

Pubblicato il 13/01/2017

N. 00045/2017 REG.SEN.  
N. 01078/2016 REG.RIC.



**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 staccata di Brescia (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1078 del 2016, proposto da:  
Dussmann Service Srl, in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez, Davide  
Moscuza, Marcello Psaro, con domicilio eletto presso lo studio del  
primo in Brescia, Via Marsala n. 14;

*contro*

Fondazione Casa Serena Onlus, non costituitasi in giudizio;

*nei confronti di*

Sodexo Italia Spa, in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Boifava, domiciliato ex  
art. 25 cpa presso T.A.R. Segreteria in Brescia, Via Carlo Zima, 3;

*per l'annullamento*

- DEL VERBALE DEL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE  
DELLA FONDAZIONE IN DATA 27/7/2016, RECANTE  
L'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA ALLA

CONTROINTERESSATA DELLA GARA PER L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI INTEGRATI DI RISTORAZIONE E PULIZIA;

- DEGLI ATTI E DEI VERBALI DELLE OPERAZIONI DI GARA DEL SUB-PROCEDIMENTO DI VERIFICA DELL'ANOMALIA, NELLA PARTE IN CUI LA STAZIONE APPALTANTE NON HA ESCLUSO LA CONTROINTERESSATA;

e per la dichiarazione di inefficacia

- DEL CONTRATTO MEDIO TEMPORE STIPULATO;

e per il risarcimento del danno

- IN FORMA SPECIFICA MEDIANTE L'AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO, OVVERO IN SUBORDINE PER EQUIVALENTE.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sodexo Italia Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Sodexo Italia Spa;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2016 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

L'intimata Fondazione ha indetto una gara d'appalto per l'affidamento quadriennale (rinnovabile per ulteriori 3 anni) dei servizi integrati di ristorazione e pulizia, per un importo complessivo

a base d'asta di € 8.400.000 al netto dell'IVA (inclusi gli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso).

Alla procedura competitiva – svoltasi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – hanno preso parte 4 imprese. Al termine della selezione, la controinteressata Sodexo Italia Spa (di seguito: Sodexo) è stata individuata come aggiudicataria con 98,35 punti (60 per il progetto tecnico e 38,35 per l'offerta economica), mentre l'odierna ricorrente si è collocata al secondo posto con 94,53 (55,62 + 38,91) davanti a ATI Cir Food e a Fabbro Spa (cfr. verbale n. 5 – doc. 3). Il sub-procedimento di verifica si è concluso positivamente, ed è stato quindi adottato l'atto di affidamento in via definitiva.

Con l'introdotta gravame, ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione, Dussmann Service Srl (di seguito: Dussmann) impugna gli atti di gara in epigrafe, deducendo le seguenti censure in diritto:

a) Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 del CCNL Uneba per il personale dipendente dei settori socio-assistenziale, sociosanitario ed educativo, inosservanza degli artt. 86 comma 3-bis, 87 comma 3 e 88 comma 7 del D. Lgs. 163/2006, eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti, ingiustizia, illogicità e irragionevolezza manifeste, poiché l'offerta di Sodexo non rispetta il costo del lavoro previsto dal CCNL Uneba e si discosta in modo significativo dagli oneri stabiliti nelle tabelle del CCNL Pubblici Servizi Ristorazione Collettiva di cui si è avvalsa quando era precedente gestore;

b) Violazione e falsa applicazione degli artt. 86 comma 3-bis, 87 comma 3 e 88 comma 7 del D. Lgs. 163/2006, eccesso di potere per

grave carenza di istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti, ingiustizia, illogicità e irragionevolezza manifeste, posto che il calcolo effettuato su tutte le figure professionali e sui livelli previsti nel progetto Sodexo e nelle relative giustificazioni – secondo il prospetto elaborato alla tabella di cui al doc. 16 – il differenziale negativo è pari a € 34.706,38, con una perdita di 13.962,82 € per anno in rapporto all'utile dichiarato di 20.743,56 €; l'impresa doveva essere pertanto esclusa dalla gara;

c) Sotto altro profilo, violazione e falsa applicazione degli artt. 86 comma 3-bis, 87 comma 3 e 88 comma 7 del D. Lgs. 163/2006, eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti, ingiustizia, illogicità e irragionevolezza manifeste, dato che la retribuzione oraria applicata è di gran lunga inferiore a quella prevista dal CCNL pubblici esercizi, con una variazione *in peius* del 12,64%;

d) Violazione e falsa applicazione degli artt. 11 comma 6 e 46 comma 1-bis del D. Lgs. 163/2006, eccesso di potere per contraddittorietà, visto che la dotazione di personale indicata a pag. 15 del progetto tecnico (23 unità) è insufficiente, come da ammissione della stessa Sodexo, e sono necessarie ulteriori unità delle quali non vi è traccia nella relazione, con conseguente indeterminatezza e rilevabilità di costi non computati.

