

La dichiarazione di equivalenza del CCNL tra autonomia delle scelte imprenditoriali e tutela del lavoro dipendente: il caso del cd. superminimo

di Rocco Felato

Data di pubblicazione: 8-12-2025

La *ratio* dell'**art. 11, comma 3, del D.Lgs. 36/2023**, rinvenibile nella Relazione al Codice, non è diretta a estendere *ex lege* ed *erga omnes* l'efficacia del contratto collettivo, ma si limita a indicare le condizioni contrattuali che l'aggiudicatario deve applicare al personale impiegato, qualora, sulla base di una propria e **autonoma scelta imprenditoriale**, intenda conseguire l'appalto pubblico, restando libero di applicare condizioni contrattuali diverse nello svolgimento dell'attività imprenditoriale diversa.

La disposizione in parola rappresenta dunque il punto di **compromesso** tra le opposte esigenze dell'**autonomia aziendale** e della tutela del lavoro dipendente, per evitare che la massimizzazione del profitto economico dell'impresa passi attraverso l'ingiusta riduzione delle **tutele economiche e normative del personale** oggetto di riassorbimento nell'ambito della procedura di cambio appalto, quale conseguenza del diverso contratto collettivo applicato dall'aggiudicatario.

L'introduzione sul piano normativo dell'obbligo, per la stazione appaltante, di procedere alla **verifica di equivalenza delle tutele** laddove l'aggiudicatario si sia avvalso della facoltà di applicare un CCNL diverso da quello indicato nella *lex specialis* è pertanto volta a evitare fenomeni di c.d. *dumping contrattuale* – ovvero forme di concorrenza al ribasso attraverso la sottoscrizione di contratti collettivi non sufficientemente tutelanti per i lavoratori, che consentono all'operatore economico un risparmio diretto sul costo del lavoro – trattandosi di fenomeno che impatta negativamente non solo sul trattamento dei lavoratori, ma anche sul corretto funzionamento del sistema di relazioni industriali e, in ultimo, sulla conflittualità del lavoro.

Il connesso giudizio di equivalenza, però, non implica necessariamente una **perfetta identità o sovrapponibilità** della disciplina prevista dai diversi contratti collettivi a confronto, poiché ciò significherebbe richiedere agli operatori economici un'omologazione sostanziale dei CCNL applicati, in contrasto sia con il divieto di imporre l'applicazione di un determinato contratto collettivo sia con il **principio di libertà economica e di organizzazione aziendale** costantemente riconosciuto anche nell'interpretazione della clausola sociale, quale limite all'obbligo di integrale riassorbimento del personale e della conservazione del medesimo trattamento.

Se, dunque, non può pretendersi una piena identità nella disciplina complessiva dei diversi CCNL, l'equivalenza che deve essere accertata dalla stazione appaltante implica tuttavia che le "tutele" garantite ai lavoratori siano **sostanzialmente le stesse**, come recita appunto il testo

dell'art. 11, comma 3 del D.Lgs. n. 36/2023.

Il che significa evitare che, ferma restando l'autonomia organizzativa dell'impresa, venga applicato un contratto collettivo che preveda **plurimi trattamenti deteriori** a detrimento della posizione complessiva dei lavoratori ferma restando l'ammissibilità di contratti collettivi che stabiliscono **condizioni di miglior favore** per i lavoratori rispetto a quello indicato dalla stazione appaltante.

Quanto alla **componente economica**, il giudizio di equivalenza deve prendere a riferimento le componenti della retribuzione globale annua costituite dalle seguenti voci: retribuzione tabellare annuale; indennità di contingenza; Elemento Distinto della Retribuzione – EDR - a cui vanno sommate le eventuali mensilità aggiuntive (tredicesima e quattordicesima), nonché ulteriori indennità previste.

In tal senso un'utile indicazione operativa proviene dalla Relazione Illustrativa del Bando tipo n. 1/2023, che a sua volta ha fatto propri i contenuti della circolare INL n. 2/2020, laddove sono menzionati gli istituti oggetto di comparazione, precisandosi che uno scostamento limitato, stimato complessivamente in due parametri, è considerato compatibile con un giudizio di sostanziale equiparabilità delle tutele. L'art. 4 dell'Allegato I. 01 al D. Lgs. n. 36/2023, per parte sua, dopo aver elencato gli istituti rilevanti ai fini di detta valutazione, precisa che le stazioni appaltanti possono esprimere un giudizio positivo di equivalenza quando gli scostamenti rispetto ai parametri di riferimento *“sono marginali”*.

Il mero impegno a corrispondere il c.d. **“superminimo”**, quindi, oltre a rendere evidentemente incerta la reale portata della retribuzione fissa e continuativa garantita ai lavoratori, rimanda ad un **evento futuro e contingente** – ossia l'accordo bilaterale tra parte datoriale e rappresentanze sindacali, frutto di libera volontà negoziale – l'effettivo riconoscimento di un trattamento retributivo equivalente.

Guida alla lettura

Con la sentenza n. 2845/2025, il T.A.R. Milano si pronuncia in tema di **equivalenza delle tutele normative ed economiche** con riferimento al CCNL applicato dall'aggiudicataria.

Con un primigenio ricorso, la ricorrente aveva infatti, già ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione in ragione della **mancata verifica di anomalia** dell'offerta resa dall'aggiudicataria, vieppiù necessaria, a suo avviso, a fronte dell'erronea indicazione del costo della manodopera nella *lex specialis* di gara, ovvero della **omessa valutazione**, ai sensi dell'art. 11, comma 3, D.Lgs. n. 36/2023, dell'**equivalenza delle tutele normative ed economiche** con riferimento al CCNL applicato dall'aggiudicataria.

La stazione appaltante, quindi, verificata l'anomalia su impulso della primigenia sentenza, ritiene, ancora una volta, l'offerta dell'originaria aggiudicataria complessivamente congrua e

considera sostenibili i costi previsti per l'esecuzione del servizio.

Con ulteriore ricorso, la medesima (originaria) ricorrente, impugna anche la novella aggiudicazione all'uopo introducendo due profili di gravame:

a) con il primo, lamenta l'erroneità e la illogicità delle conclusioni cui è pervenuta la stazione appaltante, frutto, a suo avviso, del travisamento delle **giustificazioni postume** fornite dall'aggiudicataria in rapporto ai contenuti dell'offerta e del P.E.F. dalla stessa presentati in gara;

b) con il secondo, censura la mancata esclusione dell'aggiudicataria in quanto il CCNL da questa applicato non presenterebbe i **requisiti dell'equivalenza** con quello indicato in sede di gara e tanto sul piano economico quanto su quello normativo (art. 11 del D.Lgs. 36/2023).

Entrambi i profili vengono accolti dal Collegio.

Quanto al primo, il Collegio ritiene effettivamente sussistente il **difetto di istruttoria e di motivazione** lamentato da parte ricorrente, poiché la valutazione dell'amministrazione – tenuta ad operare con particolare attenzione e prudenza, a tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori e a garanzia dei piccoli destinatari del servizio – si è arrestata al piano recepimento di **spiegazioni perplesse e non adeguatamente motivate**, senza i necessari approfondimenti richiesti dal tenore delle giustificazioni. In particolare, rileva il Giudice, che le giustificazioni dell'aggiudicataria involgono una riduzione lineare corrispondente al 20% delle retribuzioni di tutto il personale impiegato nell'esecuzione del contratto: applicando tale abbattimento, il costo complessivo della manodopera è risultato, dunque, superiore alla somma menzionata nel provvedimento di aggiudicazione.

Quanto al secondo (**equivalenza sul piano economico e normativo del CCNL applicato**), il Collegio rileva che, ai sensi dell'art. 26 del Capitolato – recante, in tema di "clausola sociale", il precipitato normativo dell'art. 11, comma 3, del D.Lgs. 36/2023, vigente *ratione temporis* – *"nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione (...). 3. Gli operatori economici possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente. 4. Nei casi di cui al comma 3, prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele. In quest'ultimo caso, la dichiarazione è anche verificata con le modalità di cui all'articolo 110"*.

Considerando la *ratio* della disposizione e le finalità che la animano, la Relazione al Codice, nell'escludere profili di contrasto con l'art. 39 della Costituzione, ha chiarito come la stessa non sia *"diretta a estendere ex lege ed erga omnes l'efficacia del contratto collettivo, ma si limita a indicare le condizioni contrattuali che l'aggiudicatario deve applicare al personale impiegato, qualora, sulla base di una propria e autonoma scelta imprenditoriale, intenda*

conseguire l'appalto pubblico, restando libero di applicare condizioni contrattuali diverse nello svolgimento dell'attività imprenditoriale diversa; e restando libero di accettare o non la clausola dell'appalto pubblico oggetto dell'aggiudicazione (accettando, quindi, anche l'esclusione dalla procedura). I medesimi argomenti possono essere utilizzati per affermare la compatibilità anche rispetto all'art. 41 Cost., tenuto conto altresì che la libera iniziativa economica "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale". Il consentire alla p.a. la scelta di indicare il CCNL applicabile alle prestazioni oggetto di gara sembra trovare giustificazione proprio sotto questo profilo (Art. 41, secondo comma, Cost.)."

