

Publicato il 24/06/2021

N. 01546/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00167/2021 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 167 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Gsa – Gruppo Servizi Associati S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Caruso e Luca Mazzeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Asst Bergamo Est, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Bonalumi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa adozione di idonee misure cautelari,

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del Bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale in data 15 gennaio 2021, con cui è stata indetta la “*procedura aperta in forma telematica per l'affidamento del servizio di vigilanza antincendio per le strutture ospedaliere dell'ASST Bergamo Est per un periodo quinquennale rinnovabile per un biennio*” (CIG: 857179984D);

- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto e/o connesso e/o consequenziale, tra cui la (non conosciuta) Deliberazione n. 1167 del 24.12.2020, con cui ASST Bergamo Est ha disposto di indire la suddetta procedura aperta, il Disciplinare di Gara con i relativi allegati e il Capitolato Tecnico.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Gsa – Gruppo Servizi Associati S.p.A. il 12 marzo 2021:

oltre che per l'annullamento degli atti impugnati con il ricorso introduttivo,

- dei Chiarimenti pubblicati dalla ASST Bergamo EST in data 11 febbraio 2021, aventi ad oggetto la *“procedura aperta in forma telematica per l'affidamento del servizio di vigilanza antincendio per le strutture ospedaliere dell'ASST Bergamo Est per un periodo quinquennale rinnovabile per un biennio”*.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asst Bergamo Est;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 giugno 2021 la dott.ssa Katiuscia Papi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il bando pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 15 gennaio 2021 veniva indetta la *“procedura aperta in forma telematica per l'affidamento del servizio di vigilanza antincendio per le strutture ospedaliere dell'ASST Bergamo Est per un periodo quinquennale rinnovabile per un biennio”*, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. La GSA S.p.a., operatore del settore e soggetto interessato a partecipare alla gara, nonché attuale gestore del servizio oggetto di appalto, con l'atto introduttivo del presente giudizio impugnava la *lex specialis* chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare, per i seguenti motivi:

I) «*Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 23, comma 16, 50, ultimo periodo, e 95, comma 10, del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in relazione alla mancata individuazione dei costi della manodopera negli atti di gara - Eccesso di potere per difetto di istruttoria*», ove si rilevava l'omessa indicazione dei costi della manodopera nella *lex specialis*, in violazione dell'art. 23, comma 16 del D. Lgs. n. 50/2016; nonché l'assenza di clausole sociali pur in presenza di un servizio ad alta intensità di manodopera, con conseguente violazione dell'art. 50 D. Lgs. 50/2016;

II) «*Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 23, comma 16, 30, comma 4, 50, 95, comma 10, e 97, comma 6, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in relazione alla incapacienza della base d'asta – violazione e/o falsa applicazione del d.m. 2 agosto 2010 e del d.m. 19 marzo 2015 – eccesso di potere per contraddittorietà e difetto di istruttoria e motivazione – eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità – violazione della par condicio e del principio di libera concorrenza*», col quale si denunciava l'incapienza della base d'asta indicata dalla stazione appaltante, pari a €. 6.650.000,00, rispetto al costo della manodopera, determinato sulla base delle Tabelle Ministeriali approvate con D.M. 2 agosto 2010, tenendo conto dell'articolazione del servizio descritta dall'art. 6 del Capitolato;

III) «*Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30 e 100 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in relazione alla mancata individuazione dei CCNL di settore – travisamento e illogicità – errore di fatto e di diritto*», col quale si rilevava come le clausole della *lex specialis* avrebbero dovuto (artt. 9 e 12 del Capitolato Tecnico), anziché limitarsi genericamente a far riferimento ai “*CCNL di settore*”, specificare espressamente la necessaria applicazione dei contratti collettivi ANISA e ANGAF;

IV) «*Violazione dell'art. 83, commi 1 e 3, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in relazione al requisito di idoneità professionale - eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e sviamento - travisamento dei fatti e ingiustizia manifesta*», ove si deduceva che l'art. 7.1 del Disciplinare di Gara, relativo al requisito della Idoneità Professionale, nel prescrivere l'iscrizione nel registro presso la C.C.I.A.A. “*per attività coerenti con quelle oggetto della presente procedura di gara*”, non specificava espressamente

che per “attività coerenti” si devono intendere solo quelle di sorveglianza, prevenzione e primo intervento antincendio;