La ricorrente chiede in via principale la tutela in forma specifica, mediante il conseguimento dell'aggiudicazione. In via subordinata formula istanza di risarcimento per equivalente.

Si è costituita in giudizio la sola controinteressata, la quale in data 8/11/2016 ha proposto ricorso incidentale, chiedendo l'annullamento degli atti di gara nella parte in cui la ricorrente non è

stata esclusa dal confronto comparativo. In diritto ha dedotto la violazione e falsa applicazione degli artt. 9 e 11 del disciplinare, degli artt. 24, 25, 26, 125 del capitolato speciale, degli artt. 46 comma 1-bis, 68 e 74 del D. Lgs. 163/2006, dell'art. 72 del R.D. 827/24, l'inosservanza dei principi dell'evidenza pubblica, l'eccesso di potere per travisamento dei presupposti, illogicità e ingiustizia manifesta, dato che:

- la ricorrente ha garantito una copertura parziale (pari a meno della metà) rispetto all'ampia fascia oraria (8-20) indicata dalla stazione appaltante per gli interventi di pulizia d'urgenza, ossia non programmati né programmabili, da eseguirsi immediatamente a semplice richiesta del committente, con conseguente insufficienza del progetto elaborato rispetto a quello posto a base di gara ed obbligo di esclusione dalla selezione;

- Dussmann ha inoltre previsto 9 addetti per il servizio mensa, 4 dei quali (indicati con i numeri 9, 12, 13 e 15) sono assunti con un contratto per sole 14 ore settimanali, in quanto tale assolutamente *contra jus*, dato che l'orario ridotto non può scendere sotto le 15 ore settimanali; sotto altro profilo viene offerta una dotazione di risorse umane inferiore al minimo richiesto.

Conclude Sodexo affermando che la fondatezza del ricorso incidentale rende il gravame principale inammissibile per carenza di interesse.

Con ordinanza n. 665, adottata nella Camera di consiglio del 12/10/2016, questa Sezione ha fissato la data dell'udienza pubblica di discussione del merito, vietando medio tempore la stipulazione del contratto con l'impresa aggiudicataria.

Alla pubblica udienza del 15/12/2016 il gravame introduttivo e il ricorso incidentale sono stati chiamati per la discussione e trattenuti in decisione.

## DIRITTO

La ricorrente censura gli atti della procedura selettiva (terminata con l'aggiudicazione a Sodexo) indetta dall'intimata Fondazione per l'affidamento dei servizi integrati di ristorazione e pulizia. La controinteressata, a sua volta, denuncia l'omessa esclusione di Dussmann dal confronto comparativo.

A. La questione dell'ordine di trattazione dei ricorsi – principale e incidentale – è stata rivisitata da questo T.A.R. (cfr. sentenza Sezione 28/6/2016 n. 884, che non risulta appellata) alla luce del pronunciamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (cfr. Grande Sezione, sentenza 5/4/2016, causa C-689) secondo la quale è irrilevante, ai fini della corretta applicazione dei principi affermati nella sentenza CGUE, sez. X, 4 luglio 2013, C-100/2012 (c.d. sentenza Fastweb), il numero dei partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico, il numero dei concorrenti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti (per un'applicazione, T.A.R. Lazio Roma, sez. II-bis – 4/5/2016 n. 5063; si veda anche T.A.R. Campania Salerno, sez. I – 11/5/2016 n. 1159, che risulta appellata).

A.1 Con la sentenza n. 884/2016 questa Sezione ha nello specifico puntualizzato quanto segue: <<Per la verità, come rammentato da T.A.R. Puglia Lecce, sez. II – 5/5/2016 n. 768, il precedente orientamento era già stato messo in discussione dalla Corte di Cassazione (cfr. Sezioni Unite civili – 6/2/2015 n. 2242) che aveva sottolineato “il disagio anche nella sola formulazione dell'ipotesi che una posizione di interesse legittimo, quale

