



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 1141 del 2014, proposto da:
Gpi S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Dario Capotorto, Carlo Braga e Stefano Vinti, con domicilio eletto presso l'avv. Carlo Braga in Brescia, Via Tosio, 11;

contro

Azienda Ospedaliera Desenzano del Garda, rappresentata e difesa dagli avv. Dario Meini e Alberto Besuzio, con domicilio eletto presso il loro studio in Brescia, borgo Wuhrer, 81;

nei confronti di

- S.D.S. S.r.l. in proprio e per R.T.I. con TV Services Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Nilo e Stefania Vasta, con domicilio eletto presso la seconda in Brescia, Via Vitt. Emanuele II, 1;
- TV Services S.r.l., n.c.;

per l'annullamento

- della comunicazione Azienda Ospedaliera 10.9.2014 n.

25608.GS/pb, di aggiudicazione definitiva della gara per affidamento gestione dei servizi amministrativi di *front office*;

- della delibera Azienda Ospedaliera 9.9.2014 n. 902, di affidamento del suddetto servizio all'ATI controinteressata;

- dei verbali e dei provvedimenti relativi alla gara *de qua*, tra cui la delibera Azienda Ospedaliera 22.7.2014 n. 776;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Desenzano del Garda e di S.D.S. S.r.l. in proprio e per R.T.I. con TV Services Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2014 il dott. Giorgio Calderoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente GPI S.p.A.:

- si è classificata seconda nella procedura ristretta, indetta dall'Azienda Ospedaliera Desenzano del Garda per la gestione dei servizi amministrativi di *front office* (CUP telefonico, accettazione ambulatoriale e cassa, servizio di radiodiagnostica, accettazione e cassa punti prelievo, accettazione ricoveri, *screening* mammografico) per una durata di sei anni e per l'importo complessivo di 13.980.000

Iva esclusa;

- impugna, con ricorso depositato l'11 ottobre 2014, la delibera 9.9.2014 n. 902 (rettificata quanto a mero errore materiale con successiva nota 16 settembre 2014), mediante la quale il Direttore generale ha affidato il servizio *de quo* all'ATI controinteressata, nonché tutti i verbali e gli atti di gara.

Tra questi figura, in particolare, la deliberazione 22 luglio 2014, n. 776, con cui la stazione appaltante:

i) ha preso atti dei suddetti verbali, da cui risulta lo sconto del 29,30% offerto sulla base d'asta dalla predetta ATI, mentre le altre due offerte prevedevano un rispettivo sconto del 2,38% e del 12,07%;

ii) ha stabilito, pur non ricorrendo la fattispecie di cui all'art. 86 comma 2 Cod. contr., di valutare l'eventuale anomalia dell'offerta ai sensi del comma 3 del medesimo articolo;

iii) ha individuato la commissione prevista dal successivo art. 88 comma 1 *bis* Cod. contr. e dall'art. 21 comma 4 DPR 20//2010, affidandone la presidenza al RUP.

A sostegno dell'impugnativa sono dedotte le seguenti censure:

I) contraddittorietà con atti endoprocedimentali e tra evidenze fornite dal professionista incaricato dalla Commissione per la valutazione dell'anomalia dell'offerta e le conclusioni cui è pervenuta la Commissione medesima; difetto e contraddittorietà della motivazione; violazione degli artt. 86, 87, 88 e 89 cod. contr., in quanto:

* il prezzo offerto da ATI SDS risulterebbe palesemente "in perdita",

in ragione di evidenti sottostime dei costi del personale, che eroderebbero l'esigua percentuale di utile dichiarata (2%, pari a annui 33.610,00);

* la Commissione avrebbe disatteso senza motivazione le risultanze del parere del professionista esterno incaricato (rag. Mauro Sabbio);

* la stazione appaltante avrebbe omesso di operare il necessario confronto con i dati sul costo del lavoro determinato nelle apposite tabelle del Ministero del lavoro e delle politiche sociali (da cui emergerebbero scostamenti di oltre il 15% dei livelli retributivi, con scostamenti ancor più significativi dei livelli di produttività presunti);

* e ciò quando nell'appalto di cui si tratta il costo del lavoro inciderebbe per il 90% del totale e il monte ore annue lavorate (1.821) indicato da ATI SDS risulta sensibilmente superiore a quello medio (1.581 ore effettive) contenuto nelle predette tabelle per il personale dipendente da imprese nel settore multiservizi operanti nella provincia di Brescia, e superiore a quello medio (1.720 ore) discendente dal contratto Confcommercio e indicato dal consulente esterno in risposta a un dubbio sul punto, formulato dallo stesso RUP;