V) «*Violazione dell’art. 83 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in relazione al requisito di capacità economico-finanziaria - violazione dei principi di proporzionalità e attinenza - eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e sviamento - travisamento dei fatti e ingiustizia manifesta*», con cui si rilevava che l’art. 7.2. del Disciplinare di Gara, nel richiedere il possesso della “...giusta capacità finanziaria ed economica...tramite la presentazione di dichiarazioni bancarie idonee”, ometteva di specificare in base a quali dei vari elementi indicati nell’art. 83, comma 4, del D. Lgs. n. 50/2016 dovesse essere integrato il requisito in questione;

VI) «*Violazione dell’art. 83, commi 1 e 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in relazione al requisito di capacità tecnico-professionale - violazione dei principi di proporzionalità e attinenza. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e sviamento - travisamento dei fatti e ingiustizia manifesta*», ove si metteva in evidenza l’indeterminatezza della *lex specialis* riguardo al Requisito di Capacità Tecnica e Professionale, posto che l’Art. 7.3. del Disciplinare di Gara genericamente dispone che “*gli operatori economici partecipanti dovranno dimostrare inoltre: a. l’esecuzione negli ultimi tre anni (anno 2017, 2018 e 2019) di un servizio analogo. Nello specifico il concorrente deve aver eseguito anche per un solo anno dell’ultimo triennio (anno 2017, 2018 e 2019) un servizio o più servizi di vigilanza antincendio a favore di strutture sanitarie e/o socio sanitarie a carattere residenziali pubbliche o private*”, senza indicare alcuno specifico importo minimo per il fatturato realizzato nei periodi pregressi.

3. La parte ricorrente, alla camera di consiglio da remoto del 17 febbraio 2021, rinunciava alla domanda cautelare proposta con l’atto introduttivo.

4. Con ricorso *ex art. 43 c.p.a.* depositato il 12 marzo 2021 la GSA S.p.a., che nel frattempo aveva presentato domanda di partecipazione alla gara, chiedeva l’annullamento dei chiarimenti alla *lex specialis*, pubblicati dall’Amministrazione in data 11 febbraio 2021, per i seguenti ulteriori motivi:

I) «*Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 23, comma 16, 50, ultimo periodo, e 95, comma 10, del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in relazione alla mancata individuazione*

- dei costi della manodopera negli atti di gara - Eccesso di potere per difetto di istruttoria»,* ove si ribadiva l'omessa l'indicazione del costo della manodopera;
- II) *«Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 23, comma 16, 30, comma 4, 50, 95, comma 10, e 97, comma 6, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in relazione alla incapacienza della base d'asta – violazione e/o falsa applicazione del d.m. 2 agosto 2010 e del d.m. 19 marzo 2015 – eccesso di potere per contraddittorietà e difetto di istruttoria e motivazione – eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità – violazione della par condicio e del principio di libera concorrenza»,* col quale si evidenziava come in sede di chiarimenti risultasse confermata l'incapienza della base d'asta rispetto al costo della manodopera individuato dalle Tabelle Ministeriali e dai CCNL del settore;
- III) *«Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30 e 100 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in relazione alla mancata individuazione dei CCNL di settore – travisamento e illogicità – errore di fatto e di diritto»:* ove si deduceva l'illegittimità dei chiarimenti, nella parte in cui essi espressamente affermano che l'impresa partecipante ha facoltà di scegliere di applicare contratti collettivi diversi da quelli sottoscritti da ANISA e ANGAF;
- IV) *«Violazione dell'art. 83, commi 1 e 3, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in relazione al requisito di idoneità professionale - eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e sviamento - travisamento dei fatti e ingiustizia manifesta»,* con cui la ricorrente affermava che, ai fini della partecipazione, l'attività specifica di prevenzione incendi avrebbe dovuto essere richiesta sia come indicazione nell'oggetto sociale della società, sia tra le attività effettivamente esercitate in sede di iscrizione camerale, mentre quest'ultimo requisito veniva escluso anche in sede di chiarimenti;
- V) *«Violazione dell'art. 83 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in relazione al requisito di capacità economico-finanziaria - violazione dei principi di proporzionalità e attinenza - eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e sviamento - travisamento dei fatti e ingiustizia manifesta»,* ove si riproponeva, anche con riferimento ai chiarimenti,