La disposizione in parola rappresenta, dunque, il **punto di compromesso** tra le opposte esigenze dell'**autonomia aziendale** e della tutela del lavoro dipendente, per evitare che la massimizzazione del profitto economico dell'impresa passi attraverso l'ingiusta riduzione delle **tutele economiche e normative del personale** oggetto di riassorbimento nell'ambito della procedura di cambio appalto, quale conseguenza del diverso contratto collettivo applicato dall'aggiudicatario.

L'introduzione sul piano normativo dell'obbligo, per la stazione appaltante, di procedere alla verifica di equivalenza delle tutele laddove l'aggiudicatario si sia avvalso della facoltà di applicare un CCNL diverso da quello indicato nella *lex specialis* è pertanto volta a **evitare fenomeni di c.d. dumping contrattuale** – ovvero **forme di concorrenza al ribasso attraverso la sottoscrizione di contratti collettivi non sufficientemente tutelanti per i lavoratori**, che consentono all'operatore economico un risparmio diretto sul costo del lavoro – trattandosi di fenomeno che impatta negativamente non solo sul trattamento dei lavoratori, ma anche sul corretto funzionamento del sistema di relazioni industriali e, in ultimo, sulla conflittualità del lavoro.

Nel merito della fattispecie dedotta, ritiene il Collegio che il detto giudizio di equivalenza non implichi necessariamente una **perfetta identità o sovrapponibilità della disciplina** prevista dai diversi contratti collettivi a confronto, poiché ciò significherebbe richiedere agli operatori economici un'omologazione sostanziale dei CCNL applicati, in contrasto sia con il divieto di imporre l'applicazione di un determinato contratto collettivo sia con il **principio di libertà economica e di organizzazione aziendale** costantemente riconosciuto anche nell'interpretazione della clausola sociale, quale limite all'obbligo di integrale riassorbimento del personale e della conservazione del medesimo trattamento.

Se, dunque, non può pretendersi una piena identità nella disciplina complessiva dei diversi CCNL, l'equivalenza che deve essere accertata dalla stazione appaltante implica tuttavia che le "tutele" garantite ai lavoratori siano **sostanzialmente le stesse**, come recita appunto il testo dell'art. 11, comma 3 del D.Lgs. n. 36/2023. Il che significa evitare che, ferma restando l'autonomia organizzativa dell'impresa, venga applicato un contratto collettivo che preveda plurimi trattamenti deteriori a detrimento della posizione complessiva dei lavoratori, ferma restando l'ammissibilità di contratti collettivi che stabiliscono condizioni di miglior favore per i lavoratori rispetto a quello indicato dalla stazione appaltante.

Quanto alla componente economica del giudizio di equivalenza - prendendo in considerazione i chiarimenti forniti nella circolare dell'INL n. 2/2020, nella Relazione illustrativa al bando tipo

n. 1/2023 e in plurime delibere dell'ANAC intervenute in materia (cfr. in particolare le delibere nn. 14/2025 e 392/2024) - il giudizio di equivalenza deve prendere a riferimento *“le componenti della retribuzione globale annua costituite dalle seguenti voci: retribuzione tabellare annuale; indennità di contingenza; Elemento Distinto della Retribuzione – EDR - a cui vanno sommate le eventuali mensilità aggiuntive (tredicesima e quattordicesima), nonché ulteriori indennità previste”*.

Nella dichiarazione di equivalenza tra il CCNL applicato e quello indicato nella *lex specialis* di gara, la ricorrente ha precisato, che *“la retribuzione tabellare mensile del personale già in servizio sarà armonizzata con il CCNL Cooperative Sociali a parità di mensilità supplementari. Non vi sono ulteriori indennità previste dai CCNL, quali le indennità economiche aggiuntive alla retribuzione tabellare che spetterebbero stabilmente ai lavoratori in ragione delle prestazioni previste dall'appalto. La misura degli scatti di anzianità, invece, non rientra nel confronto”*.

La stazione appaltante ha, in sostanza, ritenuto che *“la componente della retribuzione globale annua, proporzionata allo stesso monte ore settimanale, supportata dallo strumento dei superminimi (e altre indennità) risulta essere sostanzialmente armonizzata ed equivalente con il CCNL Cooperative Sociali, rispondendo così alla ratio richiesta dal legislatore. Non rientrano nel confronto gli scatti di anzianità, né ulteriori indennità tra cui indennità professionali o di funzione”*.

Logico corollario ne è che il ricorso allo **strumento del “superminimo”** ai fini di garantire **l'armonizzazione del trattamento retributivo** non sia idoneo a garantire l'equivalenza economica dei due contratti in comparazione e, con essa, piena tutela *ex ante* ai lavoratori da riassorbire.

Invero, già nelle indicazioni fornite dall'ANAC nella Relazione illustrativa allegata al Bando Tipo n. 1/2023 – come pure nell'art. 4 dell'Allegato I. 01 al D. Lgs. n. 36/2023 – è ben precisato che la valutazione di equivalenza economica dei contratti è effettuata *“in relazione alle componenti fisse della retribuzione”*, tra le quali non rientra la previsione del c.d. “superminimo”, ovvero l'eccedenza retributiva rispetto ai minimi tabellari pattuita individualmente ed erogata a favore del lavoratore a fronte di particolari specializzazioni o qualità professionali, ovvero nel caso di mansioni specialmente onerose. Non solo l'elemento in questione non è ricompreso tra le componenti fisse della retribuzione e, dunque, non rientra tra le voci oggetto di confronto, ma neppure vi è effettiva certezza in ordine alla sua contrattualizzazione, essendo stato prospettato come criterio di correzione per il riallineamento di retribuzioni tabellari oggettivamente inferiori soltanto all'interno di una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante e non direttamente impegnativa, né vincolante, nei rapporti tra datore di lavoro e lavoratori.

Non è dunque certa la corresponsione del predetto superminimo per tutta la durata della concessione in mancanza di specifiche previsioni contrattuali verificabili *ex ante*, con il correlato rischio di un sostanziale depotenziamento della tutela spettante ai lavoratori nel caso di inadempimento della prestazione retributiva a carico del datore di lavoro. Del resto, la circostanza che il raffronto economico avvenga *“in astratto”*, cioè con riferimento alle componenti fisse della retribuzione tabellare prevista dai CCNL di riferimento e sterilizzando le

forme di remunerazione ad personam, è funzionale ad assicurare un raffronto oggettivo che si misura su previsioni certe, preventivamente conoscibili, valevoli per tutti i lavoratori e alle quali il datore è vincolato in forza di apposita contrattazione collettiva, con le correlate garanzie sia sul piano negoziale che sindacale.

Al riguardo, il Collegio condivide la posizione espressa da recente giurisprudenza secondo cui ***“il mero impegno a corrispondere il c.d. “superminimo”, oltre a rendere evidentemente incerta la reale portata della retribuzione fissa e continuativa garantita ai lavoratori, rimanda ad un evento futuro e contingente – ossia l’accordo bilaterale tra parte datoriale e rappresentanze sindacali, frutto di libera volontà negoziale – l’effettivo riconoscimento di un trattamento retributivo equivalente. 9.4. In altre parole, siffatto impegno della controinteressata non è idoneo a colmare stabilmente le lacune retributive accertate dalla Stazione appaltante, dovendosi convenire con il formante normativo e giurisprudenziale in subiecta materia, secondo cui l’equivalenza deve essere garantita dalle componenti fisse e automatiche del trattamento economico”***.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono deve dunque concludersi che **i due contratti a confronto non siano equivalenti sul piano del trattamento economico garantito ai lavoratori**.

Tonificano tale ritenere omologhi precedenti giurisprudenziali (cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. II, 18.04.2025, n. 689; T.A.R. Toscana, Sez. IV, 6.10.2025, n. 1584; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 5.11.2025, n. 1461), risultando conseguentemente **irragionevole e illogico il giudizio di equivalenza attestato dalla stazione appaltante, oltre che erroneo nel merito delle conclusioni raggiunte**. Invero, poiché sono oggettivamente rari i casi in cui due contratti collettivi presentano esattamente lo stesso articolato normativo, è necessario che la stazione appaltante accerti che il diverso CCNL adottato, al di là del *nomen iuris*, garantisca ai dipendenti riassorbiti nella fase di cambio appalto tutele sostanziali equiparabili. Ciò significa che la valutazione cui l’amministrazione è chiamata non può limitarsi a una comparazione meccanicistica della disciplina dei diversi istituti contrattuali, né alla mera verifica della presenza degli stessi in entrambi i contratti collettivi comparati, essendo necessario considerare, al fine di stabilire se sussiste o meno la necessaria equivalenza, anche l’importanza degli aspetti negoziali su cui si registrano divergenze di disciplina e delle correlate tutele nella dinamica del rapporto lavorativo.

In tal senso un’utile indicazione operativa proviene dalla Relazione Illustrativa del Bando tipo n. 1/2023, che a sua volta ha fatto propri i contenuti della circolare INL n. 2/2020, laddove sono menzionati gli istituti oggetto di comparazione, precisandosi che uno scostamento limitato, stimato complessivamente in due parametri, è considerato compatibile con un giudizio di sostanziale equiparabilità delle tutele. L’art. 4 dell’Allegato I. 01 al D. Lgs. n. 36/2023, per parte sua, dopo aver elencato gli istituti rilevanti ai fini di detta valutazione, precisa che le stazioni appaltanti possono esprimere un giudizio positivo di equivalenza quando gli scostamenti rispetto ai parametri di riferimento *“sono marginali”*.