* utilizzando tale ultimo monte ore, si renderebbe necessaria l'assunzione di tre operatori *full time* in più rispetto a quelli dichiarati da ATI SDS (61,16), con un aumento del costo del lavoro annuo di oltre 88.000 euro e con conseguente perdita di gestione, rispetto all'utile indicato nell'offerta economica di detta ATI;

II) difetto di istruttoria e violazione delle medesime norme del Codice

contratti, nonché dell'art. 4 lett. c) punto 4 del disciplinare di gara e dell'art. 14 del capitolato speciale, in quanto:

II.1 il citato art. 4 prevede espressamente che “le tabelle ministeriali relative al costo del lavoro (art. 86, comma 3 bis, del D. Lgs. 163/2006) saranno assunte per l'analisi dell'anomalia delle offerte” e tali tabelle stabiliscono per i settori più aderenti all'attività oggetto di appalto (multiservizi; ovvero cooperative del settore socio-sanitario e cooperative sociali, in cui è attualmente inquadrato il personale che a sensi dell'art. 13 CSA l'aggiudicatario dovrà assorbire per subentro) rispettivamente un monte ore di 1.581 e 1.548; inoltre, l'offerta ATI SDS non avrebbe tenuto conto degli operatori svantaggiati (complessivamente sette) assunti a tempo indeterminato e da riassumere;

II.2. sarebbero, altresì, inverosimili le stime di ATI SDS in merito alle ore non lavorate per maternità, malattie e infortuni: 19 annue a fronte delle 136 o 120 indicate nelle tabelle ministeriali rispettivamente per il CCNL multiservizi e per il CCNL coop. sociali: tale sottostima di almeno 100 ore l'anno comporterebbe un ulteriore costo di oltre 81.000 euro/anno;

III. nullità e/o invalidità dei CCNL applicati da ATI SDS, violazione delle norme del Cod. contr. già richiamate nonché ulteriori profili di inattendibilità evidenziati dal consulente del lavoro incaricato da parte ricorrente: dopo aver richiamato e riportato integralmente le considerazioni conclusive di detta perizia (e cioè: il CCNL applicato da ATI SDS non sarebbe stipulato dai sindacati comparativamente

più rappresentativi e i valori economici previsti da tale CCNL non sarebbero conformi a quelli espressi nelle tabelle ministeriali; conferma dei rilievi già formulati nelle precedenti censure), al termine di questa censura GPI evidenzia che “da quanto rappresentato dal perito i contratti collettivi asseritamente applicati dall’ATI SDS non sarebbero validi in quanto non sottoscritti dai sindacati più rappresentativi” e formula conseguentemente espressa richiesta istruttoria, sotto forma di verifica che coinvolga Ministero del lavoro e delle politiche sociali e CNEL “al fine di accertare la validità dei contratti collettivi CNAI applicati dall’ATI SDS”;

IV. violazione dell’art. 17 legge 55/1990 e violazione art. 38 comma 2 lett. d) Cod. contr., in quanto dalla visura della società SDS sarebbe emersa la presenza di una intestazione fiduciaria (20% del capitale sociale intestato a TE.SE.CO. S.p.a.) e non risulterebbe che la stessa SDS benefici della necessaria deroga al divieto di intestazione fiduciaria, sancito dall’art. 17 legge 55/1990.

2. Costituitesi in giudizio, l’Azienda ospedaliera Desenzano del Garda e la Società SDS hanno depositato in data 20 ottobre 2014 proprie memorie difensive.

In particolare, l’Azienda ospedaliera ha replicato che:

- il dato di 1821 ore annue discende dall’applicazione degli istituti di cui al CCNL CNAI, sottoscritto da OO.SS. maggiormente rappresentative, tra cui Fismic-Confsal e depositato presso il CNEL (ore annuali non lavorate per festività: 72; ore annuali non lavorate a causa di malattia: 19): ciò risulterebbe anche dal raffronto con l’altro

modello contrattuale Confcommercio per il settore terziario operato dall'esperto esterno rag. Sabbio, che prevede un maggior numero di ore di ferie annuali (48 in più) e di permessi retribuiti (56 in luogo di 16), con inevitabile ripercussione sul monte ore annuale;

- le tabelle ministeriali determinano solo un costo medio e presumibile del lavoro;

- la norma invocata dalla ricorrente (art. 87 comma 2 lett. "g" Cod. contr.) è stata abrogata dall'art. 4 comma 2 lett. i bis) legge 106/2011;