la censura di eccessiva indeterminatezza del requisito afferente alla capacità finanziaria;

VI) «*Violazione dell'art. 83, commi 1 e 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in relazione al requisito di capacità tecnico-professionale - violazione dei principi di proporzionalità e attinenza. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e sviamento - travisamento dei fatti e ingiustizia manifesta*», con cui si ribadiva la vaghezza del requisito del pregresso esercizio del servizio, in assenza dell'individuazione di un importo minimo fatturato.

5. La ASST Bergamo Est si costituiva in giudizio il 24 maggio 2021, instando per la reiezione del ricorso ed eccependo, in sede preliminare, l'incompetenza funzionale della sede centrale del TAR per la Lombardia, in favore della Sezione Staccata di Brescia.

6. All'udienza da remoto del 16 giugno 2021 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente si prende in esame la questione afferente alla competenza funzionale della Sezione Staccata di Brescia, rilevata per la prima volta dall'Amministrazione resistente con la propria memoria di costituzione del 24 maggio 2021.

Ai sensi dell'art. 47 c.p.a.: «1. [...] non è considerata questione di competenza la ripartizione delle controversie tra tribunale amministrativo regionale con sede nel capoluogo e sezione staccata. 2. Se una parte, diversa dal ricorrente, ritiene che il ricorso debba essere deciso dal tribunale amministrativo regionale con sede nel capoluogo anziché dalla sezione staccata, o viceversa, deve eccepirlo nell'atto di costituzione o, comunque, con atto depositato non oltre trenta giorni dalla scadenza del termine di cui all'articolo 46, comma 1. Il presidente del tribunale amministrativo regionale provvede sulla eccezione con ordinanza motivata non impugnabile [...]». Il termine per la rilevazione dell'eccezione previsto dall'art. 46 comma 1 c.p.a. per le parti diverse dal ricorrente è quello di: «[...] sessanta giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso [...]».

Ritiene il Collegio che il combinato disposto tra le norme riportate debba essere letto nel senso che l'eccezione relativa alla competenza funzionale della sezione staccata debba essere rimessa alla valutazione del Presidente del TAR solo ove la stessa venga sollevata dalla parte resistente nell'atto di costituzione o in separato atto, ma comunque nel termine perentorio di sessanta giorni dal perfezionamento della notifica nei confronti della parte stessa.

Come emerge dagli atti di causa, la notifica del ricorso introduttivo della presente causa si perfezionava, nei confronti della ASST Bergamo Est, in data 1° febbraio 2021. L'Amministrazione sanitaria eccepiva l'incompetenza funzionale della sede centrale di Milano del TAR per la Lombardia in data 24 maggio 2021, e dunque tardivamente rispetto al termine stabilito dagli artt. 46 e 47 c.p.a., scaduto il 1° aprile 2021.

Il Collegio ritiene pertanto che non debba farsi luogo alla trasmissione degli atti al Presidente del Tribunale, e che la causa debba essere decisa dalla sede centrale del TAR per la Lombardia.

2. Si procede alla disamina delle censure proposte dalla parte ricorrente, iniziando dalla doglianza afferente all'incapienza del costo della manodopera desumibile dalla legge di gara.

2.1. Dalla disamina degli atti che compongono la *lex specialis*, emerge come la stazione appaltante abbia indicato il valore complessivo dell'appalto, determinato in €. 6.650.000,00 per sette anni (60 mesi di durata base, oltre a due anni di possibile rinnovo) IVA esclusa, oltre oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso (€. 25.550,00), omettendo di specificare quanta parte di detto importo sia da imputare al costo della manodopera.