Alla luce dei parametri di comparazione individuati nelle succitate fonti, il Collegio rileva come i due contratti divergano in maniera sostanziale con riferimento ad almeno quattro istituti

contrattuali di primario rilievo, quali sono la disciplina del lavoro supplementare nell'impiego part time, la durata del periodo di preavviso del lavoratore, la durata del periodo di prova e la retribuzione nei casi di malattia e infortunio.

Il T.A.R., per l'effetto, conclude per l'accoglimento del ricorso.

REPUBBLICA ITALIANA

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 1297 del 2025, proposto da Cometa Cooperativa Sociale a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luciano Salomoni, Andrea Santoro e Lorenzo Bolognini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, in relazione alla procedura CIG B144FC4D1D;

contro

Comune di Brivio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Fabio Romanenghi e Cristina Lucia Ciarcia', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio del primo difensore in Milano, corso di Porta Vittoria, n. 28;

Provincia di Lecco, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Tommaso Matteo Ferrario, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Milano, via Arrigo Boito, n. 8;

nei confronti

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

per l'annullamento

previa sospensione cautelare

- della Determina Dirigenziale n. 36 del 3 marzo 2025, con la quale il Comune di Brivio ha

aggiudicato la gara per la concessione del servizio di gestione dell'asilo nido comunale "Un due tre stella" alla Cooperativa Sociale Gialla (CIG B144FC4D1D);

- della nota del 3 marzo 2025, prot. n. 0002677, a firma del RUP del Comune di Brivio, con la quale è stata comunicato all'esponente l'aggiudicazione del servizio in concessione di gestione dell'asilo nido comunale "Un due tre stella" per anni cinque a favore Cooperativa Sociale Gialla;

- di ogni ulteriore atto presupposto, connesso o conseguente, ancorché non conosciuto, e in particolare, per quanto occorrer possa:

- del punto 3, lett. B) del Disciplinare di gara, della relazione illustrativa, All. A) del progetto del servizio oggetto di concessione e dell'art. 5 del capitolato speciale descrittivo prestazionale, tutti nella parte in cui hanno indicato il costo stimato della manodopera in complessivi euro 1.215.703,25;

- del Piano Economico Finanziario, Allegato B) al Capitolato speciale descrittivo prestazionale, nella parte in cui ha quantificato il costo annuale della manodopera in euro 243.140,65;

- dell'elenco del personale asilo nido "Un due tre stella", Allegato C) al capitolato speciale descrittivo prestazionale;

- del verbale unico di Gara della seduta del 19.02.2025 e del 27.02.2025;

nonché per la condanna, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, delle amministrazioni resistenti al risarcimento del danno in forma specifica mediante conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto alla ricorrente, ovvero al risarcimento del danno per equivalente nella misura che verrà accertata, anche in via equitativa, nel corso del giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Vista la richiesta di passaggio in decisione sugli scritti depositata dalla Cooperativa Sociale Gialla;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 novembre 2025 la dott.ssa Valentina Caccamo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione n. 463 del 17.04.2024, la Stazione Unica Appaltante della Provincia di Lecco, su richiesta del Comune di Brivio, ha indetto una procedura aperta ai sensi dell'art. 71 del D.Lgs. n. 36/2023 per l'affidamento quinquennale in concessione del servizio di gestione dell'asilo nido comunale "Un due tre stella", da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo complessivo in relazione all'intera durata contrattuale di euro 1.498.023,80, di cui euro 1.215.703,25 per il costo della manodopera (euro 243.140,65 annui).

2. Con determinazione n. 94 del 20.06.2024, la gara – alla quale hanno preso parte soltanto l'odierna ricorrente e la controinteressata – è stata aggiudicata in favore della Cooperativa Sociale Gialla, che si è collocata al primo posto in graduatoria con punti 77,30, seguita da Cometa Cooperativa Sociale a r.l. (di seguito solo "Cooperativa Cometa"), classificatasi seconda con punti 73,20.

3. La predetta aggiudicazione è stata impugnata dalla Cooperativa Cometa dinanzi a questo Tribunale con il ricorso iscritto al n. r.g. 2083/2024, poi integrato da motivi aggiunti. Con sentenza n. 296/2025, la Sezione ha accolto il gravame ritenendo fondate le censure con cui è stata contestata la mancata verifica di anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, vieppiù necessaria a fronte dell'erronea indicazione del costo della manodopera da parte dell'ente concedente nella *lex specialis* di gara, e l'omessa valutazione, ai sensi dell'art. 11, comma 3, D.Lgs. n. 36/2023, dell'equivalenza delle tutele normative ed economiche con riferimento al CCNL applicato dalla Cooperativa Sociale Gialla, diverso da quello indicato dalla stazione appaltante in relazione alla procedura di gara cui si discute. La pronuncia ha quindi precisato che l'ente concedente avrebbe dovuto *"procedere all'esercizio del potere di verifica di anomalia dell'offerta presentata dalla Cooperativa Sociale Gialla, non ancora esercitato, alla luce dei rilievi contenuti nella presente sentenza"*.

4. Il Comune di Brivio ha dunque provveduto, in esecuzione della sentenza, a riaprire la procedura di gara al fine di effettuare le verifiche in merito all'anomalia dell'offerta e all'equivalenza delle tutele ritenute necessarie dal Tribunale.

5. Effettuato il contraddittorio procedimentale e acquisite le giustificazioni dell'aggiudicataria in data 10.02.2025, poi integrate su richiesta del RUP con nota del 24.02.2025, la stazione appaltante si è espressa favorevolmente ritenendo che *"la procedura di verifica di anomalia dell'offerta presentata dalla Coop.va Gialla possa considerarsi chiusa e soddisfatta, dichiarando accertata la congruità dell'offerta e l'equivalenza del CCNL"*.

6. Avverso tale provvedimento è nuovamente insorta la Cooperativa Cometa onde chiederne l'annullamento, articolando a sostegno del gravame le seguenti censure:

- *"2. Violazione e falsa applicazione degli artt. 41, comma 13, 108. c. 9 e 110 del D.Lgs. 36/2023, nonché dell'art. 17 del Disciplinare di gara e degli artt. 13, 20 e 29 del Capitolato Speciale Prestazionale; eccesso di potere per carenza di istruttoria e travisamento; illogicità e contraddittorietà manifeste"*;

- *"2. Violazione e falsa applicazione degli artt. 11, 41, comma 13, e 110 del d.lgs. 36/2023,*

nonché dell'art. 3 del Disciplinare di gara e dell'art. 26 del Capitolato Speciale Prestazionale. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e difetto di motivazione".

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

7. All'esito della camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, con ordinanza n. 478/2025 di questo Tribunale la domanda di sospensione dei provvedimenti impugnati presentata dalla ricorrente è stata respinta per difetto del requisito del *periculum in mora*, essendo il servizio già in corso di esecuzione anticipata a opera dell'attuale aggiudicataria a far data dal 2.9.2024 e avendo l'affidamento durata quinquennale, così da consentire un eventuale subentro all'esito della deliberazione del ricorso, ferma comunque la tutela risarcitoria.

8. Le parti hanno depositato ulteriori scritti difensivi in vista della trattazione di merito del ricorso e, alla pubblica udienza del 12.11.2025, la causa è passata in decisione.

9. Il ricorso è fondato nei termini di seguito illustrati.

10. Con il primo motivo, la ricorrente denuncia l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria sotto plurimi profili di seguito sintetizzati:

- il costo complessivo della manodopera sarebbe stato ridotto del 20% per "morbilità", cioè in relazione alla media dei bambini assenti per malattia, includendo nella decurtazione anche le retribuzioni dell'ausiliario addetto alle pulizie, della cuoca e della coordinatrice, ovvero figure professionali la cui attività non varia al mutare della percentuale di presenza in aula. In detti termini, sottraendo dal totale il 20% delle sole educatrici, il costo della manodopera sarebbe stato pari a euro 249.608,274 annui, somma superiore all'importo di euro 243.140,65 dichiarato dalla controinteressata in sede di offerta, con una sottostima complessiva per tutta la durata della concessione pari a euro 32.338,12;

- sebbene il costo del cuoco risulti ricompreso nell'ambito della spesa sostenuta per il personale, l'amministrazione non si sarebbe avveduta che, anche in questo caso, tale ammontare sarebbe stato ingiustificatamente ridotto del 20% per morbilità;

- i costi della manodopera indicati dal Comune di Brivio nel Piano Economico Finanziario ("P.E.F.") incluso tra la documentazione di gara sarebbero inattendibili, in quanto la cifra complessiva pari a euro 243.140,65 annui ivi riportata sarebbe inferiore alla somma aritmetica delle singole voci presenti nella tabella di cui al punto 4.2) del suddetto documento, che ammonta a euro 257.930,82, con la conseguenza di non poter ritenere indicativa di congruità dell'offerta la circostanza che il costo della manodopera esposto nelle giustificazioni sia pari all'importo finale erroneamente indicato dalla stazione appaltante; inoltre, i costi riportati nel P.E.F. elaborato dalla stazione appaltante avrebbero assunto a presupposto l'organico indicato relativo all'attività svolta nell'anno 2023, quando però l'asilo era frequentato da 53

bambini, mentre la gara per l'assegnazione della concessione in esame si sarebbe basata sulla presenza massima di 43 bambini;

