritenersi assorbito.

14. In conclusione, il ricorso è meritevole di accoglimento nei limiti precisati, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati, dovendo l'ente concedente procedere all'esercizio del potere di verifica di anomalia dell'offerta presentata dalla Cooperativa Sociale Gialla, non ancora esercitato, alla luce dei rilievi contenuti nella presente sentenza.

15. Attesa la necessità che l'ente concedente svolga l'anzidetta valutazione, nulla può disporsi, allo stato, in ordine alla domanda di condanna al risarcimento in forma specifica mediante affidamento della concessione in favore della ricorrente ovvero, in subordine, al risarcimento per equivalente pecuniario.

16. La parziale fondatezza del ricorso e la novità delle questioni esaminate giustificano la compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto e integrato da motivi aggiunti, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere

Silvia Torraca, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Silvia Torraca

IL PRESIDENTE

Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO

WWW.LAVORIPUBBLICI.IT