*indubbiamente è quella dell'offerente che agisce in giudizio contestando la legittimità dell'aggiudicazione a favore di un terzo, possa essere poi qualificata come interesse di mero fatto, in quanto non differenziata e non qualificata, per effetto dell'accoglimento del ricorso incidentale". Con la medesima pronunzia, le Sezioni Unite avevano ritenuto che l'indicato orientamento deve ritenersi errato alla luce dell'art. 1 cod. proc. amm., "che detta la regola fondamentale per cui la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo" ed aveva annullato – in quanto tale da negare, sostanzialmente, la tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo – una decisione del Consiglio di Stato, che aveva dato applicazione al surricordato criterio, "per impedire, anche nell'interesse pubblico, che il provvedimento giudiziario, una volta definitivo, espliciti i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, così come interpretato dalla Corte di Giustizia, con grave nocumento per l'ordinamento europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi degli Stati membri deve conformarsi alla normativa comunitaria" ... Ad ogni modo la Corte di Giustizia ha affermato la necessità di esaminare entrambi i ricorsi, principale e incidentale, a prescindere da quanti siano i concorrenti che sono rimasti in gara, e il Collegio opta per aderire a tale nuovo orientamento>>.*

A.2 Il predetto indirizzo ha trovato ulteriori conferme in giurisprudenza (cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII – 29/7/2016 n. 3973; Consiglio di Stato, sez. IV – 29/7/2016 n. 3339; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III – 20/7/2016 n. 1778; T.A.R. Toscana, sez. I – 28/10/2016 n. 1548, che risulta appellata), per cui si provvederà ad esaminare entrambi i ricorsi (introduttivo e incidentale).

1. Il Collegio propende per affrontare dapprima il gravame incidentale, con il quale la controinteressata deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 9 e 11 del disciplinare e degli artt. 24, 25,

26, 125 del capitolato speciale, degli artt. 46 comma 1-bis, 68 e 74 del D. Lgs. 163/2006, dell'art. 72 del R.D. 827/24, l'inosservanza dei principi dell'evidenza pubblica, l'eccesso di potere per travisamento dei presupposti, illogicità e ingiustizia manifesta, sotto un duplice profilo.

1.1 Anzitutto, sottolinea Sodexo che il sub-criterio qualitativo A.7 *“organizzazione del servizio”* mediante descrizione delle attività e del personale, premiava l'organizzazione proposta ove ritenuta più efficiente nel rispetto delle previsioni del capitolato: quest'ultimo esigeva, tra le ore 8 e le ore 20, un presidio per gli interventi di pulizia non programmati né programmabili, da eseguirsi immediatamente a semplice richiesta del committente. A fronte di ciò, la ricorrente ha garantito la copertura nelle fasce 7-9, 16-18 e 19.30-21, mentre non ha provveduto per gli ambiti temporali 9-16 e 18-19.30. Dussman ha così garantito meno della metà delle 12 ore di presidio richieste e l'assenza di una figura professionale addetta rende l'offerta incompleta, mentre non costituisce un'esimente il basso punteggio ottenuto (1,6 su 4, posto che il dimensionamento e gli orari di lavoro sono stati giudicati solo parzialmente adeguati) in quanto le difformità essenziali dell'offerta tecnica rivelano l'insufficienza del progetto elaborato rispetto a quello posto a base di gara, e legittimano l'esclusione dell'operatore economico senza possibilità di attivare il soccorso istruttorio (trattandosi di lacune afferenti alla proposta progettuale e non alla documentazione amministrativa).

La doglianza è infondata.

1.2 L'art. 125 del capitolato statuisce espressamente che *“Nella fascia oraria compresa tra le ore 8,00 e le ore 20,00 l'OEA è tenuto ad intervenire con*

*attivazione immediata di interventi finalizzati ad un perfetto mantenimento del livello di pulizia. Tali interventi di pulizia non programmati né programmabili ... devono essere eseguiti ogni giorno dell'anno, a semplice richiesta da parte della Stazione appaltante ...*". Come ha esattamente rilevato la difesa della parte ricorrente, l'enunciata disposizione della *lex specialis* non impone al concorrente aggiudicatario la creazione di un'apposita postazione fissa, ma di sopperire – nell'arco temporale indicato – alle situazioni di emergenza che dovessero insorgere per qualsivoglia ragione. Di conseguenza, ciascun aspirante affidatario doveva attrezzarsi per soddisfare la previsione del capitolato attraverso il proprio apparato organizzativo. L'accettazione di tutte le condizioni e le clausole di gara – comprendenti quella di cui si discorre – rappresentava così l'adempimento necessario e sufficiente a ritenere esaudita la prescrizione, e operando in questo modo la ricorrente ha assunto (anche) l'impegno ad onorare l'obbligazione puntualmente introdotta. Con riguardo alla memoria prodotta dalla controinteressata il 2/12/2016, ad avviso del Collegio è condivisibile la qualificazione come "essenziale" della prestazione appena descritta, ma la garanzia "implicita" del servizio per le fasce orarie 7:00 – 9:00, 16:00 – 18:00, 19:30 – 21:00 (cfr. pagina 3 della memoria) non esclude che le prestazioni possano essere rese per l'ulteriore arco temporale attraverso la propria organizzazione aziendale (e anche a prescindere dagli altri appalti in corso).