- ai costi indicati dall'aggiudicataria andrebbero sommati gli scatti di anzianità che verranno maturati, con cadenza biennale, nel corso dei 5 anni di gestione del servizio da parte del personale assunto dalla controinteressata, da cui conseguirebbe una sottostima del costo del lavoro pari a euro 19.315,14, ferma la decurtazione del 20% per le figure delle educatrici;

- l'aggiudicataria non avrebbe tenuto conto dell'ulteriore indennità aggiuntiva corrispondente al Premio Territoriale di Risultato (P.T.R.) previsto dall'art. 18 del Contratto Integrativo Collettivo Provinciale di lavoro per le lavoratrici e i lavoratori delle cooperative e imprese sociali del settore socio-sanitario assistenziale-educativo e di inserimento lavorativo della Provincia di Lecco, corrispondente a importi variabili tra euro 266,00 per il personale addetto alle pulizie e circa 380 euro per la coordinatrice;

- il costo orario del personale di commessa sarebbe inferiore rispetto a quello indicato, ai sensi dell'art. 41, comma 13, del D.Lgs. 36/2023, nelle tabelle ministeriali relative al settore di riferimento quanto al livello "A2" per l'addetto alle pulizie, C1 per l'addetto alla cucina, D2 per gli educatori e D3/E1 per la coordinatrice.

11. Va preliminarmente delibata l'eccezione, sollevata dalla controinteressata, di carenza di interesse della ricorrente alla proposizione del presente motivo e, dunque, alla contestazione della valutazione di congruità espressa dal Comune di Brivio sul costo del personale dell'aggiudicataria, in quanto di importo comunque superiore a quello indicato nel P.E.F. prodotto in gara dalla stessa Cooperativa Cometa.

11.1 L'eccezione va disattesa ed è smentita *per tabulas* dall'analisi dei P.E.F. prodotti in gara da entrambe le parti. A ben vedere, il costo del personale esposto dalla ricorrente e dall'aggiudicataria tende a sovrapporsi esclusivamente nel primo anno di esecuzione della commessa, laddove è pari a euro 244.640,65 per la Cooperativa Gialla ed euro 242.904,28 per la Cooperativa Cometa. Nelle annualità successive, tuttavia, è evidente la forbice che separa i due prospetti finanziari confrontati, poiché in quello dell'aggiudicataria il costo del personale rimane costante durante il quinquennio contrattuale, mentre nel P.E.F. della ricorrente aumenta progressivamente fino ad arrivare alla somma di euro 262.838,14 nell'ultimo anno di concessione, considerando gli incrementi salariali e gli scatti di anzianità. In termini complessivi, pertanto, il costo sul quinquennio del personale di commessa indicato nel Piano economico finanziario della ricorrente ammonta a euro 1.289.259,52, a fronte della minor somma pari a euro 1.223.203,25 dichiarati nel P.E.F. della Cooperativa Gialla. Non si ravvisano dunque elementi per sostenere che i valori comparati siano uguali, né tantomeno per ritenere insussistente in capo alla ricorrente l'interesse alla proposizione a alla coltivazione delle censure in esame.

12. Andando al merito delle questioni, il motivo scrutinato è meritevole di accoglimento nei termini di seguito illustrati.

12.1 Va premesso che, all'esito della verifica di anomalia effettuata su impulso della sentenza

di questo Tribunale n. 296/2025, la stazione appaltante si è espressa favorevolmente in merito all'offerta dell'aggiudicataria ritenendo la stessa complessivamente congrua e considerando sostenibili i *“costi previsti per l'esecuzione del servizio (pari a € 282.680,65 annui, di cui € 243.140,65 per il personale) in relazione al prezzo annuale offerto di € 284.624,52, assicurando un, seppur esiguo, margine di utile in capo alla Cooperativa”*. Inoltre, l'amministrazione ha dato atto che l'offerta ricomprende *“il costo dell'attività del cuoco, pari a 20 ore settimanali (940 ore annue), per un costo annuo di € 17.213,17”* e che le giustificazioni rese risulterebbero coerenti con il P.E.F. presentato dalla Cooperativa Sociale Gialla, *“laddove la spesa complessiva annua riportata per il personale impiegato è pari a € 243.140,65 (pari ad € 1.215.703,25 nel quinquennio contrattuale), e rientra nel totale rappresentato nel PEF di gara per il costo del personale non soggetto a ribasso”*.

13. Ritiene tuttavia il Collegio che le conclusioni cui è pervenuta la stazione appaltante siano illogiche ed erranee, nonché frutto del travisamento delle giustificazioni postume fornite dall'aggiudicataria in rapporto ai contenuti dell'offerta e del P.E.F. dalla stessa presentati in gara. Invero, nelle giustificazioni del 10.02.2025 la Cooperativa Sociale Gialla ha indicato un costo complessivo del personale addetto alla commessa pari a euro 298.189,93, importo sul quale ha operato una riduzione lineare di euro 59.637,99, corrispondente al 20% delle retribuzioni di tutto il personale impiegato nell'esecuzione del contratto, per la causale *“morbilità 20%”*, individuando in tale percentuale la media annua di assenze degli ospiti del nido per malattia. Conseguentemente, applicando tale abbattimento, il costo complessivo della manodopera è risultato paria a euro 243.140,65, incluse le retribuzioni del personale addetto alla cucina e ausiliario e della coordinatrice.

13.1 Alla luce di tali dati, il costo effettivo del personale in relazione alle ore lavorative previste in offerta dall'aggiudicataria per ciascuna figura professionale ammonta a euro 298.908,26 annui ed è dunque superiore alla somma euro 243.140,65 menzionata nel provvedimento di aggiudicazione, che, nel fare proprio il dato in questione, non mostra tuttavia di considerare come tale risultato sia stato ottenuto soltanto grazie alla riduzione del 20% dell'ammontare di tutte le retribuzioni.

13.2 Parimenti, dalla lettura del medesimo provvedimento non è dato comprendere se la stazione appaltante abbia o meno specificamente verificato l'attendibilità e la correttezza della percentuale di morbilità del 20% prospettata dalla Cooperativa Sociale Gialla, né tantomeno vi sono elementi da cui inferire che l'amministrazione, nel valutare come congrua e sostenibile l'offerta dell'aggiudicataria, abbia accertato che la prospettata riduzione del costo del lavoro fosse non solo coerente con i dati e le ore lavorative da quest'ultima indicate in offerta, ma anche oggettivamente praticabile rispetto a tutte le figure professionali coinvolte. Ciò per evitare che la prospettazione di tale fattore di correzione del costo del lavoro finisse per tradursi in un'inammissibile modalità per riportare *ex post* a coerenza un'offerta poco ponderata, inattendibile e insuscettibile di essere confermata in sede di esecuzione.

13.3 Deve dunque ritenersi effettivamente sussistente il difetto di istruttoria e di motivazione lamentato da parte ricorrente, poiché la valutazione dell'amministrazione – tenuta ad operare con particolare attenzione e prudenza, a tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori e a garanzia dei piccoli destinatari del servizio di asilo nido – si è arrestata al piano recepimento di

spiegazioni perplesse e non adeguatamente motivate, senza i necessari approfondimenti richiesti dal tenore delle giustificazioni.

13.4 Nella delineata prospettiva, non risulta dirimente l'affermazione della stazione appaltante e della stessa Cooperativa Sociale Gialla secondo cui la stima da quest'ultima effettuata in merito ai costi del personale sarebbe stata effettuata su 53 bambini – secondo l'indicazione erronea contenuta nella *lex specialis* di gara – mentre, in realtà, il servizio dovrebbe essere reso nei confronti di soli 43 bambini, da ciò derivandone una sovrastima dei costi di circa il 20%. Tale motivazione, in primo luogo, non compare nel provvedimento impugnato e neppure nelle giustificazioni dell'aggiudicataria, che ha sempre collegato la decurtazione del costo del lavoro alla presenza media di bambini al netto degli assenti per morbidità. Non solo, dunque, essa appare del tutto estranea al procedimento di verifica dell'anomalia condotto dalla stazione appaltante e alle determinazioni finali dalla stessa assunte, ma neppure vi sono nei documenti di gara univoci elementi a supporto di detta argomentazione.

13.5 Difatti, l'art. 2 del Capitolato stabilisce che *“la struttura ha capacità ricettiva massima di n. 43 posti, elevabile a n. 52 con la deroga del 20% prevista dalla normativa regionale”*, per cui vi è la possibilità di incremento del numero degli iscritti. Inoltre, seguendo fino in fondo tale prospettazione, si arriverebbe ad applicare non solo una prima riduzione del 20% sul costo del lavoro in forza del maggior numero di bambini su cui è stata basata la stima dei costi esposti nell'offerta dell'aggiudicataria, ma anche un'ulteriore decurtazione nella medesima misura percentuale con riferimento al tasso di morbidità degli iscritti, come indicato nelle giustificazioni, con risultati poco credibili oltre che indicativi di una sostanziale inattendibilità dell'intera impostazione della gara.