- l'art. 13 del capitolato speciale dispone testualmente che nel passaggio di personale dovrà essere applicato quanto previsto dal CCNL di categoria della Ditta aggiudicataria;

- nel contratto CNAI terziario servizi, il costo delle ore non lavorate attribuibile alle ipotesi di maternità o malattia non viene sopportato per intero dal datore di lavoro, ma conosce un importante intervento indennitario dell'INPS;

- è insussistente la violazione dedotta con il quarto motivo, poiché la fiduciaria RE.SE.CO. è autorizzata *ex lege* 1996/1939, per cui, ai sensi delle disposizioni e della giurisprudenza successive alla legge 17/1990, la dichiarazione riguardante detta partecipazione azionaria deve essere effettuata solo dal concorrente che abbia conseguito l'aggiudicazione e dietro richiesta della stazione appaltante in sede di controllo dei requisiti.

A sua volta, SDS ha evidenziato che:

- il testo integrale dell'art. 4 lett. c) sub 4 del Disciplinare di gara, recita che "*pur essendo auspicabile il rispetto delle tabelle ministeriali relative al*

costo del lavoro (art. 86, comma 3 bis del D. Lgs 163/2006), le stesse saranno assunte per l'analisi dell'anomalia delle offerte, ma non comporteranno l'esclusione automatica in caso di scostamento delle proposte dei concorrenti?";

- dalla lettura dell'art. 13 del capitolato speciale si ricava che sussiste l'obbligo di assorbire i lavoratori precedentemente utilizzati, previa loro disponibilità, compatibilmente con le previsioni progettuali e organizzative indicate nell'offerta e alle condizioni del CCNL della subentrante;

- l'incidenza media annuale per malattia o altri eventi, calcolata sui 98 dipendenti della sede di Taranto è determinata in 18,2 ore *pro capite*, arrotondata a 19 ore;

- nel servizio reso presso l'ASL di Taranto viene applicato senza problemi il CCNL CNAI;

- SDS ha assunto gli obblighi di legge nei confronti dei lavoratori svantaggiati.

3. In vista dell'odierna pubblica di discussione, le parti svolgevano la seguente attività difensiva:

- in data 26 novembre 2014, l'Azienda Ospedaliera produceva copia integrale del CCNL CNAI-UCICT depositato presso il CNEL e dell'offerta economica di GPI Spa;

- in data 27 novembre 2014, GPI depositava nuova perizia redatta da altro consulente del lavoro;

- tutte le parti costituite dimettevano rispettive memorie difensive e di replica.

3.1. In particolare, con memoria prodotta il 27 novembre 2014, GPI

si riferiva ampiamente alla citata nuova perizia (che confermerebbe la presenza di enormi sottostime nel costo della manodopera) e, fatta una premessa di carattere generale, deduceva che:

- l'intervenuta abrogazione dell'art. 87 comma 2 lett. "g" Cod. contr. sarebbe irrilevante, in quanto il precedente art. 86 stabilisce che il costo del lavoro è determinato periodicamente in apposite tabelle del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi;
- nel ricorso introduttivo non si è mai sostenuto che le predette tabelle costituiscano dei minimi inderogabili, ma si è solo evidenziato come difettino prove atte a giustificare gli scostamenti tra offerta SDS e tabelle ministeriali;
- lo scambio di corrispondenza telematica tra organi della stazione appaltante e vari interlocutori (CNAI, rag. Sabbio) testimonierebbe le denunciate carenze istruttorie;
- la stazione appaltante avrebbe disatteso gli stringenti obblighi motivazionali discendenti dall'esistenza dei suddetti scostamenti;
- la sentenza n. 340/2012 di questa Sezione avrebbe ritenuto ammissibile solo un lieve scostamento tra monte ore annuo stabilito dall'aggiudicataria (1600 ore) rispetto a quello (1548) previsto dalle tabelle ministeriali;
- SDS non avrebbe comprovato, mediante deposito del Libro unico del lavoro, di avere presso la sede di Taranto un dato di assenteismo di sole 19 ore l'anno e, comunque, la gestione CUP di Taranto

avrebbe conosciuto disservizi, comunicati alla stampa;

- le assenze per maternità o estemporanee per uno o due giorni, comportano, di per sé, dei sovracosti contributivi, assistenziali, organizzativi;

- neppure in giudizio la stazione appaltante avrebbe fornito la prova di aver avviato le verifiche ai sensi dell'art. 17 legge 55/90.