1.3 Sodexo sostiene inoltre che gli artt. 24, 25 e 26 del capitolato impongono di impiegare l'organico del personale dichiarato, e per l'esecuzione del servizio di ristorazione Dussmann ha previsto 9 addetti per il servizio mensa, 4 dei quali (indicati con i numeri 9, 12, 13 e 15) sono assunti con un contratto a tempo parziale per sole 14

ore settimanali, in quanto tale assolutamente *contra jus*, dato che l'impiego minimo previsto è per 15 ore alla settimana; da un lato risultano violate le condizioni normative previste dal CCNL e dall'altro viene offerta una dotazione di risorse umane insufficiente rispetto alle attività da svolgere (considerando che le restanti 5 figure non raggiungono la quota parte del servizio rimasta scoperta). Infine, la clausola sociale richiamata dal capitolato impone l'impiego di 6 addetti per 18 ore settimanali.

La prospettazione non merita condivisione.

1.4 L'impiego di personale – nella commessa di cui si controverte – per 14 ore settimanali non è incompatibile con l'invocata previsione contrattuale, la quale non impone di adibire le unità di personale presso un unico ambiente di lavoro, potendo le stesse trovare occupazione (per il tempo residuo) anche presso altre sedi dell'Azienda. In particolare, Dussmann (come la stessa controinteressata) è titolare di numerosi appalti, e dunque può distribuire le risorse umane tra le proprie articolazioni produttive, secondo le necessità. A riprova di ciò, l'esponente ha depositato (cfr. doc. 20) i contratti sottoscritti con Enti pubblici e privati aventi sede in prossimità del Comune di Brembate Sopra. In sede esecutiva, comunque, Dussmann potrà essere chiamata a comprovare che gli addetti indicati con i numeri 9, 12, 13 e 15 sono impiegati per un monte ore conforme alle previsioni del CCNL, in quanto svolgono attività anche presso altre strutture. Quanto all'ulteriore contestazione, per la quale il numero di unità sarebbe insufficiente, la ricorrente ha dettagliato la propria struttura organizzativa, la quale ha ottenuto un giudizio lusinghiero da parte della Commissione di gara, mentre la controinteressata non ha illustrato in modo specifico i

profili per i quali il personale occupato non garantirebbe l'esecuzione dei compiti stabiliti dalla legge di gara. Con riferimento alla cd. "clausola sociale", la medesima in effetti assume una conformazione "morbida", in quanto l'aggiudicatario può armonizzare il trasferimento dei lavoratori della passata gestione con la propria organizzazione d'impresa (cfr. art. 26 del capitolato). Alla luce di ciò, la diminuzione di 4 ore settimanali (da 18 a 14) per alcune unità che comunque conservano il posto di lavoro presso la struttura (eventualmente esperendo ulteriori attività presso altre unità) non confligge in modo significativo con il contenuto della clausola suddetta.

In conclusione il ricorso incidentale è infondato e deve essere respinto.

2. Passando all'esame del ricorso principale, Dussmann lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 3 del CCNL per il personale dipendente dei settori socio-assistenziali, sociosanitario ed educativo Uneba, l'inosservanza degli artt. 86 comma 3-bis, 87 comma 3 e 88 comma 7 del D. Lgs. 163/2006, l'eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti, ingiustizia, illogicità e irragionevolezza manifeste, poiché l'offerta di Sodexo non rispetta il costo del lavoro previsto dal CCNL Uneba e si discosta in modo significativo dagli oneri stabiliti nelle tabelle del CCNL Pubblici Servizi Ristorazione Collettiva di cui si è avvalsa quando era precedente gestore; in particolare, viene sottolineato che:

I. Il CCNL Uneba (che Sodexo ha dichiarato di applicare nell'esecuzione dell'appalto) prevede all'art. 3 che – qualora i lavoratori avessero in precedenza beneficiato di un migliore trattamento – il datore di lavoro è tenuto a mantenere le condizioni

preesistenti, corrispondendo le eccedenze economiche *“a titolo di assegno ad personam non assorbibile da futuri aumenti”*;

II. Sodexo è il gestore uscente del servizio, e in passato applicava il CCNL Pubblici Esercizi Ristorazione Collettiva (pacificamente più remunerativo), per cui può individuare una diversa cornice contrattuale restando comunque obbligata – in sede di prima applicazione del nuovo CCNL – a conservare inalterato il livello retributivo vantato dal proprio personale dipendente;