13.6 Inoltre, quand'anche si ritenesse che effettivamente il costo della manodopera esposto dalla Cooperativa Sociale Gialla debba essere parametrato al numero di 43 iscritti, tale riduzione del numero di utenti dell'asilo nido avrebbe rilievo – per le motivazioni che si chiariranno appresso – solo con riferimento agli educatori impegnati nella commessa, non anche per le altre figure professionali.

14. L'aggiudicataria e le amministrazioni resistenti, difatti, sostengono che la riduzione del costo del personale del 20% per morbidità sia legittima e praticabile non solo con riferimento alle figure degli educatori, per i quali l'art. 28 del Capitolato prevede la possibilità di una modulazione in funzione del numero di utenti, ma anche per gli altri lavoratori impegnati a diverso titolo nella commessa; quanto agli ausiliari, in particolare, l'art. 29 del Capitolato stabilirebbe la necessaria presenza di un operatore ogni 30 bambini e per un minimo di 3 ore al giorno, ammettendo conseguentemente la riduzione della presenza di tale personale, mentre per l'addetto alla cucina dovrebbe ipotizzarsi una riduzione “fisiologica” del tempo lavorato in proporzione al numero di bambini presenti. Il che sarebbe confermato anche dall'art. 28, ultimo comma del Capitolato, secondo cui *“nel progetto di organizzazione del Concessionario, deve comprendersi anche la presenza di (...) personale di cucina idoneo a garantire la produzione “in loco” dei pasti per i bambini e gli educatori presenti”*.

14.1 La prospettazione delle amministrazioni resistenti e della controinteressata non persuade.

14.2 Invero, ferma restando la possibilità di applicare la riduzione del 20% del costo del lavoro agli educatori – trattandosi di questione non contestata nella presente sede – la medesima decurtazione non appare praticabile per le altre figure professionali impiegate nella commessa, le cui specifiche prestazioni lavorative, con riferimento alle ore di servizio richieste presso la struttura, non risultano direttamente influenzate dal numero di bambini quotidianamente presenti.

14.3 Quanto all'addetto alla cucina, la Cooperativa Sociale Gialla ne ha previsto la presenza per 20 ore settimanali, dunque 4 ore per 5 giorni lavorativi; in considerazione della mansione cui tale figura professionale è adibita, non è dato comprendere in che termini la riduzione del numero di bambini dovuta ad assenze per malattia – fattore peraltro non conoscibile *ex ante*, né preventivabile – possa comportare una contrazione dell'orario lavorativo previsto e, dunque, del costo sopportato dall'operatore economico per la retribuzione di detto dipendente. Né le parti, al di là di generiche affermazioni secondo cui, al diminuire delle presenze scolastiche, il personale di cucina lavorerebbe in proporzione meno tempo, sono riuscite a fornire spiegazioni convincenti e puntuali al riguardo, onde dimostrare che la riduzione del costo del lavoro rapportata alla specifica commessa sia comunque compatibile con la garanzia di corretta retribuzione dei dipendenti per tutte le ore contrattualizzate.

14.4 Quanto alla figura degli ausiliari, l'art. 29, lett. D) del Capitolato dispone che tale personale deve essere fornito dal concessionario *“in numero adeguato previsto dalla D.G.R. 20588/2005, come aggiornata dalla D.G.R. 2929/2020, che prevede n. 1 (uno) addetto ai servizi ogni 30 (trenta) posti di capacità ricettiva, per la pulizia degli ambienti, sanificazione, disinfezione nonché al riassetto degli ambienti e l'eventuale aiuto cucina”*. La citata D.G.R. 2929/2020 stabilisce, inoltre, che devono essere assicurate almeno 3 ore giornaliere di presenza laddove il nido abbia una capacità ricettiva di oltre 20 bambini.

Ora, considerando la riduzione del 20% operata dall'aggiudicataria sul numero massimo di posti nido, si ottiene comunque un risultato superiore a 30 che richiede l'impiego di due ausiliari; pertanto, anche ammettendo la modulazione di tale personale in base alle presenze in classe – circostanza comunque non pacifica, considerando che difficilmente il numero degli assenti per malattia è conoscibile in anticipo così da consentire una preventiva redistribuzione degli addetti – tale possibilità non risulta dirimente ai fini di cui si discute, posto che il numero di alunni, anche considerato l'abbattimento del 20% per morbidità, non consentirebbe di ridurre il personale sotto le due unità. Né tantomeno le resistenti amministrazioni e l'aggiudicataria hanno fornito spiegazioni in grado di superare le conclusioni cui si perviene sulla scorta dei dati normativi sopra richiamati, limitandosi soltanto a prospettare l'applicazione lineare del fattore di correzione in questione.

14.5 Quanto alla coordinatrice, non è rilevante che la prestazione minima richiesta dal Capitolato per tale figura professionale sia pari a 10 ore, perché la Cooperativa Gialla si è impegnata in offerta a fornire in termini migliorativi 20 ore di attività, per cui è tenuta a garantire tale prestazione a prescindere dalla maggiore o minore presenza di bambini in classe, non potendo modificare *ex post*, tramite la riduzione delle ore lavorative del 20% per morbidità, il contenuto della propria proposta progettuale.

15. Le censure di parte ricorrente sono fondate anche dove lamentano la mancata considerazione, da parte dell'aggiudicataria, degli scatti di anzianità che i dipendenti riassorbiti matureranno nel corso del quinquennio di esecuzione del contratto, il cui ammontare, rapportato ai valori del CCNL Cooperative Sociali, è stato quantificato dalla ricorrente in complessivi euro 19.315,14, ovvero una somma da sola già sufficiente a rendere in perdita l'offerta se sol si considera – anche a prescindere dalla non ammissibilità della decurtazione del 20% del costo del lavoro per le figure professionali diverse dagli educatori – che i ricavi esposti annualmente dall'aggiudicataria sono pari a euro 1.943,87 e, dunque, a euro 9.719,36 sul quinquennio.

15.1 A fronte di tale quantificazione, la Cooperativa Sociale Gialla non ha indicato a quanto ammonterebbero, nel quinquennio, gli scatti di anzianità sulla scorta della disciplina contenuta nel CCNL Aninsei, importo certamente rilevante a fronte dei ridotti margini di commessa previsti nel P.E.F. Inoltre, nelle giustificazioni rese alla stazione appaltante, ha sempre escluso la necessità di valorizzare sotto il profilo economico detti scatti, ritenendo gli stessi non rientranti nell'ambito delle componenti economiche minime da valutare ai fini di accertare l'equivalenza retributiva tra il contratto dalla stessa applicato e quello indicato nella *lex specialis* di gara.

15.2 Tale affermazione, tuttavia, può essere corretta se riferita all'applicazione della clausola sociale nell'ambito delle procedure di subentro del nuovo appaltatore, nel senso che la stessa non implica necessariamente la conservazione dell'inquadramento e dell'anzianità del lavoratore assorbito dall'impresa aggiudicataria, né conseguentemente impone il riconoscimento degli scatti di anzianità maturati dai dipendenti nella vigenza del precedente rapporto di lavoro (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 15.11.2023, n. 9790; cfr., in senso parzialmente differente, Cass. Civ., Sez. Lavoro, ord. 22.07.2025, n. 20746, secondo cui gli scatti di anzianità devono essere riconosciuti anche nei casi di cambio appalto laddove le norme del contratto collettivo prevedano *“il riconoscimento dell'anzianità di servizio maturata alle dipendenze delle imprese precedenti”*).

15.3 Nel caso di specie, l'aggiudicataria ha invece omesso di prevedere nelle proprie giustificazioni sul costo del lavoro l'incidenza degli scatti di anzianità per ciascun dipendente, riconosciuti sia nel CCNL Cooperative Sociali, sia all'art. 24 del CCNL Aninsei. Difatti, nel P.E.F. dalla stessa elaborato, la spesa destinata a coprire le retribuzioni del personale viene esposta in misura sempre costante e quantificata nella somma di euro 244.640,65 per ciascuna annualità, mancando qualsivoglia indicazione degli aumenti retributivi che remunerano la progressione legata all'anzianità di servizio, i quali, ove previsti dalla contrattazione collettiva, costituiscono componenti della retribuzione da corrispondere ai lavoratori. Va peraltro evidenziato che non risultano dagli atti elementi ostativi all'applicazione della disciplina degli scatti di anzianità contenuta all'art.24 del CCNL Aninsei e, comunque, la Cooperativa Sociale Gialla non ha mai prospettato ragioni per escludere la riferibilità di detta previsione al caso di specie.

15.4 Al contrario, nei propri scritti difensivi, l'aggiudicataria ha sostenuto che quanto dichiarato in sede di giustificazioni dovrebbe essere riferito ai soli scatti d'anzianità già maturati dai lavoratori alla data del cambio appalto, ferma restando la corresponsione di quelli che

matureranno in futuro nella vigenza del nuovo rapporto contrattuale, cui potrà far fronte con gli incrementi dei ricavi presumibili nel corso del quinquennio contrattuale (cfr. memoria ex 73 c.p.a. della Cooperativa Gialla, pag. 9). Anche a voler prescindere dalla circostanza – pur non irrilevante – che tali affermazioni sono rese solo *ex post* e non trovano conferma nelle giustificazioni fornite dalla parte alla stazione appaltante, non sfugge che tale voce di costo è del tutto pretermessa all'interno del P.E.F. presentato in gara e nel predetto documento non risultano le risorse disponibili a coprire tale esborso, unitamente ai maggiori costi da sopportare in ragione all'erronea decurtazione di cui si è detto ai paragrafi che precedono. Difatti, il Piano economico finanziario della Cooperativa Sociale Gialla non espone – a differenza di quello elaborato dalla ricorrente – alcun aumento dei ricavi attesi, né è stata quantificata un'effettiva marginalità incrementale in relazione alla commessa. Neppure in sede processuale la controinteressata ha poi dimostrato, in concreto, di poter far fronte ai maggiori costi non valutati mantenendo la remuneratività della concessione e garantendo il pagamento delle retribuzioni del personale nel corso del quinquennio.

Alla luce di quanto precede, pertanto, il primo motivo deve essere accolto con riferimento ai profili sopra esaminati.

15.5 Quanto alla mancata valorizzazione, nell'offerta dell'aggiudicataria, del costo corrispondente al Premio Territoriale di Risultato (P.T.R.) e all'affermata inferiorità del costo orario del personale rispetto alle tabelle ministeriali, l'esame di dette questioni rifluisce nell'ambito del secondo motivo di ricorso, cui dunque si rinvia.

16. Con il secondo mezzo, la ricorrente lamenta la mancata esclusione dell'aggiudicataria dalla gara in quanto il CCNL Aninsei da quest'ultima applicato non presenterebbe i requisiti dell'equivalenza, tanto sul piano economico quanto su quello normativo, con il CCNL Cooperative Sociali richiamato negli atti di gara, in violazione dell'art. 11 del D.Lgs. 36/2023.

Anche il secondo motivo è fondato.

16.1 Ai sensi dell'art. 26 del Capitolato (recante la disciplina della “clausola sociale”), *“l'aggiudicatario è tenuto a garantire l'applicazione del CCNL Cooperative Sociali oppure di un altro contratto che garantisca le stesse tutele economiche e normative per i propri lavoratori e per quelli in subappalto. Ferma restando la necessaria armonizzazione con la propria organizzazione e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto, l'aggiudicatario del contratto di appalto è tenuto a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato nel contratto, assorbendo prioritariamente nel proprio organico il personale già operante alle dipendenze dell'aggiudicatario uscente, garantendo le stesse tutele del CCNL sopra indicato”*. La Cooperativa Sociale Gialla si è quindi avvalsa della prevista facoltà di applicare un CCNL diverso da quello indicato dalla stazione appaltante, ovvero il CCNL Aninsei, depositando unitamente all'offerta una espressa dichiarazione di equivalenza tra i due contratti.

16.2 La previsione del Capitolato rappresenta il precipitato normativo dell'art. 11, comma 3, del D.Lgs. 36/2023, che, nella versione *ratione temporis vigente* (i.e. prima delle modifiche apportate con D.Lgs. 31 dicembre 2024, n. 209), così stabilisce: *“nei bandi e negli inviti le*

stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione (...). 3. Gli operatori economici possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente. 4. Nei casi di cui al comma 3, prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele. In quest'ultimo caso, la dichiarazione è anche verificata con le modalità di cui all'articolo 110 (...)."

16.3 Quanto alla *ratio* della disposizione e alle finalità che la animano, la Relazione al Codice, nell'escludere profili di contrasto con l'art. 39 della Costituzione, ha chiarito come la stessa non sia *"diretta a estendere ex lege ed erga omnes l'efficacia del contratto collettivo, ma si limita a indicare le condizioni contrattuali che l'aggiudicatario deve applicare al personale impiegato, qualora, sulla base di una propria e autonoma scelta imprenditoriale, intenda conseguire l'appalto pubblico, restando libero di applicare condizioni contrattuali diverse nello svolgimento dell'attività imprenditoriale diversa; e restando libero di accettare o non la clausola dell'appalto pubblico oggetto dell'aggiudicazione (accettando, quindi, anche l'esclusione dalla procedura). I medesimi argomenti possono essere utilizzati per affermare la compatibilità anche rispetto all'art. 41 Cost., tenuto conto altresì che la libera iniziativa economica "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale". Il consentire alla p.a. la scelta di indicare il CCNL applicabile alle prestazioni oggetto di gara sembra trovare giustificazione proprio sotto questo profilo (Art. 41, secondo comma, Cost.)"*.

16.3 La disposizione in parola rappresenta dunque il punto di compromesso tra le opposte esigenze dell'autonomia aziendale e della tutela del lavoro dipendente, per evitare che la massimizzazione del profitto economico dell'impresa passi attraverso l'ingiusta riduzione delle tutele economiche e normative del personale oggetto di riassorbimento nell'ambito della procedura di cambio appalto, quale conseguenza del diverso contratto collettivo applicato dall'aggiudicatario. L'introduzione sul piano normativo dell'obbligo, per la stazione appaltante, di procedere alla verifica di equivalenza delle tutele laddove l'aggiudicatario si sia avvalso della facoltà di applicare un CCNL diverso da quello indicato nella *lex specialis* è pertanto volta a evitare fenomeni di c.d. *dumping* contrattuale – ovvero forme di concorrenza al ribasso attraverso la sottoscrizione di contratti collettivi non sufficientemente tutelanti per i lavoratori, che consentono all'operatore economico un risparmio diretto sul costo del lavoro – trattandosi di fenomeno che impatta negativamente non solo sul trattamento dei lavoratori, ma anche sul corretto funzionamento del sistema di relazioni industriali e, in ultimo, sulla conflittualità del lavoro.

17. Andando al merito della questione, ritiene il Collegio che il giudizio di equivalenza previsto dall'art. 11 del D.Lgs. n. 36/2023 non implichi necessariamente una perfetta identità o sovrapponibilità della disciplina prevista dai diversi contratti collettivi a confronto, poiché ciò significherebbe richiedere agli operatori economici un'omologazione sostanziale dei CCNL applicati, in contrasto sia con il divieto di imporre l'applicazione di un determinato contratto collettivo, sia con il principio di libertà economica e di organizzazione aziendale costantemente

riconosciuto anche nell'interpretazione della clausola sociale, quale limite all'obbligo di integrale riassorbimento del personale e della conservazione del medesimo trattamento. Se, dunque, non può pretendersi una piena identità nella disciplina complessiva dei diversi CCNL, l'equivalenza che deve essere accertata dalla stazione appaltante implica tuttavia che le "tutele" garantite ai lavoratori siano sostanzialmente le stesse, come recita appunto il testo dell'art. 11, comma 3 del D.Lgs. n. 36/2023. Il che significa evitare che, ferma restando l'autonomia organizzativa dell'impresa, venga applicato un contratto collettivo che preveda plurimi trattamenti deteriori a detrimento della posizione complessiva dei lavoratori.

Come affermato in analoga vicenda da recente giurisprudenza, che il Collegio condivide, difatti, *"non si tratta di ammettere soltanto contratti collettivi che stabiliscano trattamenti retributivi e normativi identici a quelli stabiliti dal CCNL indicato dalla stazione appaltante, ma di escludere quelli che ne prevedano di inferiori, così da evitare che i ribassi dell'offerta siano ottenuti a danno dei lavoratori; sono di contro evidentemente ammessi i contratti collettivi che stabiliscono condizioni di miglior favore per i lavoratori rispetto a quello indicato dalla stazione appaltante, con la conseguenza che lo spazio lasciato allo svolgimento della concorrenza tra i vari operatori economici resta comunque ampio"* (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 5.11.2025, n. 1461).

18. Ciò posto, avuto riguardo alla componente economica del giudizio di equivalenza, prendendo in considerazione i chiarimenti forniti nella circolare dell'INL n. 2/2020, nella Relazione illustrativa al bando tipo n. 1/2023 e in plurime delibere dell'ANAC intervenute in materia (cfr. in particolare le delibere nn. 14/2025 e 392/2024), il giudizio di equivalenza deve prendere a riferimento *"le componenti della retribuzione globale annua costituite dalle seguenti voci: retribuzione tabellare annuale; indennità di contingenza; Elemento Distinto della Retribuzione – EDR - a cui vanno sommate le eventuali mensilità aggiuntive (tredicesima e quattordicesima), nonché ulteriori indennità previste"*. Analoga previsione è contenuta anche all'art. 4, comma 2 dell'Allegato I.01 al D.Lgs. n. 36/2023, che, sebbene non direttamente applicabile *ratione temporis* alla vicenda in esame, rappresenta un ulteriore elemento rilevante sul piano interpretativo e conferma, a livello normativo, le soluzioni già emerse nella prassi.

18.1 Nella dichiarazione di equivalenza tra il CCNL applicato e quello indicato nella *lex specialis* di gara, la ricorrente ha precisato, quanto al profilo economico, che *"la retribuzione tabellare mensile del personale già in servizio sarà armonizzata con il CCNL Cooperative Sociali a parità di mensilità supplementari. Non vi sono ulteriori indennità previste dai CCNL, quali le indennità economiche aggiuntive alla retribuzione tabellare che spetterebbero stabilmente ai lavoratori in ragione delle prestazioni previste dall'appalto. La misura degli scatti di anzianità, invece, non rientra nel confronto"*.

A fronte di tale dichiarazione, la stazione appaltante ha prima chiesto alla Cooperativa Gialla di dimostrare l'affermata equivalenza tra i due contratti e, all'esito delle prime giustificazioni, ha formulato richiesta di ulteriori chiarimenti, invitando l'operatore economico a *"indicare ulteriori elementi a comprova della sostanziale equivalenza delle tutele economiche riconosciute dai due contratti collettivi, dovendosi operare la detta valutazione "in relazione alle componenti della retribuzione globale annua costituite dalle seguenti voci: retribuzione tabellare annuale; indennità di contingenza; Elemento Distinto della Retribuzione – EDR - a cui vanno sommate*

le eventuali mensilità aggiuntive (tredicesima e quattordicesima), nonché ulteriori indennità previste”.

18.2 La Cooperativa Gialla ha riscontrato la nota della stazione appaltante ribadendo la già evidenziata “armonizzazione” retributiva tra i due contratti, resa possibile attraverso l'erogazione di un “superminimo” variabile a seconda delle figure professionali considerate, finalizzato a colmare la differenza retributiva tra i due CCNL a confronto con riferimento ai “*minimi contrattuali conglobati mensili*”.

La stazione appaltante, sulla scorta dei chiarimenti forniti dall'aggiudicataria, ha quindi ritenuto che *“la componente della retribuzione globale annua, proporzionata allo stesso monte ore settimanale, supportata dallo strumento dei superminimi (e altre indennità) risulta essere sostanzialmente armonizzata ed equivalente con il CCNL Cooperative Sociali, rispondendo così alla ratio richiesta dal legislatore. Non rientrano nel confronto gli scatti di anzianità, né ulteriori indennità tra cui indennità professionali o di funzione”.*

18.3 Il Collegio ritiene, tuttavia, che il ricorso allo strumento del “superminimo” ai fini di garantire l'armonizzazione del trattamento retributivo non sia idoneo a garantire l'equivalenza economica dei due contratti in comparazione e, con essa, piena tutela *ex ante* ai lavoratori da riassorbire.

Invero, già nelle indicazioni fornite dall'ANAC nella Relazione illustrativa allegata al Bando Tipo n. 1/2023 – come pure nell'art. 4 dell'Allegato I. 01 al D. Lgs. n. 36/2023 – è ben precisato che la valutazione di equivalenza economica dei contratti è effettuata *“in relazione alle componenti fisse della retribuzione”*, tra le quali non rientra la previsione del c.d. “superminimo”, ovvero l'eccedenza retributiva rispetto ai minimi tabellari pattuita individualmente ed erogata a favore del lavoratore a fronte di particolari specializzazioni o qualità professionali, ovvero nel caso di mansioni specialmente onerose. Non solo l'elemento in questione non è ricompreso tra le componenti fisse della retribuzione e, dunque, non rientra tra le voci oggetto di confronto, ma neppure vi è effettiva certezza in ordine alla sua contrattualizzazione, essendo stato prospettato come criterio di correzione per il riallineamento di retribuzioni tabellari oggettivamente inferiori soltanto all'interno di una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante e non direttamente impegnativa, né vincolante, nei rapporti tra datore di lavoro e lavoratori.

18.4 Non è dunque certa la corresponsione del predetto superminimo per tutta la durata della concessione in mancanza di specifiche previsioni contrattuali verificabili *ex ante*, con il correlato rischio di un sostanziale depotenziamento della tutela spettante ai lavoratori nel caso di inadempimento della prestazione retributiva a carico del datore di lavoro. Del resto, la circostanza che il raffronto economico avvenga “in astratto”, cioè con riferimento alle componenti fisse della retribuzione tabellare prevista dai CCNL di riferimento e sterilizzando le forme di remunerazione *ad personam*, è funzionale ad assicurare un raffronto oggettivo che si misura su previsioni certe, preventivamente conoscibili, valevoli per tutti i lavoratori e alle quali il datore è vincolato in forza di apposita contrattazione collettiva, con le correlate garanzie sia sul piano negoziale che sindacale.

Al riguardo, il Collegio condivide la posizione espressa da recente giurisprudenza in relazione a vicenda del tutto analoga a quella *sub iudice*, secondo cui *“il mero impegno a corrispondere il c.d. “superminimo”, oltre a rendere evidentemente incerta la reale portata della retribuzione fissa e continuativa garantita ai lavoratori, rimanda ad un evento futuro e contingente – ossia l’accordo bilaterale tra parte datoriale e rappresentanze sindacali, frutto di libera volontà negoziale – l’effettivo riconoscimento di un trattamento retributivo equivalente. 9.4. In altre parole, siffatto impegno della controinteressata non è idoneo a colmare stabilmente le lacune retributive accertate dalla Stazione appaltante, dovendosi convenire con il formante normativo e giurisprudenziale in subiecta materia, secondo cui l’equivalenza deve essere garantita dalle componenti fisse e automatiche del trattamento economico”* (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 5.11.2025, n. 1461).

18.5 Sulla scorta delle considerazioni che precedono deve dunque concludersi che i due contratti a confronto non siano equivalenti sul piano del trattamento economico garantito ai lavoratori.

18.6 Il Collegio non ritiene invece che sia fondato l’ulteriore profilo di doglianza con cui la ricorrente lamenta il mancato riconoscimento, da parte della Cooperativa Gialla, del Premio Territoriale di Risultato. Tale emolumento non può essere innanzitutto sussunto nell’ambito delle *“altre indennità”* cui fanno riferimento sia la Relazione Illustrativa del Bando Tipo n. 1/2023, sia l’art. 4 dell’Allegato I. 01 al D. Lgs. n. 36/2023 a chiusura dell’elenco di voci da confrontare ai fini della verifica dell’equivalenza del trattamento economico. Difatti, come risulta dalle Linee Guida “Premio Territoriale di Risultato” in appendice al CCNL di riferimento, tale importo è *“definito a livello territoriale ed applicato ai risultati conseguiti dalla singola cooperativa e impresa sociale, in termini di produttività, redditività, qualità, efficienza ed innovazione”*. Inoltre, *“l’ammontare effettivo del PTR sarà calcolato in ogni singola cooperativa e impresa sociale in base all’applicazione vincolante degli importi e degli indicatori stabiliti dalla contrattazione territoriale”*, per cui l’erogazione ha carattere variabile per ciascuna realtà produttiva.

19. Quanto al profilo relativo alla verifica dell’equivalenza delle tutele normative, nel provvedimento di aggiudicazione si legge che per molti degli istituti raffrontati *“(tra cui la disciplina dettata per: periodo di prova, clausole elastiche, periodo di preavviso, bilateralità), il CCNL Aninsei riconosca ai lavoratori una tutela equivalente, se non addirittura maggiormente favorevole, rispetto a quella prevista dal CCNL Cooperative Sociali, mentre per altri istituti (tra cui la disciplina di maternità, previdenza integrativa, ex festività soppresse) la disciplina prevista dai due contratti collettivi sia la medesima. Risulta, quindi, accertata la sussistenza di garanzie sostanzialmente equiparabili a fronte di un bilanciamento globale delle tutele”*.

19.1 Ritiene al contrario il Collegio che il CCNL Cooperative Sociali e quello Aninsei divergano in maniera rilevante anche sul piano della verifica dell’equivalenza delle tutele normative – come peraltro già stabilito, anche all’esito di verifica, dai primi precedenti giurisprudenziali intervenuti in analoghe fattispecie (cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. II, 18.04.2025, n. 689; T.A.R. Toscana, Sez. IV, 6.10.2025, n. 1584; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 5.11.2025, n. 1461) – risultando conseguentemente irragionevole e illogico il giudizio di equivalenza attestato dalla stazione appaltante, oltre che erroneo nel merito delle conclusioni raggiunte.

19.2 Invero, poiché sono oggettivamente rari i casi in cui due contratti collettivi presentano esattamente lo stesso articolato normativo, è necessario che la stazione appaltante accerti che il diverso CCNL adottato, al di là del *nomen iuris*, garantisca ai dipendenti riassorbiti nella fase di cambio appalto tutele sostanziali equiparabili. Ciò significa che la valutazione cui l'amministrazione è chiamata non può limitarsi a una comparazione meccanicistica della disciplina dei diversi istituti contrattuali, né alla mera verifica della presenza degli stessi in entrambi i contratti collettivi comparati, essendo necessario considerare, al fine di stabilire se sussiste o meno la necessaria equivalenza, anche l'importanza degli aspetti negoziali su cui si registrano divergenze di disciplina e delle correlate tutele nella dinamica del rapporto lavorativo.

19.3 In tal senso un'utile indicazione operativa proviene dalla Relazione Illustrativa del Bando tipo n. 1/2023, che a sua volta ha fatto propri i contenuti della circolare INL n. 2/2020, laddove sono menzionati gli istituti oggetto di comparazione, precisandosi che uno scostamento limitato, stimato complessivamente in due parametri, è considerato compatibile con un giudizio di sostanziale equiparabilità delle tutele. L'art. 4 dell'Allegato I. 01 al D. Lgs. n. 36/2023, per parte sua, dopo aver elencato gli istituti rilevanti ai fini di detta valutazione, precisa che le stazioni appaltanti possono esprimere un giudizio positivo di equivalenza quando gli scostamenti rispetto ai parametri di riferimento *“sono marginali”*.

19.4 Alla luce dei parametri di comparazione individuati nelle succitate fonti, il Collegio rileva come i due contratti divergano in maniera sostanziale con riferimento ad almeno quattro istituti contrattuali di primario rilievo, quali sono la disciplina del lavoro supplementare nell'impiego *part time*, la durata del periodo di preavviso del lavoratore, la durata del periodo di prova e la retribuzione nei casi di malattia e infortunio.

19.5 Nello specifico, con riferimento al primo di detti istituti, a mente dell'art.26 del CCNL Cooperative Sociali la percentuale massima di lavoro supplementare è pari al 40% dell'orario e le ore prestate potranno essere recuperate con turni di riposo fino a un massimo del 50%; per le restanti ore non recuperate è invece prevista una maggiorazione pari al 27% della retribuzione oraria globale. Al contrario l'art. 16 lett. b) Titolo IV del CCNL Aninsei prevede che il lavoro supplementare possa essere richiesto nella misura massima del 25% ed è retribuito negli stessi termini della prestazione lavorativa ordinaria. Nel valutare l'equiparabilità della disciplina relativa al lavoro supplementare, occorre porre attenzione sia *“al limite massimo percentuale dell'aumento della durata della prestazione che il datore di lavoro può richiedere (ad un minor numero di ore corrisponde una maggior tutela del lavoratore)”* (cfr. circolare INL n. 2/2020), trattandosi di elemento correlato all'integrità psicofisica del lavoratore, sia al livello retributivo previsto per le prestazioni lavorative eccedenti l'orario ordinario. Sotto entrambi i profili il CCNL Cooperative Sociali risulta più favorevole, considerando che, con il recupero del 50% delle ore, la percentuale massima di lavoro supplementare richiedibile dal datore è pari a 20% - dunque inferiore al 25% previsto dal CCNL Aninsei – e inoltre per le ore supplementari è prevista una maggiorazione rispetto alla retribuzione ordinaria.

19.6 Quanto alla durata del periodo di preavviso del dipendente, l'art. 32 del CCNL Cooperative sociali prevede che il preavviso sia pari almeno a 15 giorni (poi 30, 45 e 90 in relazione alla pregressa durata del rapporto lavorativo), mentre l'art. 57 del CCNL di Aninsei

delinea una disciplina peggiorativa, imponendo un preavviso minimo di 30 giorni e comunque durate più lunghe, in base ai livelli, fino a un massimo di 4 mesi.

19.7 Relativamente alla durata del periodo di prova, l'Art. 32 del CCNL Cooperative Sociali prevede a tal riguardo lo svolgimento di 60 giornate di effettiva prestazione – pari a 3 mesi considerando una prestazione lavorativa su 5 giorni settimanali – mentre l'art. 11 del CCNL Aninsei stabilisce 4 mesi di calendario. In linea di principio, secondo le indicazioni risultanti dalla giurisprudenza relativa al rispetto del periodo di prova fissato dalla contrattazione collettiva, si ritiene che la minore estensione della prova sia più favorevole per il lavoratore (cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., ord. 26 maggio 2020, n. 9789) – salvo casi particolari, che qui non ricorrono, in cui la particolare complessità delle mansioni tale renda vantaggioso per il lavoratore l'estensione di tale periodo – poiché la maggiore durata della stessa attribuisce al datore di lavoro una più ampia facoltà di licenziamento per mancato superamento della prova. Ne consegue che, anche sotto questo profilo, il CCNL Cooperative Sociali risulta più favorevole.

19.8 Con riferimento al trattamento economico dei periodi di malattia e infortunio, il CCNL Cooperative Sociali prevede per il lavoratore non in prova un'integrazione pari al 100% della normale retribuzione fino al 180° giorno, mentre il CCNL Aninsei prevede un'integrazione pari al 75% della normale retribuzione dal 1° al 10° giorno e integrazione al 100% solo a partire dall'11° fino al 180° giorno, contemplando un trattamento certamente peggiorativo.

19.9 Le differenze rilevate, a bene vedere, non solo costituiscono uno scostamento numericamente rilevante, ma si appalesano anche significative sul piano sostanziale e certamente non riconducibili a divergenze di carattere “marginale” nel quadro della valutazione di equivalenza cui la stazione appaltante è tenuta. Difatti, il CCNL Aninsei registra una disciplina peggiorativa sul piano delle tutele normative in relazione a istituti particolarmente sensibili e di notevole rilievo pratico, quali il minor trattamento retributivo nei primi dieci giorni di malattia – di regola l'ipotesi più ricorrente di astensione lavorativa –, la previsione di una maggiorazione retributiva nel caso di lavoro supplementare a fronte di un minor numero di ore richiedibili dal datore, nonché con riferimento a situazioni particolari della vita lavorativa in cui il dipendente ha interesse alternativamente a una maggiore flessibilità in uscita (periodo di preavviso) o a una più rapida stabilizzazione (periodo di prova).

20. In conclusione, alla luce di quanto precede, la valutazione operata dalla Stazione appaltante sulla equivalenza dei summenzionati CCNL sotto il profilo delle tutele normative risulta viziata da profili di manifesta incongruenza ed illogicità, dovendosi dunque, anche sotto questo profilo, riconoscere la fondatezza delle censure formulate dalla ricorrente.

21. Il ricorso va dunque accolto, dovendosi conseguentemente annullare l'aggiudicazione della concessione disposta a favore della Cooperativa Sociale Gialla e i presupposti atti impugnati.

22. Occorre adesso esaminare la domanda formulata dalla ricorrente di risarcimento in forma specifica tramite subentro ai sensi degli artt. 122 e 124 c.p.a., previa declaratoria di inefficacia del contratto sottoscritto con l'aggiudicataria.

23. Premette il Collegio che, come statuito dall'Adunanza Plenaria n. 9/2025, *“nel consentire il ‘subentro nel contratto’, gli articoli 122 e 124 non si sono riferiti alla ‘successione’ nel contratto e nel rapporto contrattuale, nello stato di esecuzione in cui si trova, ma hanno consentito al giudice amministrativo di valutare gli interessi pubblici coinvolti e le circostanze del caso concreto, prevedendo anche l’ultrattività degli effetti del contratto (ormai caducatosi a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione) e disponendo che il ‘secondo aggiudicatario’ sia sostituito a quello ‘originario’ quale contraente, con la stipula di un contratto sostitutivo del precedente, che consenta l’esecuzione della prestazione indicata nell’offerta (Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2021, n. 2476; 26 gennaio 2021, n. 786; 30 novembre 2015, n. 5404; Sez. III, 12 settembre 2012, n. 4831)”*. Ne consegue che l'ipotesi di subentro a seguito della declaratoria di inefficacia del contratto implica la formalizzazione tra le parti di un nuovo contratto per la prosecuzione del servizio, non risolvendosi in una vicenda *stricto sensu* modificativa sul piano soggettivo del rapporto contrattuale in essere, con la conseguenza che i termini – economici, negoziali e progettuali – del subentro sono quelli espressi dall’offerta dell’impresa subentrante secondo le condizioni della procedura di gara cui la stessa ha preso parte (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 23.03.2021, n. 2476).

23.1 Ciò posto, nella fattispecie sussistono i presupposti per l'accoglimento della domanda di subentro e, con essa, della richiesta risarcitoria in forma specifica formulata dalla ricorrente. Difatti, sul piano della pretesa all'aggiudicazione, alla presente procedura di gara hanno partecipato soltanto la Cooperativa Cometa e la Cooperativa Sociale Gialla, per cui, laddove quest'ultima fosse stata correttamente estromessa dalla procedura, la prima sarebbe risultata aggiudicataria del contratto, avendo ricevuto una valutazione positiva quanto all'offerta presentata e non essendo emerse cause ostative all'aggiudicazione in suo favore o tali da rendere il subentro oggettivamente impossibile.

23.2 Pertanto, il contratto di appalto in corso di esecuzione deve essere dichiarato inefficace a decorrere - per ragioni organizzative - dal sessantesimo giorno successivo alla comunicazione della presente sentenza o alla sua notificazione se anteriore; entro la stessa data, va disposto il subentro della ricorrente nel contratto ai sensi dell'art. 124 del D.lgs. 104/2010, subordinatamente all'esito positivo delle verifiche propedeutiche all'aggiudicazione, inclusa quella di anomalia dell'offerta ove necessaria per legge ovvero ritenuta facoltativamente opportuna dalla stazione appaltante, e dei controlli sul possesso dei requisiti.

23.3 Le spese di giudizio possono essere interamente compensate tra le parti attesa la novità e particolarità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati;
- dichiara l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato tra il Comune di Brivio e la Cooperativa Sociale Gialla e il subentro nello stesso della ricorrente Cooperativa Cometa a

decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla comunicazione della presente sentenza, o alla notificazione se anteriore, subordinatamente all'esito positivo delle verifiche propedeutiche all'aggiudicazione e dei controlli sul possesso dei requisiti;

- compensa le spese di giudizio tra le parti.

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