Orbene, la società ricorrente evidenzia come, quand'anche l'intero importo della base d'asta dell'appalto venisse imputato alla copertura dei costi del lavoro, lo stesso sarebbe più basso rispetto agli importi rilevati dalle Tabelle ministeriali applicabili alla fattispecie (Tabelle allegate al D.M. 2 agosto 2010).

Il calcolo veniva sviluppato a partire dai dati indicati dalla parte iniziale dell'art. 6 del Capitolato d'appalto, che qui di seguito si riporta: «6. Il servizio

dovrà svolgersi tutti i giorni, dal lunedì alla domenica (7 giorni su 7) e dovrà essere organizzato, prevedendo un'articolazione dell'orario di lavoro, che garantisca una copertura oraria continuata per 24 ore, per un totale di 168 ore settimanali, 365 gg/anno, festivi e domeniche compresi».

La G.S.A. S.p.a. rilevava come, imputando l'intera base d'asta a costo del lavoro, e dividendo la stessa, pari a €. 6.650.000, per la totalità delle ore quantificabili sulla base del citato art. 6 del Capitolato, pari a 61.320 (= 24 ore x 365 giorni x 7 anni), si ottiene un importo orario di €. 15,49, non idoneo a far fronte al costo individuato dalle Tabelle del 2 agosto 2010 che, per gli operai inquadrati nella qualifica F, prevede la tariffa di €. 15,66 all'ora. Da ciò sarebbe conseguita l'illegittimità del bando.

2.2. La p.a., pur non contestando la quantificazione del costo della manodopera posta in essere dalla parte ricorrente, sosteneva l'infondatezza della censura.

L'Amministrazione rilevava, *in primis*, che l'eventuale inosservanza del minimo individuato dalle Tabelle ministeriali non avrebbe potuto integrare una causa di illegittimità del bando, costituendo dette tabelle un criterio valutativo della congruità dell'offerta, e non producendo alcun effetto vincolante.

2.3. Orbene, partendo da quest'ultimo argomento, si osserva come costituisca ormai *ius receptum* il principio secondo cui le Tabelle Ministeriali assolvono a un ruolo statistico, di rilevazione del costo medio del lavoro nei diversi settori, e come tali non integrano un parametro assolutamente inderogabile all'interno della gara pubblica.

Ciò significa che le imprese partecipanti a una procedura selettiva del contraente della p.a. ben possono offrire un prezzo che contempli un costo del lavoro più basso rispetto ai valori indicati nelle Tabelle di riferimento per il settore interessato; la ditta che si avvalga di tale facoltà dovrà tuttavia fornire adeguate giustificazioni (vagliate dalla stazione appaltante in sede di verifica di anomalia dell'offerta) circa la sostenibilità degli importi proposti, e la piena

osservanza dei diritti dei lavoratori impiegati, come sanciti dai CCNL di settore, da ritenersi (*questi ultimi sì*) inderogabili.

Con riferimento alla base d'asta, come reiteratamente affermato dalla giurisprudenza, l'individuazione da parte della stazione appaltante di un costo del lavoro inferiore a quello risultante dalle Tabelle ministeriali produce effetti diversi a seconda della fattispecie. Si è infatti precisato che, se minimi scostamenti non integrano di per sé un indice di illegittimità del bando, difformità rilevanti possono invece inficiare la validità della *lex specialis*; nel contempo, la legittimità della legge di gara viene meno ove la base d'asta non presenti una consistenza tale da garantire ragionevolmente la congruità delle offerte presentate: «*Il semplice fatto che la stazione appaltante si sia discostata dalle tabelle ministeriali, nella determinazione della base d'asta, non è indice ex se di illegittimità della disciplina di gara [...], perlomeno laddove tale scostamento non sia rilevante e la base d'asta sia tale da garantire ragionevolmente la congruità dell'offerta economica*» (TAR Lazio, Roma, II, 14 aprile 2016, n. 4404). Il bando risulterà parimenti annullabile allorquando l'importo soggetto a ribasso non si ponga nel pieno rispetto degli standard minimi fissati dal CCNL applicabile nel settore di riferimento: «*[...] (nel)la determinazione del prezzo a base d'asta nei bandi di gara [...] i dati sul costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali [...] non costituiscono un limite inderogabile: la previsione di inderogabilità riguarda solamente il trattamento normativo e retributivo del lavoratore in base ai minimi previsti dalla contrattazione collettiva*» (TAR Campania, Napoli, V, 2 febbraio 2021, n. 700).