III. interpellata dalla stazione appaltante sulla possibile applicazione di condizioni deteriori in virtù del nuovo CCNL, nelle proprie giustificazioni Sodexo ha sostenuto di aver considerato nell’offerta *“ogni aspetto volto alla garanzia, per il personale in forza, di trattamenti equivalenti. Operazione questa facilitata stante il fatto che si tratta di personale è già alle nostre dipendenze”* (doc. 8 ricorrente);

IV. a titolo di esempio, nel raffronto del 3° livello professionale (cfr. figura del cuoco unico), la tabella del CCNL pubblici esercizi (doc. 12) prevede un costo annuale di 33.335 € a fronte di 1596 ore di lavoro effettive, con un costo orario di 20,89 €; nelle proprie giustificazioni per il personale della ristorazione Sodexo indica un onere complessivo per anno di 409.927,45 € con l’applicazione del CCNL Uneba (pagina 4 giustificazioni – doc. 13), e per il 3° livello contempla 2088 ore annue effettive (40 settimanali) con costo orario di 18,25 € (con uno scostamento in difetto di 2,64 € rispetto a € 20,89);

V. con il valore unitario del costo esibito dalla vincitrice (€ 18,25) e le ore effettive lavorate per anno (pari a 2.088) si ottiene un costo complessivo di 38.106 €, in apparenza superiore ai 33.335 € indicati

nel CCNL Pubblici Esercizi, e tuttavia i valori messi a confronto sono disomogenei;

VI. il costo orario (18,25 €) non è stato moltiplicato per le ore effettive previste dal CCNL (pari a 1596) ma per un quantitativo maggiore (2088), stabilito autonomamente e indebitamente e superiore alla capacità oraria annuale, visto che il lavoratore dovrebbe lavorare senza interruzioni o assenze per 8 ore al giorno, 5 giorni la settimana e per 52,2 settimane;

VII. la stessa tabella allegata da Sodexo alle proprie giustificazioni (doc. 15) indica un numero di ore mediamente lavorate per anno pari a 1583;

VIII. peraltro, a pagina 15 dell'offerta tecnica, Sodexo ammette l'esigenza di un numero di persone in organico superiore, proprio per il fatto che 2.088 ore non potranno essere garantite (mediamente sono stimate 1634 ore per unità);

IX. moltiplicando il costo unitario stabilito nel contratto Uneba (18,25 €) per le ore effettive esibite da Sodexo a pagina 15 del progetto tecnico (1634), si ottiene la cifra di € 29.820,05, inferiore all'ammontare di 33.335 € enunciato nel CCNL Pubblici esercizi (la differenza si misura in 3.514,50 €);

X. è violata dunque una precisa clausola del contratto Uneba, e la vincitrice non garantisce ai propri dipendenti i trattamenti salariali minimi;

XI. con il prodotto del costo del lavoro di cui al CCNL pubblici esercizi (di 20,89 €) per il numero di ore effettive esibite da Sodexo (2.088) si ottiene un onere su base annua di 43.618,32, superiore a quello proposto in gara di 38.106 €.

2.1 La controinteressata ha illustrato le proprie difese nel modo seguente:

- l'invocato art. 3 non trova applicazione per gli operatori economici che decidono di applicare per la prima volta il CCNL Uneba in una realtà produttiva, perché la disposizione si riferisce esclusivamente a Enti/Associazioni/Fondazioni *ex Ipab* che trasformano il rapporto con i rispettivi dipendenti da pubblicistico in privatistico (si veda in proposito l'art. 1 sulla sfera di applicazione del CCNL);
- il comma 2 dell'art. 3, tralasciato dalla ricorrente, stabilisce che *“Per le Istituzioni che applicano per la prima volta il presente contratto, si procederà a una valutazione complessiva dei rispettivi trattamenti, secondo i criteri e le modalità previste negli appositi protocolli di cui all'art. 1 del presente CCNL, nell'ambito del rapporto tra le parti in sede locale”*;
- non si può paragonare un imprenditore a una istituzione, e tale opzione è condivisa nel parere formulato dal Segretario generale di Uneba del 24/11/2016, riprodotto integralmente;
- parte ricorrente omette di menzionare anche i commi 7 e 8 dell'art. 1, ai sensi dei quali *“Per facilitare l'applicazione del presente CCNL anche nelle situazioni in cui esso non è ancora operante, verranno concordati specifici protocolli regionali, in assenza dei quali verrà applicato il protocollo allegato al presente CCNL (allegato n. 2). Detti protocolli individuano i criteri e le modalità a cui attenersi nella fase di prima applicazione del presente CCNL”*;
- l'allegato 2 dispone che *“Nel caso di prima introduzione del presente CCNL, in sostituzione di altri contratti collettivi, al secondo livello di contrattazione verranno realizzati appositi protocolli”*. In carenza di protocollo di II livello che definisca le modalità ed i criteri per la trasformazione contrattuale, l'accordo applicativo aziendale si ispirerà a alcuni criteri, tra i quali quello per cui sul trattamento

retributivo sarà effettuata una comparazione con il precedente trattamento retributivo onnicomprensivo;