3.2. Con memoria dimessa il 28 novembre 2014, SDS ha evidenziato che “i motivi di ricorso attengono tutti, sostanzialmente, al tema della discrezionalità tecnica della Commissione giudicatrice, senza che si rilevino profili di manifesta irrazionalità e irragionevolezza”.

3.3. L'Azienda ospedaliera (memoria deposita l'1.12.2014) si è richiamata alla propria precedente memoria del 20 ottobre 2014 e ha ribadito:

- che il CCNL CNAI è stato sottoscritto da Organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, quali Fismic e Confsal, e che il CNAI ha consistenza diffusa su tutto il territorio nazionale;

- che il sindacato giurisdizionale in tema di anomalia dell'offerta deve essere complessivo e tener conto di tutti gli elementi dell'offerta nel suo insieme e non di sue singole voci;

- che la stazione appaltante richiederà, in sede di controllo dei requisiti prodromici alla sottoscrizione contrattuale, la dichiarazione riguardante la partecipazione azionaria di società fiduciarie.

3.4. In sede di replica:

- * SDS (memoria depositata il 4 dicembre 2014) si oppone alle richieste di verifica e/o CTU, formulate da GPI nel ricorso

introduttivo;

* l'Azienda ospedaliera (memoria deposita il 5 dicembre 2014):

- eccepisce l'inammissibilità della censura relativa alla insufficienza dei livelli retributivi previsti dal CCNL CNAI, in quanto formulata per la prima volta con lo scritto difensivo del 27 novembre 2014 e per difetto di giurisdizione del G.A.;

- evidenzia la non vincolatività delle tabelle ministeriali;

- e replica agli ulteriori punti sollevati nel predetto scritto;

* GPI (memoria sempre del 5 dicembre 2014):

- insiste sulle responsabilità di SDS nei disservizi verificatisi presso il Cup di Taranto;

- si richiama alla giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria n. 8/2014 e pronunce successive in tema di sindacabilità dell'esame di anomalia dell'offerta, nonché alla giurisprudenza del Consiglio di Stato per la quale le tabelle ministeriali, in assenza di adeguato supporto probatorio contrario, fungerebbero da parametro legale;

- deduce che la circostanza che gli accordi CNAI non siano contemplati in alcuna tabella ministeriale "dimostrerebbe inconfutabilmente che il Ministero del lavoro ha ritenuto che quei sindacati non siano comparativamente più rappresentativi";

- afferma sussistere tutti i presupposti per accordare un risarcimento in forma specifica.

4. Nel corso della discussione orale, svoltasi all'odierna pubblica udienza tra i difensori delle parti, il legale di GPI Spa ha analizzato criticamente gli articoli 5, 132, 138, 140, 142 e 144 del CCNL CNAI,

prodotto integralmente il 26 novembre 2014 dall'Azienda Ospedaliera; al riguardo, il legale di quest'ultima ha dichiarato di non accettare il contraddittorio sul punto, trattandosi di argomentazioni sviluppate per la prima volta solo in questa sede orale; il legale di SDS si è, a sua volta, richiamato al precedente costituito dalla recente sentenza n. 1300/2014 di questa Sezione.

5. Tutto ciò premesso, il Collegio osserva che le contestazioni mosse da GPI all'offerta di ATI SDS con i primi tre motivi di ricorso (il quarto introduce una distinta questione formale, connessa alla composizione societaria di SDS stessa) attengono essenzialmente alla sua non sostenibilità in termini di sovrastima delle ore annue lavorate da ciascun lavoratore e di costo orario del lavoro largamente inferiore a quello determinato nelle tabelle ministeriali (di oltre il 15%) nei contratti collettivi nazionali applicati dalle altre imprese del settore.

“In sintesi” - come si legge a pag. 25 del ricorso introduttivo - “i dipendenti che dovranno passare alle dipendenze di SDS ... lavorerebbero molto di più per una paga largamente inferiore”.

E poiché entrambi tali aspetti del rapporto di lavoro discendono dall'applicazione - da parte di ATI SDS - del CCNL CNAI, con il terzo motivo GPI ne deduce la “nullità e/o invalidità”, in quanto non sottoscritto dai sindacati più rappresentativi.

Sul punto, GPI insiste al par. 1 della memoria 27 novembre 2014:

- invocando l'art. 86 Cod. Contr. ai fini del cui terzo comma (valutazione dell'anomalia dell'offerta) <<*il costo del lavoro è determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza*

sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativa-mente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali>>;

- e affermando “*che poi i sindacati firmatari del contratto collettivo nazionale di lavoro non siano quelli comparativamente più rappresentativi è un dato di comune esperienza (trattandosi di sigle sindacali sconosciute ai più)*”.