In sintesi, una base d'asta che si fondi su un costo della manodopera più basso rispetto a quello che emerge dalle Tabelle ministeriali non è di per sé causa di illegittimità della legge di gara; lo diventa allorquando vi deroga in termini macroscopici, quando non garantisce ragionevolmente la possibilità di presentare offerte congrue, e quando viola il trattamento normativo e retributivo previsto dalla contrattazione collettiva nei confronti del lavoratore.

2.4. Tanto precisato, occorre intanto stabilire se nel caso di specie vi sia uno scostamento tra il costo del lavoro considerato nella base d'asta e quello

risultante dalle Tabelle ministeriali. Sarà poi necessario chiarire se l'eventuale differenziale rilevato sia idoneo o meno a inficiare la validità del bando, secondo i criteri sopra enunciati.

2.4.1. L'Amministrazione, che conviene sull'applicazione delle Tabelle allegate al D.M. 2 agosto 2010, esclude l'inosservanza delle tabelle stesse in quanto ritiene che il costo da considerare nella procedura indetta sia quello previsto per gli operai di livello G (€ 13,99 di costo orario, dunque inferiore a quello derivante dalla base d'asta, pari a € 15,49), e non per quelli di livello F (con costo orario pari a € 15,66, perciò superiore al costo di € 15,49 ritraibile dalla base d'asta).

Tale deduzione difensiva deve essere disattesa. L'inquadramento del personale da prendere a riferimento nel caso di specie non è infatti costituito dalla qualifica G, bensì dalla qualifica F. Ciò, sia in quanto alcuni dei dipendenti da riassorbire in virtù della clausola sociale risultano già inquadrati al livello F (per quanto è possibile rilevare dai chiarimenti redatti in proposito dall'Amministrazione, versati in atti dalla parte resistente nelle sole pagine dispari – doc. 6 allegato alla memoria del 24 maggio 2021 della ASST), sia in quanto la permanenza al livello G, nel settore della sorveglianza antincendio, può durare al massimo per 12 mesi (*«In applicazione dell'art.15 del CCNL, il personale richiesto nel bando potrà essere inquadrato normativamente nel Livello G soltanto per "i primi dodici mesi" di svolgimento dell'effettivo servizio»* - Relazione del Ministero del Lavoro del 25 gennaio 2019 – doc. 5 del fascicolo di parte ricorrente; *«Il sorvegliante antincendio verrà promosso automaticamente al livello F dopo 12 mesi di effettivo servizio nella medesima azienda»* - art. 15 CCNL ANISA 2009, posto a base delle Tabelle ministeriali, e al quale si riferiscono i livelli indicati dalla p.a. nei chiarimenti sulla clausola sociale sopra indicati). Dunque, per i dipendenti attualmente inquadrati al livello G, si verificherà la progressione al livello successivo già in epoca anteriore all'affidamento del servizio, mentre per gli eventuali neo assunti l'inquadramento nel livello G si protrarrà al massimo per il primo dei sette anni di durata del rapporto. Ne consegue che,

almeno per i sei settimi dello svolgimento del contratto, il livello F rappresenterà la qualifica esclusiva di inquadramento dei dipendenti del soggetto aggiudicatario.

Considerando il livello F, che prevede un costo orario di €. 15,66, deve dedursi l'incapienza della base d'asta, che prevede un costo orario al massimo corrispondente a €. 15,49.

Lo scostamento è dunque presente.