- le previsioni contrattuali hanno dunque natura programmatica e non precettiva;

- le giustificazioni (allegati 5 e 8 Dussman) danno conto in ogni caso del rispetto di un trattamento equivalente a quello sino ad oggi corrisposto in base al CCNL Turismo;

- non corrisponde al vero che le ore individuali stimate siano 2088 su base annua, dato che nel progetto si fa riferimento a 1634;

- la stazione appaltante non può imporre l'applicazione di un determinato CCNL, rientrando tale scelta nelle prerogative di organizzazione imprenditoriale;

- lo scostamento dai minimi tabellari è modesto, come dimostra il raffronto tra costi orari CCNL Uneba e CCNL Turismo di pagina 9 della memoria di costituzione;

- vi sono tipologie di spesa che Sodexo non è tenuta a sostenere (la rivalutazione del TFR pari al 3,30% non è più dovuta, vi è una riduzione percentuale del contributo INAIL da calcolare sulle retribuzioni imponibili);

- la giurisprudenza ha affermato la natura globale e sintetica del controllo di anomalia, ed è ingiusto focalizzare il giudizio unicamente su una voce di costo rispetto alle 16 complessive.

Detto ordine di idee non merita condivisione.

2.2 In via preliminare, si osserva che la giurisprudenza amministrativa ha affermato il principio secondo cui, nelle gare pubbliche, l'adesione a un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla *lex specialis* alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione, né la sua mancata applicazione può

essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, sicché deve negarsi in radice che la scelta di un determinato CCNL in luogo di un altro possa determinare, in sé, l'inammissibilità dell'offerta (T.A.R. Marche – 18/3/2016 n. 161 e la giurisprudenza ivi richiamata): il mero fatto dell'esistenza di un altro contratto collettivo che stabilisca trattamenti economici più vantaggiosi per il lavoratore, non può generare un contrasto del CCNL meno favorevole con l'art. 36 della Costituzione, in quanto ogni contratto rappresenta un parametro per valutare l'adeguatezza della retribuzione (Consiglio di Stato, sez. III – 17/6/2016 n. 2685, che conferma TAR Toscana, sez. I – 3/8/2015 n. 1155).

2.3 Ciò premesso, la fattispecie controversa investe aspetti di differente natura. Dussmann, infatti, censura l'inosservanza delle disposizioni contrattuali (CCNL Uneba) che Sodexo ha assunto l'impegno di applicare nella formulazione della propria offerta. Poiché risulta pacifica l'opzione dell'aggiudicataria per il contratto collettivo di cui si è appena dato conto (cfr. pagina 3 delle giustificazioni fornite il 12/7/2016), analizzando il percorso argomentativo illustrato dalla medesima nell'espone le tesi difensive va osservato anzitutto che il CCNL Uneba si applica (art. 1) a tutte le dipendenti e ai dipendenti di Associazioni, Fondazioni e altre Iniziative Organizzate operanti nel settore assistenziale, sociale, socio sanitario, educativo nonché a tutte le altre Istituzioni di assistenza e beneficenza aderenti all'UNEBA, comprese le *ex Ipab*. A titolo di specificazione, l'articolo prosegue statuendo che, per Associazioni e Iniziative Organizzate, si intendono Enti, Congregazioni religiose, Fondazioni, Associazioni anche prive di personalità giuridica, Cooperative, Privati, Federazioni o Consorzi. L'ambito soggettivo di

operatività del CCNL Uneba (compreso il suo articolo 3) è dunque assai esteso e comprende senz'altro gli operatori economici i quali, come Sodexo, hanno concorso all'affidamento dei servizi di ristorazione e pulizia a favore degli anziani ospiti della RSA. Del resto, la nota del 25/7/2016 predisposta a riscontro della richiesta della Fondazione del 20/7/2016 racchiude l'esplicita ammissione della scelta del contratto UNEBA per il servizio di ristorazione svolto nella struttura socio-sanitaria di cui si discorre.