Infine, anche in sede di discussione orale la difesa di GPI ha mostrato di considerare centrale il ruolo svolto nella presente controversia da detto CCNL CNAI, passando ad analizzare singolarmente (per la prima volta in corso di causa) alcune delle sue disposizioni.

Da questo punto di vista, risulta ancora una volta emblematica la sintesi che la stessa GPI ha svolto delle proprie argomentazioni nella ricordata premessa della memoria 27 novembre 2014, laddove – dopo aver affermato che <<qualora si confermasse la legittimità dell’impiego dei c.d. contratti collettivi “gialli” conclusi da rappresentanze sindacali con uno scarsissimo livello di rappresentatività dei lavoratori, le aziende del settore sarebbero costrette a iscriversi all’associazione datoriale cui ha aderito SDS per evitare di essere inevitabilmente estromesse dal mercato mediante pratiche di *dumping* sociale>> – conclude, per l’appunto, che “in sintesi, dalla definizione della vertenza odierna dipendono le strategie aziendali di tutte le società del comparto e, soprattutto, i livelli retributivi e contributivi dei lavoratori ivi impiegati”.

5.1. Risulta, così, agevole per il Collegio osservare come il *focus* delle

deduzioni scritte e orali di parte ricorrente (sempre in disparte il quarto motivo di ricorso) verta su di una questione giuridica (e metagiuridica) di obiettivo rilievo, affrontata nel dibattito giurisprudenziale (al riguardo, si vedano ad es. le opposte sentenze del Tribunale del lavoro di Torino 24 ottobre 2008 e 14 ottobre 2010) e dottrinale principalmente in ambito giuslavoristico (con particolare riferimento al settore delle cooperative): e cioè quella icasticamente definita del c.d. *dumping* contrattuale e (dell'applicabilità) dei c.d. "ccnl pirata" ("gialli" secondo la più evocativa terminologia utilizzata da GPI).

5.2. Il problema si pone, evidentemente, allorché si sia in presenza di una pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria (è il caso in esame, dove la stessa GPI raffronta i contratti di settore CNAI e Confcommercio) e, in sede giudiziale di determinazione della "giusta retribuzione", sorga conseguentemente il quesito se sia ammissibile, fra questi, scegliere un c.d. "contratto leader" quale indice di commisurazione del trattamento economico complessivo proporzionato ai sensi dell'art. 36 Cost. e al fine di evitare il diffondersi di condizioni di trattamento sensibilmente inferiori a quelle determinate dai contratti collettivi nazionali sottoscritti dagli attori c.d. tradizionali.

Orbene, secondo la giurisprudenza maggioritaria, avallata dalla costante interpretazione della Cassazione, non esisterebbe un obbligo di conformarsi alle retribuzioni previste dai contratti collettivi, i quali hanno solo valore presuntivo privilegiato del "costo" della

prestazione lavorativa, per cui il giudice «non ha alcun obbligo di assumere a parametro i minimi salariali previsti dalla contrattazione collettiva» e il riferimento ai contratti collettivi è consentito, piuttosto, «solo come parametro di valutazione, e quindi senza che ciò implichi la pedissequa applicazione della disciplina economica propria del contratto di riferimento trattandosi di individuare elementi di confronto e di guida» (Cass. 9 aprile 1996, n. 7383).

5.3. Quanto alla connessa problematicità di individuare - in mancanza di una definizione legislativa di regole certe in materia e stante il principio di pluralità sindacale impressa nel primo comma dell'art. 39 Cost - una soglia rispondente al criterio della “maggiore rappresentatività comparata” (anche tale criterio risulta qui invocato da GPI, sulla scorta dell'art. 86 Cod. contr., soprattutto nella memoria 27 novembre 2014), occorre nuovamente rifarsi al punto di approdo cui è pervenuta la giurisprudenza della Sezione lavoro della Corte di Cassazione (a partire da 20/04/1999, n. 3912 e 23/04/1999, n. 4074) che - in materia di determinazione della base imponibile per il calcolo dei contributi dell'assicurazione obbligatoria - ha stabilito che, qualora non venga fornita (in quel caso, dall'INPS) la prova della dedotta maggiore rappresentatività di un sindacato firmatario di un contratto collettivo, ogni indagine in ordine ai limiti e alla definizione della valutazione comparativa delle organizzazioni sindacali più rappresentative della categoria è fuori luogo.

5.4. Peraltro, le aporie della contrattazione collettiva di diritto comune non sono sconosciute alla giurisprudenza del Giudice amministrativo.

il quale (cfr. TAR Piemonte, 1/08/2014, n. 1392, che risulta non appellata) in una controversia analoga alla presente - ove in una gara per l'affidamento di un servizio di mediazione linguistica culturale e interpretariato telefonico bandita da una ASL la controinteressata aveva giustificato, nel giudizio di anomalia, un diverso costo del lavoro, specificando di applicare non il contratto delle cooperative sociali, bensì proprio il diverso CCNL CNAI terziario e servizi di cui anche qui si controverte - ha espressamente affermato:

a) che *“il bando di gara non imponeva né avrebbe potuto imporre ai concorrenti l'applicazione di uno piuttosto che di un altro CCNL”* stante *“l'imprescindibile libertà sindacale dei concorrenti”*;

b) che solo in presenza di una espressa clausola del bando che impegni gli offerenti a garantire al personale i livelli retributivi in essere presso il servizio *de quo* al momento della stipula del contratto, il concorrente dovesse ritenersi in tal senso auto-vincolato;

c) che in tale specifico caso risulta quindi pertinente la censura di anomalia mossa in ricorso là dove evidenzia che le giustificazioni rese non sono coerenti con il costo del lavoro che l'aggiudicataria ha accettato di sostenere.

6. Può ora farsi diretta applicazione al caso di specie, delle considerazioni sin qui esposte.

6.1. Per evidenti ragioni di ordine logico va affrontato dapprima il terzo motivo di ricorso, con cui si contesta in radice la validità del CCNL CNAI per difetto di rappresentatività dei sindacati sottoscrittori e che - nonostante il dubbio sollevato dalla difesa

dell'Azienda ospedaliera - non sfugge alla cognizione di questo Giudice, stante la sua giurisdizione esclusiva *in subiecta materia* ex art. 133 c.p.a..

Con pari evidenza, il principio affermato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione e soprariportato sub 5.3. vale nell'ipotesi reciproca in cui - come nel caso di specie - la parte deduca la non applicabilità di un determinato CCNL a causa della minore rappresentatività dei sindacati che ebbero a stipularlo, con la duplice conseguenza che:

- analogo onere di allegazione incombe sulla stessa;
- in assenza di tale prova, è ugualmente preclusa al Giudice ogni ulteriore indagine sul punto.

Orbene, GPI non ha assolto siffatto onere probatorio ma si è limitata, nel passo della memoria 27.11.2014 riportato al precedente capo 5, alla semplice affermazione che sarebbe un dato di comune esperienza (trattandosi di sigle sindacali sconosciute ai più) il fatto che i sindacati firmatari del CCNL CNAI non siano quelli comparativamente rappresentativi.

E questo Giudice non può, pertanto, disporre i mezzi istruttori dalla stessa GPI richiesti.

Conclusivamente, il terzo motivo di ricorso risulta infondato.

6.2. Ciò posto, si tratta di verificare se la *lex specialis* della gara di cui è causa imponesse alla Ditta aggiudicataria di applicare al proprio personale un determinato contratto collettivo.

Anche un tale obbligo è da escludere, alla stregua del già menzionato

art. 13 del Capitolato speciale, intitolato “Subentro lavoratori (clausola sociale)” e in cui si stabilisce sì per la Ditta aggiudicataria l’obbligo di assorbimento dei lavoratori utilizzati dal precedente aggiudicatario, ma si stabilisce *expressis verbis* che “*nell’applicazione del presente articolo dovrà essere applicato quanto previsto dal CCNL di categoria della Ditta aggiudicataria*”.

6.3. In assenza tanto di un preciso obbligo di applicare uno specifico contratto collettivo, quanto di un conseguente auto-vincolo dell’aggiudicataria a garantire determinati livelli retributivi al personale utilizzato, occorre concludere - alla stregua, nuovamente “inversa”, delle condivisibili enunciazioni contenute nella citata sentenza Tar Piemonte n. 1392/2014 - che le disposizioni contrattuali del CCNL CNAI ben potevano essere utilizzate da ATI SDS per giustificare la propria offerta.

E poiché ciò che si contesta da parte di GPI è la sovrastima in sé del monte ore annuo e la sottostima sempre in sé dei costi del personale, ma non che questi valori dell’offerta GPI dipendano dall’applicazione delle disposizioni al riguardo contenute nel CCNL CNAI, allora le censure di inattendibilità dell’offerta GPI dedotte con i primi due motivi di ricorso non colgono nel segno.