2.4.2. L'insufficienza della base d'asta, lungi dal poter essere considerata di ordine minimale, risulta invece di notevole consistenza. Ciò in quanto il costo del lavoro effettivamente preso a riferimento dall'Amministrazione deve ritenersi considerevolmente inferiore rispetto al valore determinato dalla ricorrente in €. 15,49. Come sopra illustrato, infatti, tale quoziente veniva ottenuto dividendo l'intera base d'asta per il numero totale delle ore; tuttavia, la base d'asta non può essere imputata per intero alla remunerazione della manodopera, dovendo invece far fronte anche a ulteriori voci di costo espressamente previste dal Capitolato speciale d'appalto.

Si fa riferimento, a titolo meramente esemplificativo: alle spese generali (che sempre devono essere tenute in considerazione, attenendo al funzionamento stesso dell'impresa aggiudicataria); alle spese relative alla fornitura di dispositivi di protezione individuale, da indicare in sede di offerta tecnica (art. 6, pag. 16 del Capitolato); ai costi della formazione del personale (che l'aggiudicatario si impegna a garantire anche ai dipendenti ASST ove la stessa ne faccia richiesta, come previsto dall'art. 7.2 del Capitolato); alla fornitura di una dotazione minima strumentale per ciascuno dei presidi ove il servizio deve essere svolto (art. 7.3, punto 9 del Capitolato); all'allestimento, pulizia, manutenzione ordinaria e straordinaria dei locali messi a disposizione dalla ASST (art. 7.3, pagina 20); ai costi afferenti alla polizza di assicurazione di cui all'art. 17 del Capitolato.

Dovendosi sottrarre dalla base d'asta plurimi e consistenti ulteriori importi, la somma da imputare al costo della manodopera risulterà ancora inferiore

rispetto a quella considerata dalla ricorrente, che già conduceva a un ammontare (€ 15,49) insufficiente a coprire quanto risultante dalle Tabelle ministeriali applicabili al servizio (€ 15,66). Lo scostamento in tal modo evidenziato deve pertanto ritenersi rilevante ai fini dell'indagine sulla legittimità della *lex specialis*.

2.4.3. Nel contempo, la circostanza che la base d'asta quantificata non sia idonea a coprire né per intero il costo del lavoro tabellare, né tutte le altre voci di spesa ritraibili dal capitolato, rende la stessa inadatta a consentire la formulazione di un'offerta congrua ed effettivamente sostenibile da parte delle ditte partecipanti.

2.4.4. Sotto ulteriore profilo, l'illegittimità del bando si evince anche con riferimento all'inosservanza del trattamento minimo garantito al lavoratore dal contratto collettivo applicabile alla fattispecie.

Il costo del lavoro determinato a livello ministeriale è infatti strettamente connesso alle diverse voci che compongono il trattamento economico e normativo garantito al lavoratore dal CCNL, in modo tale che – *come verrà di seguito precisato* –, un rilevante distacco in ribasso da tale costo è idoneo a compromettere l'osservanza dei diritti di rango costituzionale del lavoratore (artt. 36 e 37 della Carta Fondamentale) che i contratti collettivi si propongono di garantire.

Si consideri invero che tale parametro (il costo tabellare della manodopera) viene determinato sommando agli elementi retributivi annui spettanti al lavoratore (voce 'A' della Tabella del 2 agosto 2010), gli oneri aggiuntivi (voce B: festività retribuite, tredicesima e quattordicesima), gli oneri previdenziali e assistenziali (voce C: INPS e INAIL), il TFR e la relativa rivalutazione. Il risultato di tale sommatoria (dividendo) viene poi diviso per il numero di ore annue mediamente lavorate (divisore), a sua volta ottenuto sottraendo alle ore teoriche di lavoro in un anno i giorni mediamente non lavorati per ferie, festività, diritti sindacali, diritto allo studio, malattia infortunio e maternità, formazione.