2.4 In secondo luogo, l'invocata contrattazione di secondo livello (prevista dall'art. 3 comma 2 del CCNL Uneba) è associata ai protocolli regionali di cui all'art. 1, dei quali tuttavia non vi è traccia nella documentazione agli atti del giudizio, nè la controinteressata ha saputo fornire indicazioni sulla loro discussione, redazione e sottoscrizione. L'assenza dei suddetti protocolli provoca l'applicazione *“del protocollo nazionale allegato al presente CCNL allegato 2”* (art. 1 penultimo paragrafo). Detto allegato n. 2, nell'evocare il 2° livello di contrattazione, specifica che la sua applicazione ha l'obiettivo di garantire, nei confronti del personale in servizio, *“gli eventuali diritti acquisiti e il mantenimento delle eventuali condizioni di miglior favore”*. In assenza dell'accordo attuativo, ciascuna intesa aziendale si deve ispirare a precisi criteri tra i quali quello per cui, nel caso di trattamento complessivo annuo Uneba inferiore a quello in atto, *“verrà erogata la differenza in quote mensili (quattordicesimi) a titolo di superminimo <<ad personam>>”*. Sul punto, alcuna interferenza può rivestire la lettera del Segretario Uneba, del tutto sfornito di poteri rispetto all'interpretazione delle clausole contrattuali.

2.5 Appare dunque acclarata la cogenza della clausola di cui all'art. 3 comma 3 del CCNL Uneba nei confronti di Sodexo. Quest'ultima,

avendo deliberatamente (e legittimamente) scelto l'applicazione di tale contratto, doveva corrispondere le eccedenze economiche (calcolate per differenza con il miglior trattamento usufruito con il precedente CCNL) *“a titolo di assegno ad personam non assorbibile da futuri aumenti”*.

2.6 L'omessa dimostrazione della parità di trattamento retributivo introduce già di per se una grave lacuna nell'offerta. Il Collegio richiama sul punto la riflessione sviluppata da T.A.R. Trento – 11/2/2016 n. 83, secondo il quale *«costituisce fatto notorio che negli appalti di servizi (non solo di pulizie ma anche di front e back office) il costo della manodopera, che è strettamente correlato al numero delle ore di lavoro proposte, è la componente più significativa del prezzo offerto. Sulla questione, significativamente, il Consiglio di Stato ha affermato di recente che nelle gare cosiddette labour intensive, nelle quali è decisivo il costo del lavoro, non possono ammettersi “senza riserve offerte che sono formulate facendo applicazione di costi del lavoro molto contenuti”, in quanto “una determinazione complessiva dei costi basata su un costo del lavoro inferiore ai livelli economici minimi fissati in sede di contrattazione collettiva per i lavoratori del settore può costituire, infatti, indice di inattendibilità economica dell'offerta e di lesione del principio della par condicio dei concorrenti ed è fonte di pregiudizio per le altre imprese partecipanti alla gara che abbiano correttamente valutato i costi delle retribuzioni da erogare” (cfr. C.d.S., sez. III; 13.10.2015, n. 4699)>>*. Nel caso all'esame, la vincitrice non ha sciolto il dubbio circa il rispetto del CCNL di riferimento, puntuale e preciso nel disporre il divieto di riservare condizioni peggiorative al personale che in precedenza beneficiava di un livello retributivo più elevato.

2.7 Passando all'esame dell'ulteriore profilo, come già evidenziato nella sentenza di questa Sezione 17/6/2015 n. 860, in tema di

valutazione delle giustificazioni dell'anomalia dell'offerta presentata in gara d'appalto, la stazione appaltante è onerata a fornire una motivazione puntuale solo laddove intenda respingere le giustificazioni presentate e non qualora intenda accettarle, potendo in tal caso il suo giudizio essere motivato per relazione alle medesime giustificazioni. Tale indirizzo trova però un limite, costituito dall'adeguatezza e congruità delle giustificazioni presentate che si traduce, poi, nella loro attendibilità: solo questo può conferire loro l'attitudine a fungere da elemento di riferimento su cui misurare *per relationem* il giudizio di congruità (T.A.R. Toscana, sez. I – 11/12/2014 n. 2034 e la giurisprudenza ivi richiamata). Nel caso di specie, dopo il deposito delle giustificazioni, residuavano consistenti sospetti di anomalia ma soprattutto affiorava l'inosservanza di specifiche disposizioni del CCNL prescelto, che avrebbe dovuto indurre il Comune ad intervenire per assumere i provvedimenti opportuni.