6.4. Né a diversa conclusione può giungersi per effetto dell’insistito richiamo che in tali motivi si compie alle tabelle ministeriali.

E’ sufficiente in proposito fare rinvio *per relationem*:

- alle considerazioni svolte al Capo 1.5 della recente sentenza di questa Sezione 27/11/2014, n. 1300/2014 (menzionata anche nel

corso della discussione orale svoltasi all'odierna udienza pubblica) e ai precedenti ivi citati, secondo cui detti costi medi del lavoro indicati nelle tabelle predisposte dal Ministero del Lavoro non costituiscono parametri inderogabili, ma indici del giudizio di adeguatezza dell'offerta, con la conseguenza che è ammissibile l'offerta che da essi si discosti, purché lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito in sede di contrattazione collettiva (in questo caso, quella di cui al CCNL CNAI);

- alle analoghe enunciazioni sempre recentemente svolte dal giudice di appello (Consiglio di Stato, Sezione III, 21 ottobre 2014, n. 5196 – capi 9.1. e 9.2.).

6.5. La pronuncia n. 5196/2014 del Consiglio di Stato da ultimo citata ha ribadito (capi 8.1. e 8.2, 10 e 11) anche consolidati principi *in subiecta materia*, quali quelli per cui:

- per giurisprudenza pacifica, il giudizio di anomalia o di incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (Consiglio di Stato, Sez. III n. 1487 del 27 marzo 2014; Sez.V, n. 3737 del 26 giugno 2012);

- il giudice amministrativo può, quindi, sindacare le valutazioni compiute dalla Stazione appaltante sotto il profilo della logicità, ragionevolezza e adeguatezza dell'istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e

delle singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria dell'Amministrazione (Consiglio di Stato, sez. V, n. 974 del 18 febbraio 2013);

- in sede di verifica delle offerte anomale, anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti, a dimostrazione della non anomalia della propria offerta, rientra nella discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidenti errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può esercitare il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello dell'Amministrazione (Consiglio di Stato, sez. V, n. 3340 del 6 giugno 2012);

- in sede di verifica delle offerte anomale, il giudizio di anomalia va riferito all'offerta nella sua globalità e non già a singole voci, con la conseguenza che il giudizio di anomalia non può fondarsi esclusivamente sulla ravvisata incongruità dei costi del lavoro e sulla sostanziale inaffidabilità, solo sotto questo profilo, dell'offerta (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1487 del 27 marzo 2014).

- quel che rileva, facendo applicazione dei principi che si sono ricordati, è che, a giudizio dell'Amministrazione, l'offerta risulti nel suo complesso affidabile e conveniente, al momento dell'aggiudicazione, e che a tale momento l'aggiudicatario dia garanzia di una seria esecuzione del contratto (in termini, ancora Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1487 del 27 marzo 2014).

6.6. Tenuto conto di tutto quanto precede, della dirimente circostanza che le giustificazioni di ATI SDS trovano un obiettivo ancoraggio al CCNL CNAI dalla stessa applicabile e applicato, della valutazione globale dell'offerta e non di singole sue voci che occorre effettuare, devono essere disattese le contestazioni di fondo e su singole voci (lavoratori svantaggiati, ore non lavorate per maternità, malattia e infortuni) mosse in contrario nei primi due motivi di ricorso, nonché le correlate censure di difetto di istruttoria e di motivazione ivi dedotte.

7. Ancora sulla scorta del consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, parimenti infondato si rivela il quarto e ultimo di ricorso, con cui si denuncia la violazione dell'art. 17 legge 55/1990 e dell'art. 38 comma 2 lett. d) Cod. contr.

Invero, T.A.R. Lombardia, sez. III, 3/12/2013 n. 2681 ha evidenziato al capo 4.2 che:

- sulla base del citato art. 17, comma 3, è stato emanato il d.p.c.m. 11 maggio 1997, n. 187, il cui art. 1, comma 1, ha posto un obbligo informativo a carico delle società aggiudicatrici di opere pubbliche, ivi comprese le concessionarie e le subappaltatrici, da assolvere prima della stipulazione del contratto, concernente le intestazioni fiduciarie, collegato all'onere stabilito dal successivo art. 4, comma 1, di far cessare entro 90 giorni l'intestazione fiduciaria, al fine di poter legalmente contrarre con la pubblica amministrazione;
- in seguito, l'art. 9, comma 63, della legge n. 415 del 1998 ha articolato diversamente il divieto originario, rendendo autonoma la

posizione delle fiduciarie autorizzate ai sensi della legge n. 1966 del 1939 (come quella presente nel capitale sociale di SDS), atteso che, in tale caso, permane il solo obbligo di comunicare l'identità del socio fiduciario entro 30 giorni dalla richiesta a tal fine formulata dall'amministrazione;

- in giurisprudenza si è perciò già rilevato che, allo stato, l'art. 17, comma 3, prevede due differenti situazioni: da un lato, un divieto assoluto di intestazione fiduciaria, che comporta l'immediata esclusione dalla gara, dall'altro, un mero obbligo comunicativo, susseguente all'aggiudicazione e da assolversi, pertanto, a seguito di essa e prima della stipula del contratto, pur nel rispetto del termine di legge (così già espressamente TAR Lombardia Milano, sez. I, 18 novembre 2011, n. 2797, che richiama Consiglio di Stato, sez. V, n. 4010 del 2002);

- in altre parole, il coordinamento tra l'art. 38, lett. d), del d.l.vo n. 163 del 2006 e il combinato disposto delle norme poste dall'art. 17, comma 3, della legge n. 55/90 e dall'art. 1, comma primo, del d.p.c.m. n. 187/91, conduce a ritenere che la dichiarazione riguardante la partecipazione azionaria da parte di società fiduciarie, autorizzate ai sensi della legge n. 1966/39, non deve essere effettuata dal concorrente in sede di presentazione dell'offerta, ma dal concorrente che abbia conseguito l'aggiudicazione e a seguito di richiesta della stazione appaltante in sede di controllo dei requisiti.

A sua volta, T.A.R. Friuli-Venezia Giulia 14/06/2013, n. 343 ha dichiarato di condividere l'analisi della normativa sopra ricordata che

ha condotto il Consiglio di Stato, con la sentenza della V Sezione n. 264/2011, a confermare la sentenza di quel TAR n 360/2010, affermando:

A) che la "*ratio*" del divieto di intestazione fiduciaria di cui all'art. 17 co. 3 della legge n. 55/1990 è - da un lato - quella di impedire in assoluto la partecipazione alle pubbliche gare di società fiduciarie che non siano autorizzate ai sensi della legge n. 1966 del 1939; dall'altro lato, quella di imporre a tali società fiduciarie comunque autorizzate l'obbligo di comunicare all'Amministrazione committente o concedente prima della stipula del contratto o della convenzione la propria composizione societaria (il tutto, ben s'intende, per evidenti esigenze di trasparenza e soprattutto di prevenzione di fenomeni criminosi legati anche all'utilizzo di siffatte società);

B) che, con proprio riferimento a detta "*ratio*", il divieto in questione deve dunque ritenersi in ogni caso violato e considerato come causa di esclusione automatica solo quando nel contesto di una pubblica gara venga ammessa a partecipare una singola società o un consorzio costituito da più società direttamente posseduti da una società fiduciaria non autorizzata;

C) che, nel caso di società o di consorzi partecipati da società fiduciarie autorizzate, tale divieto deve ritenersi violato ed essere altresì considerato come causa automatica di esclusione dalla gara solo quando la società o il consorzio partecipante alla gara abbia poi omesso la comunicazione di cui al predetto D.P.C.M. n. 187 del 1991.

E nel caso qui all'esame la stazione appaltante ha espressamente

dichiarato (memoria 1.12.2014) che richiederà, in sede di controllo dei requisiti prodromici alla sottoscrizione contrattuale, la dichiarazione riguardante la partecipazione azionaria di società fiduciarie.

8. Conclusivamente il ricorso deve essere respinto, sia quanto alle domande annullatorie con lo stesso proposte, sia quanto alla consequenziali domande risarcitoria e di reintegrazione in forma specifica.

Le spese di lite possono, tuttavia, essere integralmente compensate tra le parti, atteso che la questione giuridica di fondo posta dalla ricorrente (applicabilità o meno del CCNL CNAI in una gara per l'affidamento di un servizio), seppur non nuova in senso assoluto nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, per la sua particolare pregnanza e per l'ampiezza di trattazione che ha richiesto può ritenersi integrare quei caratteri di novità richiesti dall'art. 92 comma 2 cpc - nel testo modificato, entrato in vigore da pochi giorni - ai fini di poter disporre tale compensazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge le domande annullatorie e risarcitorie ivi proposte.

Spese compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 17

dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere

Mara Bertagnolli, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/12/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)