Orbene, relativamente ad alcune delle variabili sopra considerate (ad esempio: malattia, infortunio, maternità, diritto allo studio), le singole aziende sono ammesse a rendere giustificazioni volte a individuare le peculiari condizioni della propria organizzazione che possono aver condotto a considerare un costo del lavoro più contenuto, senza compromettere i diritti sindacali inviolabili dei dipendenti (a titolo esemplificativo: per la particolare composizione anagrafica della forza lavoro della ditta, la stessa non è interessata dalla fruizione del diritto allo studio, dunque i giorni contemplati mediamente per l'esercizio di tale diritto possono essere scomputati, con conseguente incremento dei giorni effettivamente lavorati – *divisore* – e riduzione del costo del lavoro – *quoziente* –).

Tuttavia, ciò è rimesso alle giustificazioni della singola azienda, da rendere in seno al subprocedimento di valutazione di anomalia dell'offerta, e non costituisce un'operazione che possa essere svolta *ex ante* dalla stazione appaltante in sede di determinazione della base d'asta.

In tale sede, potranno essere consentiti alla p.a. ridottissimi spostamenti rispetto alle risultanze delle Tabelle (come precisato dalla giurisprudenza riportata al precedente punto 2.3), ma non delle difformità tali da determinare un'erosione degli istituti posti, per il tramite del contratto collettivo, a tutela di diritti costituzionalmente garantiti ai lavoratori (retribuzione, ferie, malattia ecc.). Erosione, quest'ultima, che necessariamente si verifica in caso di consistente distacco in riduzione della base d'asta rispetto al costo del lavoro tabellare, effettuato in assenza di elementi giustificativi calati sulla specifica organizzazione aziendale. Dunque, a maggior ragione, tale effetto distorsivo e lesivo della dignità del lavoratore si produrrà in caso di decurtazione posta in essere in modo aprioristico dalla p.a. in sede di redazione della *lex specialis*.

Nel caso che forma oggetto del presente giudizio, si è già evidenziato come la p.a. aggiudicatrice abbia determinato la base d'asta indicando un costo del lavoro notevolmente più basso già rispetto a quello rilevato nelle Tabelle del 2010, redatte sulla base del CCNL ANISA del 2009. La somma indicata nella

lex specialis risulterà lesiva, a maggior ragione, degli standard minimi contrattuali attualmente vigenti, che risultano più elevati rispetto a quelli fissati dalla contrattazione collettiva oltre dieci anni orsono. A titolo esemplificativo: il contratto FISA del 14 settembre 2015, e il CCNL ANGAF rinnovato il 20 ottobre 2015, entrambi citati dalla Relazione del Ministero del Lavoro (doc. 15 del fascicolo di parte ricorrente) quali ulteriori CCNL applicabili al servizio oggetto del processo, prevedono un costo del lavoro più elevato rispetto a quello indicato nel CCNL del 2009 - sul quale erano basate le Tabelle del 2010 - per effetto dell'incremento della componente retributiva, peraltro ulteriormente cresciuta a seguito dei successivi rinnovi (*ad esempio: il livello di inquadramento più basso previsto dal CCNL ANGAF 2015, VII livello, prevede un compenso più alto rispetto a quello previsto per il livello 'F' del CCNL 2009 considerato dalle Tabelle; identiche considerazioni devono svolgersi con riferimento al I livello del contratto FISA 2015*).

Le Tabelle del 2 agosto 2010 contemplano quindi un costo del lavoro inferiore rispetto a quello attualmente garantito dai CCNL applicabili. Dunque, l'inosservanza (accertata) delle Tabelle del 2010 da parte della base d'asta non può che implicare la violazione dei minimi inderogabili nel trattamento del lavoratore risultanti dal CCNL attualmente applicabile alla fattispecie.