2.8 Sodexo, nell'espone le proprie difese, ha sottolineato come lo scostamento dai minimi sia modesto, come dimostrerebbe il raffronto tra costi orari del CCNL Unieba e del CCNL Turismo (cfr. pagina 9 della memoria illustrativa rassegnata il 29/11/2016); inoltre, vi sarebbero tipologie di costo che Sodexo non è tenuta a sostenere (rivalutazione del TFR pari al 3,30% non più dovuta, riduzione della base percentuale di calcolo del contributo INAIL). In proposito, nel giudizio di anomalia, pur se – di regola – lo scostamento dal costo del lavoro, rispetto ai valori ricavabili dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, non può comportare di per sé un giudizio di inattendibilità, è tuttavia ammissibile un sindacato del giudice amministrativo sulla congruità complessiva dell'offerta qualora

emerga una discordanza considerevole e palesemente ingiustificata (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I – 13/5/2016 n. 677 e la giurisprudenza ivi citata). Come evidenziato da T.A.R. Toscana, sez. I – 27/4/2016 n. 703 è vero che, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, devono considerarsi anormalmente basse solo le offerte che si discostino in modo evidente dai costi medi del lavoro indicati nelle tabelle predisposte dal Ministero del lavoro, atteso che i costi medi costituiscono non parametri inderogabili ma indici del giudizio di adeguatezza dell'offerta: di conseguenza è ammissibile l'offerta che da essi si discosti, purché il divario non sia eccessivo. Nella specie esaminata, l'inosservanza del CCNL applicato assume di per sé un contorno di gravità, e in aggiunta per la sola figura del cuoco Dussmann ha dimostrato che, prendendo in considerazione le ore effettive (1634) affiancate al costo unitario stabilito dal contratto Uneba (18,25 €), si raggiunge una cifra (€ 29.820,05) inferiore all'ammontare di 33.335 € come risultante dal CCNL Pubblici esercizi (con uno scostamento in diminuzione di 3.514,50 €). La stessa tabella di raffronto di pagina 9 della memoria della controinteressata depositata il 29/11/2016, dà conto di variazioni in diminuzione del costo comprese tra 2,13 € e 2,98 €, per percentuali oscillanti tra il 10% e il 15%, che non appaiono *prima facie* di scarsa pregnanza (cfr. Consiglio di Stato, sez. III – 13/10/2015 n. 4699, invocata appropriatamente da Dussmann). Va altresì sottolineato come l'aggiudicataria, nelle proprie giustificazioni (doc. 5 ricorrente pagina 3) ha esibito spese di personale del servizio di ristorazione per 409.927,45 € sulle complessive 785.612,10 €, con un'incidenza del 52,18%. Tale riflessione depotenzia il rilievo di Sodexo secondo il quale l'incongruenza sarebbe limitata a una sola voce di costo su 16.

Infine, le condizioni di miglior favore accampate dalla parte ricorrente su TFR e contributo INAIL – astrattamente degne di apprezzamento – non risultano essere state esibite nel contraddittorio infraprocedimentale con la stazione appaltante, e in ogni caso (in difetto di dimostrazione anche nella presente sede processuale) non hanno permesso di colmare il trattamento economico peggiorativo delle unità in servizio.

2.9 Alla luce di quanto si qui esposto, non appare efficacemente smentita neppure la seconda doglianza del secondo introduttivo, per cui dal prospetto elaborato alla tabella di cui al doc. 16 di Dussmann si evince un differenziale negativo annuo è pari a € 34.706,38, con una perdita di 13.962,82 € per anno in rapporto all'utile dichiarato di 20.743,56 €.

3. In conclusione, il gravame principale è fondato e merita accoglimento, con assorbimento dei profili ulteriori (lettera d dell'esposizione in fatto).

4. Il Tribunale deve trarre le conseguenze dell'accoglimento del ricorso. I sospetti di anomalia dell'offerta (che questo T.A.R. ha ritenuto sussistere) imporrebbero la sottoposizione a nuova verifica della proposta dell'aggiudicataria. Tuttavia, la fondatezza della prima censura (sotto il profilo dell'omessa applicazione di una clausola contrattuale cogente) comporta *ex se* l'esclusione dal confronto comparativo per un vizio insanabile dell'offerta. La stazione appaltante dovrà riattivare il procedimento di aggiudicazione dell'appalto a favore della seconda classificata (parte ricorrente), salva l'eventuale verifica di sostenibilità della sua offerta e salvo che siano sopravvenute superiori ragioni di interesse pubblico.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe:

- respinge il gravame incidentale;
- accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla il provvedimento di aggiudicazione alla controinteressata e gli altri atti impugnati.

Condanna la Fondazione Casa Serena Onlus e la controinteressata a corrispondere alla ricorrente, in solido tra loro, la somma di 6.000 € a titolo di compenso per la difesa tecnica, oltre a oneri di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla Fondazione intimata.

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria del Tribunale, che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Stefano Tenca**

**IL PRESIDENTE**  
**Alessandra Farina**

IL SEGRETARIO