Come affermato dalla giurisprudenza, una simile situazione produce effetti vizianti del bando, in quanto il trattamento minimo sancito dal CCNL costituisce un parametro inderogabile, anche in considerazione della funzione di tutela cui i contratti collettivi assolvono con riferimento ai diritti costituzionalmente garantiti al lavoratore dagli artt. 36 e 37 della Costituzione: *«In proposito, va condiviso l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'intangibilità dei trattamenti salariali minimi inderogabili è posto a presidio sia della serietà dell'offerta e della corretta esecuzione delle prestazioni appaltate sia dell'adeguatezza delle spettanze retributive dovute ai lavoratori. Sotto il secondo profilo, va rimarcato lo scopo di evitare che il confronto concorrenziale tra le imprese partecipanti ad una gara si svolga sul terreno del*

costo della manodopera, a discapito delle garanzie economiche a tutela di quest'ultima (T.A.R. Campania, sez. VIII Napoli, 2/7/2010, n. 16568). A maggior ragione nel caso in esame, considerato che l'inderogabilità dei minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle ministeriali è stata positivizzata nell'art. 23, comma 16, D. Lgs. 50/2016. Non rileva, al riguardo, l'avvenuta partecipazione a gara, nelle more del giudizio, che non determina acquiescenza, stante l'impugnazione specifica del bando in parte qua, e considerato che la congruità della base d'asta costituisce presidio per l'interesse pubblico a che l'esecuzione dei contratti pubblici non venga compromessa da dinamiche ribassiste a detrimento della retribuzione dei lavoratori e della sicurezza nell'ambito dei contratti pubblici» (TAR Sicilia, Catania, III, 19 febbraio 2018, n. 389); e ancora: «[...] comprovano l'esistenza di un disallineamento evidente e significativo tra il valore [...] assunto a base d'asta, e i livelli retributivi orari indicati nelle tabelle ministeriali, venendosi così ad avvalorare, nella sostanza, un giudizio di incongruità e illogicità della lex specialis in parte qua, anche in relazione alla individuazione di una base d'asta "già in partenza" al di sotto dei trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti da fonti autorizzate dalla legge (arg. ex art. 97, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016). E a tale riguardo è corretto nella sentenza impugnata il rilievo per cui la congruità della base d'asta è un presidio per l'interesse pubblico e l'esecuzione dei contratti pubblici non dev'essere essere compromessa da dinamiche ribassiste a detrimento della retribuzione dei lavoratori e della sicurezza nell'ambito dei contratti pubblici» (Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, Sezione giurisdizionale, 13 dicembre 2019, n. 1058).

2.5. Per quanto precede, risulta accertata l'incapienza della base d'asta, e la sussistenza dei presupposti in presenza dei quali la suddetta condizione deficitaria determina l'illegittimità della *lex specialis* della procedura (scostamento rilevante, assenza di garanzia di congruità delle offerte, violazione dei minimi retributivi, quest'ultimo aspetto anche con riferimento alla previsione di cui all'art. 97 comma 6 D. Lgs. 50/2016).

Le doglianze proposte dalla parte ricorrente con riferimento all'illegittimità del bando per l'insufficienza dell'importo ammesso a ribasso risultano dunque fondate.

3. Il ricorso, in considerazione di quanto sopra esposto con riferimento alle censure esaminate, deve essere accolto, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Si assorbono le ulteriori censure non esaminate, per ragioni di continenza ed economia processuale.

4. Le spese del giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza, e vengono pertanto poste a carico dell'Amministrazione resistente, che dovrà rifonderle alla società ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie per le ragioni indicate in motivazione e annulla, per l'effetto, i provvedimenti impugnati.

Condanna la ASST Bergamo Est alla refusione, in favore della G.S.A. Gruppo Servizi Associati S.p.a., delle spese di lite del presente giudizio, che si quantificano nella complessiva somma di €. 2.000,00 (*Duemila/00*) oltre accessori di legge, maggiorata degli importi versati dalla ricorrente a titolo di pagamento del contributo unificato.

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

Così deciso in Milano nella Camera di consiglio del giorno 16 giugno 2021, tenutasi con collegamento da remoto in videoconferenza tramite Microsoft Teams ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 convertito in Legge 18 dicembre 2020, n.176, come modificato dall'art.6 del D.L. 1° aprile 2021, n.44, convertito in Legge 28 maggio 2021, n.76, e del Decreto Presidente del Consiglio di Stato del 28 dicembre 2020, con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere

Katiuscia Papi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Katiuscia Papi

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO