

# Sulla verifica di anomalia del costo della manodopera e sulla equivalenza delle tutele dei CCLN negli appalti pubblici

di Valentina Perrone

Data di pubblicazione: 3-6-2026

*Nell'ambito della verifica di anomalia conseguente al ribasso dei costi della manodopera la congruità dell'offerta va valutata anche tenendo conto degli scatti di anzianità del personale, già noti al momento della presentazione dell'offerta, ancorché applicati in un momento successivo, non potendo applicarsi il meccanismo revisionale ex art. 60 del D.Lgs. 36/2023, il quale non opera automaticamente, ma al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva.*

*In ordine, invece, alla verifica delle "stesse tutele" oggetto della valutazione di equivalenza del diverso contratto applicato dall'operatore economico rispetto a quello indicato dalla stazione appaltante nei documenti iniziali di gara e nella decisione di contrarre di cui all'art. 17, comma 2, d. lgs. 36/2023, si ritiene che le stesse debbano essere contenute in un contratto collettivo, non potendo essere integrate dall'impegno dell'offerente, contenuto in un atto che non coinvolge le parti sociali.*

## Guida alla lettura

Con la pronuncia **n. 3476** dello scorso 5 maggio, la **sezione V** del **Consiglio di Stato** si è soffermata su due temi di particolare attualità, riguardanti rispettivamente le **modalità** con le quali viene effettuata la **verifica di anomalia** del ribasso dei costi della manodopera da parte della stazione appaltante, la quale deve tenere conto, per valutare la congruità dell'offerta, anche gli **scatti di anzianità** del personale e la **verifica di equivalenza delle tutele** del diverso contratto indicato dall'operatore economico della dichiarazione di cui all'art. **11, comma 3** del Codice dei Contratti Pubblici.

La vicenda trae origine da una **procedura aperta** indetta dalla stazione unica appaltante della Provincia di Lecco, su richiesta del Comune di Bivio, per l'affidamento quinquennale in concessione del servizio di **gestione di un asilo nido comunale**.

La seconda classificata in graduatoria impugnava la determina dirigenziale di aggiudicazione e gli ulteriori atti presupposti, connessi o conseguenti, chiedendo la **condanna**, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, **delle amministrazioni resistenti al risarcimento del danno in forma specifica** con conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto, ovvero il **risarcimento del danno per equivalente**.

Il **TAR Lombardia - Milano**, con la sentenza n. **3845** del **26 novembre 2025**, accoglieva il ricorso e **annullava gli atti impugnati**, nonché dichiarava l'**inefficacia del contratto** medio tempo stipulato dal Comune e dall'originaria aggiudicataria e il **subentro** nello stesso della ricorrente.

La Cooperativa soccombente impugnava la sentenza di primo grado nella parte in cui il TAR Lombardia – Milano riteneva fondata la censura mossa dal ricorrente in ordine alla **verifica di anomalia** compiuta dalla stazione appaltante e la **non equivalenza** tra il contratto collettivo indicato dalla stazione appaltante e il diverso contratto collettivo indicato dalla cooperativa aggiudicataria nella propria offerta.

La **sezione V del Consiglio di Stato** con la pronuncia esaminata in questa sede **respinge** l'appello, in quanto infondato, confermando per l'effetto la sentenza impugnata.

Con riguardo alla verifica di anomalia confermava, infatti, il **vizio di difetto di istruttoria e di motivazione** anche considerando che *“in caso di esito favorevole della verifica di anomalia non è richiesta una motivazione analitica, potendo essere effettuata anche mediante rinvio alle risultanze procedurali e alle giustificazioni fornite dall'impresa”*.

Nel caso di specie, in particolare, il Collegio ravvisava un **errore** dell'Amministrazione nella **quantificazione della spesa di personale** complessivo indicato nel PEF, il quale non aveva tenuto conto del costo relativo al cuoco e tanto risultava agevolmente verificabile, in quanto il valore complessivo del costo del personale non coincideva con la somma aritmetica delle voci di costo di tutte le figure professionali da impiegare nell'appalto.

La verifica di anomalia, poi, risultava viziata in quanto la **riduzione** dei costi della manodopera per **“morbidity”**, riferita alla media dei bambini assenti per malattia, compiuta dall'operatore economico includeva anche **figure professionali indifferenti a tale criterio**, quali l'addetto alle pulizie, la cuoca e la coordinatrice, la cui attività non varia in funzione della percentuale di assenza o presenza in aula degli alunni.

Il costo del lavoro, inoltre, sarebbe risultato sottostimato a causa dell'omissione da parte dell'impresa aggiudicataria degli **scatti di anzianità** maturati dal personale con cadenza biennale.

Il punto appare particolarmente interessante e degno di rilievo in quanto, come precisato dal Consiglio di Stato, *“in fase di offerta l'operatore economico deve considerare tutti i costi necessari per remunerare la manodopera, ivi inclusi gli aumenti salariali e gli scatti di anzianità già noti al momento dell'offerta medesima, ancorché applicati in un momento successivo alla gara, previsti dal contratto collettivo applicato”* e tale mancanza **non può essere colmata** con il meccanismo della **revisione dei prezzi ex art. 60 del d. lgs. 36/2026**.

Il rimedio innovativo a carattere manutentivo, infatti, può essere utilizzato esclusivamente nel **caso di sopravvenienze**, ossia di fattori sopravvenuti idonei ad incidere sull'equilibrio contrattuale.

Il contratto, appunto, inteso come rapporto tra le parti, come ogni relazione umana, non è estraneo ad accadimenti imprevedibili e sopravvenuti che possono incidere sull'equilibrio originario delle previsioni negoziali e per tale ragione, quindi, nel caso di sopravvenienze sono previsti rimedi che mirano a riequilibrare il rapporto contrattuale, consentendone la sopravvivenza.

L'**aumento dei costi della manodopera** conseguenti al maturare degli **scatti di anzianità**, invece, **non può essere qualificato come sopravvenienza** in quanto esso è **già noto al momento della formulazione dell'offerta e la sua mancata considerazione comporta una errata determinazione dei costi della manodopera nell'offerta**.

L'**aumento del costo del personale derivante dal rinnovo periodico dei contratti**, infatti, dovrebbe essere considerato una "**normale evenienza di cui l'imprenditore dovrebbe sempre tenere conto nel calcolo della convenienza economica dell'offerta presentata in gara**" (Cons. St., sez. V, 25 luglio 2025, n. 6638).

Al contrario, la **ratio** della revisione dei prezzi è quella di evitare che nei **rapporti di durata** l'impresa possa subire gli **effetti negativi di una modifica dei prezzi dei fattori produttivi** necessari per espletare il servizio che possa **alterare l'originario sinallagma** contrattuale in maniera consistente (Tar Lazio, Roma, Sez. II, 1° agosto 2023, n. 12968).

La revisione dei prezzi consente al contraente di **rinegoziare il corrispettivo** per conseguire una **rimodulazione** derivante dagli **aumenti sopravvenuti dei beni e dei servizi** (Tar Lazio, Roma, Sez. II, 31 luglio 2023, n. 12902) sulla base di clausole appositamente previste nei bandi di gara che adeguino automaticamente la simmetria economica del contratto alla luce di fattori sopravvenuti e che trova la propria fonte nella buona fede.

Sul punto, il Collegio, con la sentenza esaminata in questa sede, ha osservato che "**il meccanismo revisionale ex art. 60, D. lgs. 36/2023 non opera automaticamente ad ogni scatto salariale previsto dai contratti collettivi, pena la trasformazione della revisione dei prezzi in una sorta di indicizzazione, ma è attivabile al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, non determinando l'inserimento di un diritto all'automatico aggiornamento del corrispettivo contrattuale in favore dell'operatore economico**", sicché "**non è ammissibile l'equiparazione del costo della manodopera, a cui il legislatore ha riservato una disciplina ad hoc, ad altre differenti componenti dell'offerta, anche perché tale assimilazione provocherebbe l'alterazione dell'equilibrio complessivo dell'offerta presentata dall'operatore economico, con ripercussioni sulla valutazione attuale della Stazione Appaltante**" (Cons. St., V, 25 luglio 2025, n. 6638).

Il primo motivo di appello, pertanto, veniva ritenuto dalla V Sezione del Consiglio di Stato infondato e tanto sarebbe stato sufficiente per confermare la sentenza impugnata del Tar Lombardia – Milano n. 3845/2025, ma il Collegio, per completezza, riteneva di aggiungere anche l'**infondatezza del secondo motivo di appello**, riguardante la non equivalenza tra il contratto collettivo Aninsei indicato nell'offerta dell'aggiudicatario e il contratto collettivo Cooperative sociali, indicato dalla stazione appaltante nei documenti di gara.

La questione, in particolare, si incentra sul **tema delle equivalenze economiche e normative** del CCNL di cui all'offerta rispetto a quello richiesto dalla stazione appaltante.

Il Tar Lombardia – Milano affermava la **mancata equivalenza** tra i due CCLN, escludendo sia l'**equivalenza economica** sia l'equivalenza normativa, in quanto, con riguardo al primo aspetto l'erogazione del **“superminimo”** individuale, ossia l'impegno a colmare il divario economico sussistente tra il contratto applicato dall'offerente e il contratto richiesto dalla stazione appaltante, **non sarebbe adeguato a garantire l'equivalenza**, poiché **voce eventuale della retribuzione, non ricompresa nel CCNL**, mentre con riguardo alle **tutele normative**, il confronto tra i due CCNL veniva escluso mettendo in confronto quattro istituti: **lavoro supplementare nell'impiego part time, durata del periodo di preavviso del lavoratore, la durata del periodo di prova e la retribuzione nel caso di malattia o infortunio**.

Il Consiglio di Stato confermava la statuizione del Tar Lombardia – Milano, soffermandosi in particolare sulla mancata equivalenza economica tra i due CCLN, attesa **l'impossibilità di utilizzare il “superminimo”**.

Si tratta di un tema discusso in giurisprudenza e che vede **contrapposti due orientamenti**, il primo, maggioritario, il quale ritiene che **il ricorso al superminimo non sia idoneo a garantire l'equivalenza economica tra i differenti contratti collettivi** e il secondo, del tutto opposto, **lo ritiene sempre ammissibile**.

Il Consiglio di Stato con la pronuncia esaminata in questa sede aderisce all'**orientamento** divenuto **maggioritario** nella giurisprudenza di primo grado dei Tribunali Amministrativi Regionali e confermato anche dalla sentenza della Sezione III, del **Consiglio di Stato, n. 3209 del 5 marzo 2026**, prima pronuncia intervenuta sull'annosa questione.

In particolare, il Collegio parte dall'interpretazione dell'art. **11 del d.lgs. 36/2023**, il quale dopo aver previsto che le stazioni appaltanti nei documenti iniziali di gara e nella decisione a contrarre di cui all'art. 17, comma 2, **indicano il contratto collettivo applicabile** per il personale dipendente impiegato nell'attività oggetto dell'appalto o della concessione prevede, poi, al comma 3 che gli operatori economici **possano** indicare nella propria offerta un **contratto collettivo diverso** purché garantisca le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente.

Come è noto la disposizione è **innovativa** rispetto al codice previgente, in quanto prevede non soltanto l'obbligo per la stazione appaltante di applicare i contratti collettivi stipulati dalle associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ma l'**obbligo** di indicare nei **documenti iniziali di gara il contratto collettivo applicabile**.

Quindi la tutela del lavoro e l'obiettivo di evitare i contratti pirati e di arginare fenomeni di *dumping* sociale vengono perseguiti mediante un **impegno attivo delle stazioni appaltanti**, cui è demandato il compito di individuare il contratto applicabile, indicandone i criteri di scelta.

Nondimeno, viene garantita - in conformità all'art. **41 Cost.** - la libertà di iniziativa economica delle imprese, laddove viene consentito all'operatore economico di indicare nella propria offerta un **diversa contratto collettivo**, purché garantisca le **stesse tutele** di quello scelto dalla stazione appaltante.

Il Collegio rimarca che le **stesse tutele e la nozione di equivalenza** sono riferite **testualmente al contratto collettivo**, il quale viene individuato dal legislatore quale termine di confronto e del giudizio di equivalenza.

**L'equivalenza**, in particolare, **non** può implicare una perfetta **identità o sovrapponibilità** di disciplina prevista da due contratti e ciò viene supportato dalla considerazione che laddove l'operatore economico scegliesse un contratto diverso, non sarebbe possibile porre questo a confronto con quello scelto dalla stazione appaltante.

In secondo luogo, poi, il Collegio rileva che l'esegesi dell'equivalenza in termini di non identità consente di **contemperare la tutela del lavoro ex art. 35 Cost. e art. 15 della Carta dei Diritti fondamentali con la libertà di iniziativa economica**, ponendosi in linea con quell'orientamento giurisprudenziale formatosi sotto la vigenza del Codice precedente, il quale riteneva che un determinato contratto collettivo non potesse essere imposto dalla *lex specialis* di gara quale requisito di partecipazione, e né che la mancata applicazione fosse sanzionata con l'esclusione (Cons. di Stato, Sez. V, n. 2086, 11/03/2026 e giurisprudenza ivi richiamata).

Viene anche ribadito che la disciplina contenuta all'art. 11 del d. lgs. 36/2023, strutturato sulla base dell'equivalenza delle tutele, oltre ad essere rispettosa dell'art. 41 Cost. che riconosce la libertà di iniziativa economica – al pari dell'art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea - **non è neppure in contrasto con l'art. 39 Cost.**, in quanto come chiarito dalla Relazione illustrativa al Codice non è diretta ad estendere *ex lege ed erga omnes* *“l'efficacia del contratto collettivo, ma si limita a indicare 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 no la clausola dell'appalto pubblico oggetto dell'aggiudicazione”*.

In terzo luogo, il Collegio mette in luce che una interpretazione dell'equivalenza in termini di non identità consente di **evitare un restringimento della concorrenza**, soprattutto a sfavore delle **medie e piccole imprese**, atteso che l'impiego di un diverso contratto rispetto a quello adottato dall'operatore economico costituisce per questo un onere non solo in termini economici ma anche di costi informativi e di gestione, in contrasto con l'obiettivo perseguito dalle Direttive comunitarie nn. 2014/23/UE e 2014/24/UE di facilitare in massima misura la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.

La V Sezione del Consiglio di Stato, pertanto, **escluso che equivalenza di tutele possa essere sinonimo di identità**, passa ad analizzare quale sia il **contenuto delle stesse**, partendo dal presupposto che le imprese e i lavoratori siano portatori di confliggenti interessi.

Le imprese, infatti, hanno l'obiettivo di contrarre i costi della manodopera sia per massimizzare i guadagni sia per assicurarsi le commesse pubbliche.

I lavoratori, invece, hanno la necessità di usufruire di tutele adeguate e di una retribuzione che possa assicurare un'esistenza libera e dignitosa.

L'art. 11 del d. lgs. 36/2023 si pone l'obiettivo, come già sopra più volte rammentato, di contemperare tali contrapposti interessi.

Per valutare l'equivalenza di tutele economiche l'**Anac**, in relazione al **Bando tipo 1/2023**, suggerisce di prendere in considerazione *“le componenti della retribuzione globale annua costituita dalle seguenti voci: **retribuzione tabellare annuale; indennità di contingenza; Elemento Distintivo della retribuzione – EDR – a cui vanno sommate le eventuali mensilità aggiuntive (tredicesima e quattordicesima), nonché ulteriori indennità previste.**”*

Il criterio elaborato da Anac, in seguito all'aggiunta da parte dell'art. 73 del D.Lgs. 209/2024 che introduce nel Codice dei Contratti l'**Allegato I.01**, assurge **ex art. 4, comma 2**, a criterio normativo, pertanto, sebbene non direttamente applicabile alla vicenda sottoposta alla cognizione del Giudice *ratione temporis*, il Collegio rileva che *“l'equivalenza risulta assicurata se viene garantito un **trattamento retributivo avente un valore economico delle componenti fisse della retribuzione globale annua almeno pari a quello assicurato dal contratto collettivo indicato dalla stazione appaltante**”.*

Precisato ciò in ordine al contenuto del trattamento che l'offerente deve assicurare ai lavoratori, il Collegio procedeva a valutare se attraverso l'art. 11 del D.Lgs. 36/2023 il legislatore abbia non soltanto inteso fare leva sul contenuto delle tutele, bensì anche sulla circostanza che le stesse siano contenute nei diversi contratti collettivi messi a confronto.

Con la pronuncia in esame il giudice amministrativo perviene ad una soluzione affermativa sulla base in primo luogo del dato testuale, in quanto l'**art. 11** predetto **fa riferimento espresso al contratto collettivo in quanto contenitore delle tutele**, in secondo luogo il Collegio valorizza le **peculiarità della contrattazione collettiva**, nella quale assumono un ruolo centrale a tutela dei lavoratori le parti sociali, e in terzo luogo la Sezione V rileva che attraverso la contrattazione collettiva viene assicurato il **rispetto dei limiti salariali, inderogabili per legge**.

Lo stesso **diritto dell'Unione europea** suffraga una interpretazione siffatta, volta a ritenere che l'equivalenza di tutele debba riguardare i contratti collettivi.

In particolare, nell'ambito delle **Direttive appalti n. 2014/24/UE e 2014/23/UE** i contratti collettivi vengono espressamente presi in esame, affinché gli Stati membri **adottino misure adeguate** attraverso le quali nell'esecuzione degli appalti gli operatori economici assicurino il rispetto degli **obblighi** derivanti, tra gli altri, anche dei **contratti collettivi** (art. 18, par. 2 della Dir. 2014/24/UE e negli stessi termini art. 30 della Dir. 2014/23/UE).

La normativa europea, poi, considera che dovrebbe essere **sempre possibile** inserire negli

appalti pubblici **clausole** che assicurino il **rispetto dei contratti collettivi** in conformità al diritto dell'Unione (considerando 39 della direttiva 2014/24/UE e in termini analoghi considerando 58 della direttiva 2014/23/UE).

Viene poi fatto riferimento anche alla giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo la quale **“il buon funzionamento della contrattazione collettiva nella determinazione dei salari è uno strumento importante attraverso il quale garantire che i lavoratori siano tutelati da salari minimi adeguati che garantiscano un tenore di vita dignitoso e che una contrattazione collettiva solida e ben funzionante, unita ad una elevata copertura dei contratti collettivi settoriali o intersettoriali, rafforza l'adeguatezza e la copertura dei salari minimi” (CGUE, Grande Sez., 11/11/2025, C-19/23).**

Infine, viene rilevato come sia stato assegnato al contratto collettivo il ruolo di argine allo sfruttamento della manodopera da parte della **risoluzione del Parlamento europeo 12 febbraio 2026.**

Pertanto, in tale prospettiva, la tutela del lavoro e il rispetto della contrattazione collettiva nell'ambito delle procedure ad evidenza costituiscono un profilo non disponibile.

In ragione di tutte le su esposte osservazioni, allora, il Collegio riteneva che la **equivalenza delle tutele** oggetto del raffronto tra il contratto indicato dalla stazione appaltante nei documenti di gara e quello diverso indicato dall'offerente dovesse riguardare necessariamente i **contratti collettivi** e non anche atti che non coinvolgono le parti sociali.

Nel caso di specie, considerato che il contratto Aninsei presenta un trattamento economico non equivalente rispetto a quello contemplato dal contratto Cooperative sociali indicato dalla legge di gara e che il superminimo individuale non trova copertura nel CCNL indicato dall'offerente, veniva ritenuto **infondato anche il secondo motivo di appello** e, assorbita ogni altra questione, veniva **respinto l'appello** e **confermata la sentenza n. 3845/2026** pronunciata dal **Tar Lombardia – Milano.**

N. 03476/2026REG.PROV.COLL.

N. 09804/2025 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

## SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9804 del 2025, proposto da Cooperativa Sociale Gialla, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG B144FC4D1D, rappresentata e difesa dagli avvocati Barbara Frateiacchi, Graziano Pungi e Francesco Antonio Romito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Cometa Cooperativa Sociale a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luciano Salomoni, Andrea Santoro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Comune di Brivio, Provincia di Lecco Stazione Unica Appaltante Sua Lecco, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 3845/2025, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cometa Cooperativa Sociale a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 marzo 2026 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati Romito e Santoro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. La controversia riguarda la procedura aperta ai sensi dell'art. 71 del d. lgs. n.36 del 2023 per l'affidamento quinquennale in concessione del servizio di gestione dell'asilo nido comunale "Un due tre stella" (CIG B144FC4D1D), indetta dalla stazione unica appaltante della Provincia di Lecco, su richiesta del Comune di Brivio, con determinazione 17 aprile 2024 n. 463.

2. Cometa coop. soc. a r.l., classificatasi seconda nella graduatoria, ha impugnato:

- la determina dirigenziale n. 36 del 3 marzo 2025, con la quale il Comune di Brivio ha aggiudicato la gara alla Cooperativa Sociale Gialla;

- la nota 3 marzo 2025 n. 0002677, 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;
- ogni ulteriore atto presupposto, connesso o conseguente, ancorché non conosciuto, e in particolare, per quanto occorrer possa:
- il punto 3 lett. B) del disciplinare di gara, la 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;
- il pef, Allegato B) al capitolato speciale descrittivo prestazionale, nella parte in cui ha quantificato il costo annuale della manodopera in euro 243.140,65;
- l'elenco del personale asilo nido "Un due tre stella", Allegato C) al capitolato speciale descrittivo prestazionale;
- il verbale unico di gara della seduta del 19 febbraio 2025 e del 27 febbraio 2025.

La ricorrente ha altresì chiesto 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.

3. Il Tar Lombardia – Milano, con sentenza 26 novembre 2025 n. 3845, ha accolto il ricorso e annullato gli atti impugnati, nonché dichiarato 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.

4. La Cooperativa sociale Gialla (di seguito: "CSG") ha appellato la sentenza con ricorso n. 9804 del 2025.

5. Nel corso del giudizio di appello si è costituita Cometa.

6. All'udienza del 5 marzo 2026 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

7. L'appello è infondato.

8. La gara qui controversa è già stata oggetto di un precedente giudizio davanti al Tar

Lombardia.

Inizialmente la gara, alla quale hanno preso parte soltanto le due cooperative parti del presente giudizio, è stata aggiudicata, con determinazione 20 giugno 2024 n. 94, a CSG, che si è collocata al primo posto in graduatoria con punti 77,30, seguita da Cometa (di seguito: "Cometa"), classificatasi seconda con punti 73,20.

A seguito di ricorso di Cometa, il Tar Lombardia - Milano, con sentenza n.296 del 2025, ha accolto il gravame ritenendo fondate le censure con cui è stata contestata la mancata verifica di anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, ritenuta 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 del d. lgs. n. 36 del 2023, dell'equivalenza delle tutele normative ed economiche con riferimento al contratto collettivo applicato da CSG, diverso da quello indicato dalla stazione appaltante.

La pronuncia ha quindi precisato che l'ente concedente avrebbe dovuto "*procedere all'esercizio del potere di verifica di anomalia dell'offerta presentata da CSG, non ancora esercitato, alla luce dei rilievi contenuti nella presente sentenza*".

8.1. Il Comune di Brivio ha dunque riaperto la procedura di gara al fine di effettuare la verifica di anomalia dell'offerta.

8.2. Al termine, 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*".

In data 3 marzo 2025 il Comune di Brivio ha aggiudicato la gara a CSG con determina n. 36.

8.3. Avverso tale provvedimento è insorta Cometa dando avvio al presente giudizio.

9. Premesso ciò si scruta il ricorso in appello.

10. Con il primo motivo l'appellante CSG ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha ritenuto fondato il primo mezzo del ricorso introduttivo presentato da Cometa.

Con detta doglianza Cometa ha censurato la verifica di anomalia compiuta dalla stazione appaltante rilevando che:

- il costo complessivo della manodopera esposto da CSG è 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;

- sottraendo dal totale del costo della manodopera il 20% afferente al costo 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 pef 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;

- 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 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.

Il Tar ha ritenuto che:

- il provvedimento di aggiudicazione, nel fare proprio il costo complessivo della manodopera pari a euro 243.140,65, incluse le retribuzioni del personale addetto alla cucina e ausiliario, nonché della coordinatrice, non considera come tale risultato sia stato ottenuto soltanto grazie alla riduzione del 20% dell'ammontare del costo complessivo del personale addetto alla commessa, calcolato in euro 298.189,93 dalla stessa aggiudicataria;

- dalla lettura del medesimo provvedimento non è dato comprendere se la stazione appaltante abbia verificato l'attendibilità e la correttezza della percentuale di morbilità del 20% prospettata da CSG, né se 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 praticabile rispetto a tutte le figure professionali coinvolte;

- non è sufficiente, né risulta confermata in atti, l'affermazione della stazione appaltante e della stessa CSG 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* – mentre, in realtà, il servizio dovrebbe essere reso nei confronti di soli 43 bambini;

- peraltro, l’eventuale riparametrazione del costo della manodopera su 43 iscritti può assumere rilievo solo con riferimento agli educatori impegnati nella commessa;

- la decurtazione del 20% non è invece ammissibile per le figure professionali impiegate nella commessa diverse dagli educatori, in quanto non influenzate dal numero di bambini quotidianamente presenti: (i) per l’addetto alla cucina prevista la presenza per 20 ore settimanali, dunque 4 ore per 5 giorni lavorativi, rispetto alla quale non si comprenderebbe in che termini la riduzione del numero di bambini possa comportare una contrazione dell’orario lavorativo; (ii) per gli ausiliari la presenza è calcolata in ragione della “capacità ricettiva”, dovendo essere assicurate almeno 3 ore giornaliere di presenza una capacità ricettiva di oltre 20 bambini (art. 29 lett. d del capitolato), sicché, “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”; (iii) per la 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;

- l’aggiudicataria non ha considerato gli scatti di anzianità che i dipendenti riassorbiti matureranno nel corso del quinquennio di esecuzione del contratto, e, anzi, ha escluso la necessità di valorizzarli, il cui ammontare, rapportato ai valori del contratto collettivo 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 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.

10.1. Con il primo motivo CSG ha censurato la sentenza in relazione a una pluralità di profili.

10.2. Il primo profilo attiene all’asserita erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha ritenuto infondata l’eccezione, sollevata dalla stessa cooperativa, di carenza di interesse di Cometa alla proposizione della censura in ragione del fatto che comunque Cometa avrebbe presentato un costo del personale inferiore a quello di CSG.

L’eccezione è infondata in ragione del fatto che l’offerta di Cometa non rientra nel *thema decidendum* del presente giudizio, sicché questo Giudice, in ragione dei motivi dedotti, ha il potere cognitorio di scrutinare la legittimità della valutazione dell’offerta di CSG, non dell’offerta di Cometa, il cui contenuto è stato esaminato dalla stazione appaltante con valutazione che non è stata qui impugnata.

Pertanto, non può condividersi la tesi dell’appellante circa la carenza di interesse di Cometa a dedurre il motivo “*perché se viene eccepita una pretesa incongruenza ed inaffidabilità*”

*dell'offerta della Cooperativa Sociale Gialla in termini di costo della manodopera che, come documentato, è più alto di quello esposto dalla ricorrente in primo grado, allora l'offerta di Cometa Cooperativa Sociale è ancor più incongrua ed inattendibile".*

10.3. Il secondo profilo di censura contenuto nel primo motivo riguarda la decisione del giudice di primo grado di ritenere illegittime, per carenza di istruttoria e di motivazione, le decisioni della stazione appaltante circa la congruità del costo del personale presentato da CSG.

10.4. Il primo assunto censurato riguarda il ritenuto (da parte del Tar) non approfondimento, con difetto di istruttoria e di motivazione, dell'applicazione della percentuale di morbilità del 20% da parte di CSG, sulla quale si basa la giustificazione del costo del personale esposto nell'offerta economica, pari alla somma annua di euro 243.140,65.

Né è decisiva, secondo il Tar, l'argomentazione in base alla quale il costo della manodopera sarebbe stato sovrastimato negli atti di gara di circa il 20% poiché quantificato su 53 bambini, a fronte di un servizio che deve essere reso un massimo di 43 bambini.

L'appellante CSG ha dedotto al riguardo che la valutazione di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile e si fonda su stime previsionali e dunque su apprezzamenti e valutazioni implicanti un ineliminabile margine di opinabilità ed elasticità.

Pertanto, l'esito della gara può essere travolto, secondo l'appellante, solo quando il giudizio negativo riguardi voci che, per la loro rilevanza e incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economicamente non plausibile inaffidabile.

Nel merito l'appellante ha dedotto che:

- la riduzione del 20% è giustificata dal fatto che i documenti di gara contengono una stima del costo della manodopera parametrata al costo sostenuto nel 2023 dal gestore uscente, che ha riguardato 53 iscritti, laddove attualmente è previsto un massimo di 43 iscritti,

- la sovrastima dei costi di manodopera operata dalla legge di gara sarebbe evincibile dalla stessa legge di gara e troverebbe conferma anche nei documenti dell'offerta di Cometa che, in quanto gestore uscente, ha ritenutosi precisare nell'offerta economica e nel pef di aver considerato che "il servizio è stimato su 43 utenti".

CSG ha poi sottolineato che il costo della manodopera offerto da Cometa sarebbe inferiore a quello di CSG.

10.5. Il costo della manodopera di cui all'offerta di Cometa non è oggetto del presente giudizio e non può quindi, di per sé, giustificare quanto offerto da CSG, come già sopra evidenziato.

10.6. Precisato ciò, nell'offerta economica CSG ha indicato in € 1.215.703,25 la spesa complessiva del personale per il quinquennio contrattuale, che corrisponde a una spesa annua

di € 243.140,65.

Nell'offerta tecnica presentata dalla stessa società la turnazione è organizzata sulla base della presenza di otto educatori (paragrafo 2.2) e nel contempo è previsto un numero di ore settimanali degli educatori di 252,5 (paragrafo 2.1).

In sede di verifica di anomalia CSG ha indicato (nelle giustificazioni 10 febbraio 2025) un costo complessivo annuo del personale addetto alla commessa pari a euro 298.189,93, includendo l'onere per la figura del cuoco (non compresa, come visto, nella legge di gara).

Detta somma, riguardante tutte le figure comprese nell'organizzazione del servizio, è stata ridotta dalla società per "morbilità 20%", di € 59.637,99, eguagliando la somma di € 243.140,65 indicata in offerta per il costo complessivo annuo del personale.

Nelle sedute del 19 febbraio 2025 e del 27 febbraio 2025 la Commissione di gara ha rilevato la congruità dell'offerta economica e del costo del personale indicato nell'offerta da CSG, considerando che risulta compreso il costo dell'attività del cuoco e che 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 (Tab. 4.2) sebbene viziato per un apparente errore materiale nella somma aritmetica delle singole voci".

In virtù di tali rilievi il rup ha ritenuto 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"* (così il verbale delle due sedute).

A conclusione del sopra descritto iter procedimentale il Comune, con determinazione 3 marzo 2025 n. 36, ha aggiudicato la concessione a CSG.

Ne deriva che il costo complessivo della manodopera è stato ridotto da CSG del 20% per "morbilità" (così le giustificazioni 10 febbraio 2025), cioè in relazione alla media dei bambini assenti per malattia.

10.7. Detta decurtazione ha quindi interessato le retribuzioni, oltre che degli educatori, dell'ausiliario addetto alle pulizie, del cuoco (il cui costo risulta compreso nell'ambito della spesa del personale esposta da CSG nelle giustificazioni 10 febbraio 2025) e della coordinatrice, cioè di figure professionali la cui attività non varia al mutare della percentuale di presenza in aula.

*"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"* (così il Tar), non altrettanto può affermarsi del costo riguardante le altre figure professionali.

Al riguardo, come ritenuto dal giudice di primo grado, non risulta evidente in che termini la riduzione del numero di bambini dovuta ad assenze per malattia possa comportare una

contrazione dell'orario lavorativo previsto e, dunque, del costo sopportato per l'addetto alla cucina, la cui presenza è prevista da CSG per 20 ore settimanali, dunque 4 ore per 5 giorni lavorativi, per la preparazione di pasti. Né sono idonee a superare la decisione di difetto di istruttoria e di motivazione le deduzioni contenute sul punto nel ricorso in appello.

Il mero riferimento al contenuto della legge di gara non è dirimente in quanto l'art. 29 lett. c del capitolato prevede la necessità di assicurare la presenza di un cuoco avente una determinata esperienza e di preparare i pasti nel rispetto delle prescrizioni ivi previste, non rilevando quindi specificamente al fine di valutare la sostenibilità di una riduzione di costo del personale in caso di assenza dei bambini.

Né è decisiva la generica osservazione in base alla quale *“è logico e condivisibile che un'assenza degli utenti [...] legittima un'analoga lieve riduzione dell'orario dell'addetto alla cucina”*. E ciò in quanto l'impatto orario della diminuzione di bambini sulla preparazione dei pasti è da dimostrare e comunque da valutare specificamente da parte della stazione appaltante, considerato che l'addetto alla cucina è uno solo e comunque i pasti debbono essere serviti, anche in presenza di un numero minore di bambini.

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”* e almeno 3 ore giornaliere di presenza laddove il nido abbia una capacità ricettiva di oltre 20 bambini. Anche considerando la riduzione a 43(da 53) del numero massimo di posti nido e la *“morbilità 20%”*, si ottiene comunque un risultato superiore ai 30 bambini, così dovendo assicurare l'impiego di due ausiliari.

Né quanto dedotto dall'appellante supera la statuizione del giudice di primo grado, così come appena sopra riferita.

CSG ha infatti dedotto che la DGR n. 2929 del 2020, richiamata dall'art. 29 della del capitolato, prevede che l'ausiliario sia presente *“per non meno di 2 ore giornaliere fino a 20 bambini (contrattualizzate) e non meno di 3 ore giornaliere oltre i 20(contrattualizzate)”*, confermando *“che il numero e le ore dell'ausiliario varino in relazione alle presenze dei bambini”*.

Nondimeno, in assenza di ulteriori spiegazioni, non si ritiene determinante la conclusione dell'appellante, in merito al fatto che *“la Cooperativa Sociale Gialla garantendo un orario di 23 ore settimanali delle due figure ausiliarie offerte in dotazione, ben superiore a quello minimo richiesto, modulerà, nell'ambito della sua autonomia organizzativa, la gestione delle restanti ore in funzione del numero dei presenti”*. E ciò in quanto deve comunque essere valutata la compatibilità di quanto affermato con la legge di gara e la normativa nella stessa richiamata (la DGR n. 2929 del 2020 stabilisce che è necessaria presenza di un operatore ogni 30 bambini e per un minimo di 3 ore al giorno), oltre che con gli atti presentati in gara da CSG. In particolare, nell'offerta tecnica si prevede la presenza di due turnazioni giornaliere di pulizia

(intervallate nel tempo, come risulta nella tabella al punto 2.2 e nel paragrafo 3.1), oltre che di due addetti, e nelle giustificazioni il calcolo del costo della manodopera è riferito a 23 ore, dovendosi pertanto verificare se detta quantificazione è *“ben superiore a quello minimo richiesto”*, o meno.

Né risulta evidente l'incidenza del numero di bambini presenti sull'attività che compete agli ausiliari e quindi sulla quantificazione della relativa spesa, oltre che la prevedibilità delle assenze degli stessi, che consenta di poterla considerare nell'organizzazione del lavoro.

Pertanto, deve comunque essere valutata la possibilità di diminuire il costo del personale ausiliario per morbilità dei bambini (e la quantificazione della stessa).

Né, in mancanza di ulteriori argomenti, può essere diminuito (in funzione della decurtazione del 20% del relativo costo) l'impegno della coordinatrice in quanto CSG 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 e indipendentemente dal fatto che la prestazione minima richiesta dal capitolato per tale figura professionale sia pari a 10 ore.

Quanto ritenuto dal Tar, e appena sopra riportato, risulta compensato, secondo l'appellante, dalle maggiorazioni prudenziali previste nei giustificativi (né sussiste sul punto una violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, atteso che il ricorso introduttivo fa riferimento alla figura della coordinatrice, al costo e alle ore che la stessa deve garantire in base all'offerta e alla legge di gara).

La deduzione richiede di essere soppesata nell'ambito della complessiva valutazione di anomalia. E ciò anche considerando che il Tar ha quindi affermato che, *“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”*.

Né il rilievo sarebbe contenuto nel ricorso introduttivo (non risulta superato dalla deduzione dell'appellante riguardante).

Pertanto, i profili sopra esaminati, riguardanti la riduzione del costo del personale per morbilità (così come da giustificazioni di CSG del 20 febbraio 2025) non conducono alla riforma della sentenza sul punto.

10.8. L'appellante CSG ha altresì dedotto di avere ridotto del 20% la spesa del personale in quanto i documenti di gara contengono una sovrastima del costo della manodopera parametrata al costo sostenuto nel 2023 dal gestore uscente, che ha riguardato 53 iscritti, laddove attualmente è previsto un massimo di 43 iscritti.

10.9. Quanto alla legge di gara si osserva quanto segue.

La base d'asta di euro 1.498.023,80 (art. 5 del disciplinare) è stata calcolata moltiplicando i ricavi annui indicati in euro € 299.604,76 (punto 4.1 del PEF) per i cinque anni della concessione.

Non vi sono elementi per ritenere che i ricavi siano stati quantificati con riferimento a un'utenza di 53 bambini, che, anzi, dal punto 4.1 del PEF risulta che il valore delle rette corrisponde al *“valore medio di tutte le tipologie di rette applicate per i residenti/ convenzionati e non residenti (€ 530,12 rivalutato di un incremento presunto Istat del 4%) moltiplicato per il numero massimo di posti (43) per i mesi annui (11)”*.

Nel paragrafo 8 del progetto, Allegato A) al capitolato speciale approvato dal Comune di Brivio con determinazione n. 38 del 2024 (come si evince dalla determina n. 36 del 2025), si legge altresì che *“L'importo stimato del contratto, per l'intera durata contrattuale (5 anni), è di € 1.498.023,80 soggetto a ribasso, di cui €1.215.703,25 per manodopera non soggetto a ribasso, (vedasi PEF allegato al Capitolato prestazionale sub. lett. B)”* e che *“L'importo contrattuale stimato è stato determinato sulla base dei posti di capienza dell'Asilo nido (43 posti)”*.

Pertanto, gli elementi a disposizione depongono nel senso di ritenere che la base d'asta non risenta dell'eventuale sovrastima del costo della manodopera.

Quanto al costo della manodopera esposto nella legge di gara, nella (non impugnata) sentenza n. 296 del 2025 del Tar Lombardia - Milano, a seguito della quale sono stati adottati gli atti qui impugnati, si legge che *“È anzitutto pacifico, in quanto ammesso dalle stesse Amministrazioni resistenti, che il costo della manodopera indicato negli atti di gara fosse errato in quanto: - il valore complessivo del costo del personale indicato nel PEF, pari a Euro 243.140,65 annui, non coincide con la somma aritmetica delle singole voci relative al costo delle varie figure professionali riportate nella tabella a pag. 8 del medesimo documento, che, ove calcolata correttamente, ammonterebbe a Euro 257.930,82: difatti, il predetto importo di Euro 243.140,65 non tiene conto del costo relativo alla figura del cuoco”*.

La legge di gara reca quindi un errore nella quantificazione del costo complessivo del personale, indicato nel PEF in euro 243.140,65 annui, anziché in euro 257.930,82. E ciò per il fatto che l'importo di euro 243.140,65 *“non tiene conto del costo relativo alla figura del cuoco”*.

Pertanto, la legge di gara, laddove ha quantificato nel PEF il costo della manodopera in euro 243.140,65 annui, lo ha sottostimato dell'importo corrispondente al costo riferito alla figura del cuoco.

In tale contesto deve essere verificata la valenza della dedotta sovrastima del costo del personale nella legge di gara, che sarebbe stato calcolato dalla stazione appaltante su 53 bambini, anziché su 43.

Innanzitutto, l'asserita sovrastima deve essere accertata, essendo basata sulla previsione del punto 4.2 del PEF, in base alla quale il costo del personale è stimato *“nel presente PEF in*

*“riferimento ai costi del personale anno 2023 dell’attuale gestore” (così il PEF predisposto dalla stazione appaltante), “quando però l’asilo era frequentato da 53 bambini, mentre la gara per l’assegnazione della concessione in esame si è basata sulla presenza massima di 43 bambini” (così Cometa nel ricorso introduttivo e nel PEF dalla stessa presentato). E ciò anche tenendo conto che l’art. 2 del capitolato stabilisce la “la struttura ha capacità ricettiva massima di n.43 posti, elevabile a n. 52 con la deroga del 20% prevista dalla normativa regionale” e che il progetto allegato al capitolato specifica che l’importo stimato del contratto, per l’intera durata contrattuale (5 anni), è di € 1.498.023,80 soggetto ribasso, “di cui € 1.215.703,25 per manodopera non soggetto a ribasso”, “è stato determinato sulla base dei posti di capienza dell’Asilo nido (43 posti)” (par. 8).*

In secondo luogo, va valutata l’incidenza di detta sovrastima, considerando chela cifra di euro 243.140,65 annui, indicata nella legge di gara (oltre che da CSG, nei termini sopra visti), è sottostimata nei termini anzidetti.

Altrimenti, non può essere valutata la rilevanza dell’asserita sovrastima del costo del personale effettuata, in tesi, dalla stazione appaltante, rispetto alla decurtazione del 20% del costo del personale dedotta da CSG.

Detto profilo non è approfondito nella documentazione di gara, se si eccettua quanto sopra richiamato e la mera considerazione, contenuta nelle giustificazioni 10 febbraio 2025, in base alla quale *“la dotazione organica è tarata su 53 bambini, ulteriore elemento che attesta la assoluta attendibilità e congruità dell’offerta”.*

Né il ricorso in appello approfondisce il tema, dal momento che si occupa piuttosto dell’impatto di detta asserita sovrastima sul costo della manodopera individuando nella legge di gara, allegando che *“il rapporto 53:43=100:X conduce ad un valore differenziale pari all’abbattimento del 20% operato” e che quindi il costo del personale esposto nella legge di gara, cioè gli euro 243.140,65 annui, è sovrastimato del 20%. Non è sufficiente a tal fine l’accenno di CSG al fatto che “Il mero errore algebrico contenuto nella legge di gara in ordine all’omissione del costo dell’addetto alla cucina (euro 14.790,17) non inficia la sostenibilità dell’offerta poiché la differenza è ampiamente assorbita dal differenziale tra costi (53 utenti) e ricavi (43utenti)”* (memoria depositata il 17 febbraio 2026), che sconta quanto meno di valutare l’esatta quantificazione della spesa del personale, al netto dell’errore di sottostima accertato con sentenza n. 296 del 2025 e dell’eventuale errore di sovrastima dedotto con il ricorso in appello, oltre che la conseguenza sulla verifica dell’offerta di CSG.

10.10. In tale contesto, non può che essere confermato il vizio di difetto di istruttoria e di motivazione (quale conseguenza del primo). E ciò anche considerando che il caso di esito favorevole della verifica di anomalia non è richiesta una motivazione analitica, potendo essere effettuata anche mediante rinvio alle risultanze procedimentali e alle giustificazioni fornite dall’impresa (Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2024 n. 1776).

Il caso di specie è infatti connotato da un errore dell’Amministrazione nella quantificazione della spesa del personale complessiva, già accertato con la richiamata sentenza n. 296 del 2025.

La stessa prospettazione, contenuta nel ricorso in appello, della sovrastima del costo del personale in ragione del numero massimo di bambini ai quali è rivolto il servizio (43) e della asserita rilevanza del dato difforme (in tesi, 53 anziché 43) considerato dall'Amministrazione, inserisce un altro elemento di incertezza, che può essere superato con un accertamento della stazione appaltante circa la sussistenza della sovrastima stessa e dell'impatto rispetto al costo del personale, oltre che sulle conseguenze rispetto all'offerta presentata da CSG.

A ciò si aggiunge che la decurtazione del 20% della spesa del personale in ragione della "morbilità" sconta le tematiche su cui si è pronunciato il Tar in termini di difetto di istruttoria e motivazione, con statuizione censurata nei termini sopra illustrati.

10.11. In tale contesto deve essere confermata la decisione di ritenere la valutazione di anomalia viziata per difetto di istruttoria e di motivazione in relazione ai profili sopra scrutinati.

10.12. Ulteriore profilo di censura contenuto nel primo motivo riguarda la decisione del giudice di primo grado di ritenere fondate le censure riguardanti *"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 1.943,87e, dunque, a euro 9.719,36 sul quinquennio"*.

10.13. Con specifico riferimento agli scatti di anzianità che dovranno essere riconosciuti nel quinquennio l'appellante CSG ha dedotto che:

- la mancata considerazione degli scatti di anzianità nell'ambito del PEF presentato e delle revisioni incrementali delle rette "non inficia l'attendibilità dell'offerta" né la "conferma in sede giudiziale che i predetti scatti (quale ordinario, fisiologico ed ineludibile avanzamento retributivo previsto da contratto) saranno riconosciuti può sostanziare una modifica ex post dell'offerta";

- la decisione è contraddittoria laddove "rileva che Gialla non avrebbe risorse disponibili per fare fronte agli scatti per poi, qualche riga dopo, rilevare che non ha esposto, a differenza di Cometa, l'aumento dei ricavi nel proprio PEF".

10.14. Tanto non è sufficiente a superare la decisione del Tar che muove dalle predette considerazioni per rilevare che la verifica di anomalia non consente di ritenere congrua l'offerta presentata, atteso che non ha considerato gli scatti di anzianità. Infatti, la spesa destinata a coprire le retribuzioni del personale è quantificata da CSG nella somma di euro 244.640,65 per ciascuna annualità, individuando quindi un onere costante, che non considera gli aumenti retributivi quali quelli che remunerano la progressione correlata all'anzianità di servizio.

CSG ha infatti presentato un PEF mancante di tale voce di costo. Lo stesso è a dirsi per la

documentazione successiva.

Tuttavia, l'aumento del costo del personale impiegato, in quanto prevedibile (derivante dal periodico rinnovo dei contratti collettivi di lavoro applicabili al settore), *"non dovrebbe essere considerato un evento imprevedibile ma una normale evenienza di cui l'imprenditore dovrebbe sempre tenere conto nel calcolo della convenienza economica dell'offerta presentata in gara"* (Cons. St., sez. V, 25 luglio 2025 n. 6638).

Né è di per sé dirimente, in favore dell'appellante, il riferimento, contenuto nel PEF dalla stessa presentato, al fatto che *"Per prudenza e semplicità di analisi abbiamo ipotizzato dinamiche di costi e ricavi nulle"*.

Innanzitutto, detta affermazione, peraltro messa in relazione alla rivalutazione di costi e ricavi (*"Ovvero, non abbiamo mai rivalutato i costi né tantomeno i ricavi"*), evidenzia la non esaustività dei dati in funzione prospettica, è esplicitato, così riducendo la portata della prima affermazione.

In ogni caso la circostanza che sia prevista la revisione prezzi (par. 3.2 del disciplinare, che fa riferimento all'art. 60 del d. lgs. n. 36 del 2023) non consente di superare la decisione del Tar.

La Sezione ha, infatti, già precisato che, in fase di offerta, l'operatore economico deve considerare tutti i costi necessari per remunerare la manodopera, ivi inclusi gli aumenti salariali e gli scatti di anzianità già noti al momento dell'offerta medesima, ancorché applicati in un momento successivo alla gara, previsti dal contratto collettivo applicato. Pertanto *"il meccanismo revisionale ex art. 60, D.Lgs. n. 36/2023 non opera automaticamente ad ogni scatto salariale previsto dai contratti collettivi, pena la trasformazione della revisione prezzi in una sorta di indicizzazione, ma è attivabile al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, non determinando l'inserimento di un diritto all'automatico aggiornamento del corrispettivo contrattuale in favore dell'operatore economico"*, sicché *"Non è ammissibile l'equiparazione del costo della manodopera, a cui il legislatore ha riservato una disciplina ad hoc, ad altre differenti componenti dell'offerta, anche perché tale assimilazione provocherebbe l'alterazione dell'equilibrio complessivo dell'offerta presentata dall'operatore economico, con ripercussioni sulla valutazione attuata dalla Stazione Appaltante"* (Cons. St., sez. V, 25 luglio 2025 n. 6638).

10.15. Pertanto, il primo motivo è infondato.

Tanto è sufficiente per confermare la sentenza impugnata in quanto le ragioni sopra scrutinate supportano, di per sé sole, l'accertamento dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati.

In ogni caso si aggiunge, per completezza, quanto segue.

11. Con il secondo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha accolto il secondo mezzo contenuto nel ricorso introduttivo, riguardante la (non) equivalenza fra contratto collettivo Aninseidi cui all'offerta di CSG e il contratto collettivo Cooperative sociali, indicato dalla stazione appaltante.

11.1. Il giudice di primo grado ha, innanzitutto, ritenuto che il ricorso allo strumento del “superminimo” non sia idoneo a garantire l’equivalenza economica del contratto collettivo applicato da CSG (contratto collettivo Aninsei) con quello indicato dalla stazione appaltante (contratto collettivo Cooperative sociali).

Il Tar ha, in secondo luogo, ritenuto fondata la censura di non equivalenza del trattamento normativo del contratto Aninsei (scelto da CSG) rispetto a quello previsto dal contratto Cooperative sociali, indicato nella legge di gara. In particolare, il giudice di primo grado ha fondato la propria decisione analizzando quattro istituti contrattuali, rispetto ai quali la tutela del contratto collettivo Aninsei non risulterebbe equivalente a quella assicurata dal contratto collettivo indicato nella legge di gara, quali il 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.

11.2. Il tema giuridico che si pone riguarda l’equivalenza delle tutele economiche e normative di cui all’offerta di CSG rispetto a quelle assicurate dal contratto Cooperative sociali.

11.3. Non è censurata la previsione della legge di gara di applicazione del contratto collettivo Cooperative sociali.

11.4. Quanto al trattamento economico (sull’equivalenza della tutela normativa infra), è incontestato che i due contratti collettivi non prevedano lo stesso trattamento economico, atteso che CSG si è impegnata a erogare un “superminimo”, finalizzato a colmare la differenza retributiva tra i due contratti collettivi a confronto con riferimento ai “minimi contrattuali conglobati mensili”.

In particolare:

- CSG, nella dichiarazione di equivalenza tra il contratto collettivo applicato quello indicato nella *lex specialis* di gara, 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 stabilmente ai lavoratori in ragione delle prestazioni previste dall’appalto. La misura degli scatti di anzianità, invece, non rientra nel confronto”*;

- la stazione appaltante, all’esito delle prime giustificazioni, ha richiesto all’operatore economico di “

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”*;

- CSG 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 contratti collettivi a confronto con riferimento ai “minimi contrattuali conglobati mensili”, presentando una tabella di raffronto (giustificazioni 24 febbraio 2025);

- la stazione appaltante 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”* (determina di aggiudicazione n. 36 del 2025 e verbale unico delle sedute 19 febbraio 2025 e 27 febbraio 2025).

11.5. Il tema dell’equivalenza delle tutele economiche di cui all’offerta di CSG rispetto a quelle assicurate dal contratto Cooperative sociali riguarda più specificamente la possibilità di utilizzare il “superminimo”, cioè un impegno dell’offerente a colmare il divario sussistente ai fini di assicurare l’equivalenza del contratto collettivo applicato dall’offerente rispetto a quello indicato dalla stazione appaltante (sull’equivalenza della tutela normativa *infra*).

Si precisa che il superminimo offerto da CSG non trova copertura nel contratto collettivo Aninsei (indicato da CSG).

Non è a tal fine sufficiente, infatti, la previsione, contenuta nell’art. 19 dello stesso, in base alla quale *“La retribuzione mensile lorda è composta dai seguenti elementi: - paga base; - indennità di contingenza; - salario di anzianità; - eventuale superminimo e salario accessorio; - elemento perequativo di garanzia retributiva di cui all’art. 21 parte prima CCNL”*.

Detta disposizione, facendo riferimento a un “eventuale” superminimo, presuppone che lo stesso possa eventualmente essere stabilito in sede di contrattazione, non essendo quindi già oggetto del suddetto contratto collettivo.

11.6. Precisato ciò in fatto, 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”*.

La previsione della legge di gara muove dall’art. 11 del d. lgs. n. 36 del 2023, nella versione *ratione temporis* vigente (prima delle modifiche apportate con d.lgs. 31 dicembre 2024 n. 209), che prevede che *“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”* (comma 2).

Il primo comma dell’art. 11 individua i criteri per la scelta del contratto collettivo da applicare alla commessa, così intendendo superare la questione della possibile concorrenza fra più contratti collettivi. La disposizione prescrive alla stazione appaltante di applicare il contratto

collettivo nazionale di lavoro in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni oggetto del contratto, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.

Nondimeno *“gli operatori economici possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente”* (comma 3).

In tal caso, *“prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele. In quest'ultimo caso, la dichiarazione è anche verificata con le modalità di cui all'articolo 110”* (comma 4).

Infine, il successivo comma 5 dell'art. 11 stabilisce che le medesime tutele normative ed economiche siano assicurate anche ai lavoratori in subappalto.

A seguito delle modifiche di cui all'art. 1 del d. lgs. 31 dicembre 2024 n. 209 i commi 2 e 4 dell'art. 11 fanno riferimento all'Allegato I.01, che indica i criteri e le modalità per l'individuazione del contratto collettivo applicabile al personale impiegato nelle attività oggetto di appalti pubblici e concessioni, nonché per la presentazione e verifica della dichiarazione di equivalenza delle tutele ai sensi dell'art. 11 commi 3 e 4.

L'art. 11 del d. lgs. n. 36 del 2023 dà attuazione al criterio di delega indicato nell'art. 1 comma 2 lettera h) della legge n. 78 del 2022, che richiede la *“previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire, nei bandi di gara, avvisi e inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi beni culturali, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali con le quali sono indicati, come requisiti necessari dell'offerta, criteri orientati tra l'altro a: 1) garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato; 2) garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare”*.

Il legislatore del 2023, attraverso l'art. 11, collocato fra i principi generali, effettua quindi una duplice scelta, innovando rispetto alla precedente disciplina.

Innanzitutto, demanda alla stazione appaltante l'individuazione del contratto collettivo applicabile, indicandone i criteri di scelta.

In tal senso il legislatore, consapevole della proliferazione di contratti collettivi nell'ambito dello

stesso settore, stabilisce i criteri per risolvere la concorrenza fra fonti contrattuali, assegnando all'Amministrazione uno specifico ruolo in tal senso, da svolgere nel rispetto dei criteri dettati dalla stessa legge.

Una volta che l'Amministrazione ha indicato il contratto collettivo da applicare alla commessa, all'operatore economico è riconosciuta la facoltà di applicare un diverso contratto collettivo rispetto a quello indicato nella legge di gara.

Detta facoltà è soggetta alla condizione del rispetto della clausola di equivalenza, desumibile dalle "stesse tutele" di cui al comma 3 dell'art. 11 del d.lgs. n. 36 del 2023 (*"gli operatori economici possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché [ndr. il contratto collettivo] garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente"*), nonché dall'equivalenza oggetto della dichiarazione che l'offerente deve rendere ai sensi del successivo comma 4. E ciò al fine di impedire che *"l'operatore economico finisca con l'optare per un CCNL che non garantisce al lavoratore le migliori tutele sotto il profilo normativo ed economico"* (relazione al Codice approvato con d. lgs. n. 36 del 2023).

L'art. 11 (e l'Allegato I.01) del d. lgs. n. 36 del 2023 ha quindi la finalità di tutelare i lavoratori evitando che la competizione fra imprese si svolga facendo perno sulla contrazione delle tutele, che consenta all'operatore economico di offrire un risparmio sul costo del lavoro fondato su tale presupposto.

La facoltà di scegliere il contratto collettivo da applicare si muove infatti nei limiti della regolamentazione definita dalle parti sociali (che di quell'interesse sono le titolari) nel contratto collettivo che la stazione appaltante ha indicato (sulla base delle regole sopra richiamate, che non vengono in evidenza nella presente controversia).

Infatti, la nozione di *"stesse tutele"* di cui al comma 3 dell'art. 11 del d. lgs. n. 36 del 2023, nonché la nozione di equivalenza oggetto della dichiarazione che l'offerente deve rendere ai sensi del successivo comma 4, sono testualmente riferite al contratto collettivo, nel senso che le tutele (equivalenti) sono quelle contenute nel contratto collettivo.

In tal modo il legislatore ha attribuito rilevanza al contratto collettivo, individuandolo come termine del confronto e del giudizio di equivalenza.

Il giudizio di equivalenza, che deve essere svolto con le modalità procedurali di cui all'art. 110, essendo comunque diverso l'oggetto del giudizio di equivalenza (fra atti negoziali) dalla verifica di anomalia di cui all'art. 110 del d. lgs. n. 36 del 2023, come espressamente previsto dalle modifiche apportate dal d.lgs. n. 209 del 2024, richiede di valutare i profili attinenti al contenuto del trattamento assicurato dall'offerente ai lavoratori della commessa, nonché al contenitore, cioè alle modalità attraverso le quali la tutela è assicurata agli stessi.

11.7. Prima di approfondire i due profili, si rileva che il criterio dell'equivalenza richiamato dall'art. 11 del d. lgs. n. 36 del 2023 non può implicare una perfetta identità o sovrapposibilità della disciplina prevista dai diversi contratti collettivi a confronto.

Osta a tale conclusione, innanzitutto, lo stesso art. 11, laddove consente al concorrente di applicare un contratto collettivo diverso da quello previsto nella legge di gara.

Un'interpretazione di equivalenza in termini di identità impedirebbe agli operatori economici di esercitare detta facoltà, posto che l'indicazione di un "diverso" contratto collettivo presuppone la difformità di almeno parte della disciplina contrattuale e che *"sono rari i casi in cui due contratti presentano esattamente lo stesso articolato"* (così la relazione Anac al bando tipo 1/2023).

In secondo luogo, l'esegesi dell'equivalenza in termini di non identità consente di contemperare la tutela del lavoro (ai sensi dell'art. 35 e ss. Cost., nonché dell'art. 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), alla quale la disposizione è preordinata, e la libertà di iniziativa economica. E ciò in linea con la giurisprudenza, che ha ritenuto, nella vigenza della precedente disciplina, che l'applicazione di un determinato contratto collettivo non possa essere imposta dalla *lex specialis* quale requisito di partecipazione, né la mancata applicazione di questo può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione (Cons. St., sez. V, 11 marzo 2021 n. 2086 e giurisprudenza ivi richiamata).

La prospettiva è quella dell'uso "strategico" dei contratti pubblici di matrice europea attraverso istituti volti a contemperare la libertà di iniziativa economica degli operatori privati, nell'ottica di favorire la concorrenza per il mercato e il perseguimento di obiettivi di politica sociale, di tutela dei lavoratori, di sostegno al reddito e alle imprese: *"È espressione di questo orientamento l'art. 11 cod. contratti pubblici che, in attuazione dell'art. 1, comma 2, lettera h), della L. 21 giugno 2022, n. 78 (Delega al Governo in materia di contratti pubblici), ha introdotto, tra i principi generali del codice, l'obbligo delle stazioni appaltanti di indicare nei bandi o inviti il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione"* (Corte cost. 16 dicembre 2025 n.188).

In particolare, la facoltà di scegliere un diverso contratto collettivo rispetto a quello indicato dalla stazione appaltante in termini di non identità, rendendo maggiormente effettivo l'esercizio di detta facoltà, avviene con modalità rispettose dell'art. 41 Cost., che riconosce la libera iniziativa economica (così come l'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), seppur assicurando che essa non si svolga *"in contrasto con l'utilità sociale"* (così la relazione al Codice approvato con il d. lgs. n. 36 del 2023).

D'altro canto, la disciplina contenuta nell'art. 11 neppure è *"in contrasto con l'art.39 Cost. in quanto 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; e restando libero di accettare o non la clausola dell'appalto pubblico oggetto dell'aggiudicazione (accettando, quindi, anche l'esclusione dalla procedura)"* (così la relazione al Codice approvato con il d. lgs. n. 36 del 2023).

Quindi, il contemperamento fra le diverse prerogative sottese alla disciplina contenuta nell'art. 11 del d. lgs. n. 36 del 2023 assicura la tutela del lavoro, purché non sia frustrata la prerogativa imprenditoriale di scegliere (alle condizioni sopra richiamate), nel rispetto della disciplina lavoristica, il contratto collettivo da applicare.

In una terza prospettiva, una interpretazione dell'equivalenza in termini di identità, riducendo in modo rilevante la possibilità di adottare un contratto collettivo diverso da quello indicato nella legge di gara, potrebbe rendere difficoltosa la partecipazione alle gare da parte degli operatori, specie medi e piccoli (Cgue, sez. II, 5 marzo 2026, C-210/24). Ciò in quanto costituisce un onere, e un costo, per le imprese applicare ad una commessa un contratto diverso da quello generalmente applicato, non solo in termini economici ma anche di costi informativi e di gestione.

Costituisce invece un obiettivo delle direttive nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE l'apertura "*degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile*", che richiede di facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, (considerando 2 della direttiva 2014/24/UE e Cgue, Sez. VIII, 10 novembre 2022, C-631/21 e sez. V, 10 ottobre 2013, C-94/12 e sez. I, 14 settembre 2017, C-223/16), seppur nel rispetto del diritto del lavoro (nei termini *infra* illustrati).

11.8. Assunto che equivalenza non significa identità di tutele, si pone il tema del contenuto di dette tutele, quale punto di confluenza di due prospettive.

La prospettiva dell'operatore economico è quella di calmierare il costo di esecuzione del contratto non solo per esigenze di guadagno ("*la retribuzione percepita dall'aggiudicatario per la prestazione del servizio che fornisce è ampiamente determinata dal costo retributivo del personale che esegue il servizio*", così Cgue, sez. II, 5 marzo 2026, C-210/24) ma, prima ancora, al fine di assicurarsi la commessa, in quanto fattore che incide sulla gara, considerata l'incidenza del costo del lavoro nell'ambito della stessa.

Dall'altro lato, si pone la prospettiva del lavoratore e l'esigenza dello stesso di poter usufruire di adeguate tutele e di una retribuzione proporzionata e adeguata, quale strumento per assicurarsi un'esistenza libera e dignitosa (art.36 Cost.).

Come visto, l'art. 11 (e l'Allegato I.01) del d. lgs. n. 36 del 2023 ha la finalità di tutelare i lavoratori evitando che la competizione fra imprese si traduca in una compressione delle tutele degli stessi.

Anac, nella relazione Anac al bando tipo 1/2023, invitando le stazioni appaltanti a fare riferimento alle indicazioni fornite dall'Ispettorato nazionale del lavoro con la circolare n. 2 del 28 luglio 2020, suggerisce di prendere a riferimento, per valutare l'equivalenza delle tutele economiche, "*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*".

L'art. 4 comma 2 dell'Allegato I.01 al d. lgs. n. 36 del 2023, sebbene adottato a seguito del d. lgs. 31 dicembre 2024 n. 209 e quindi non direttamente applicabile *ratione temporis* alla vicenda in esame, attribuisce valenza normativa al criterio di valutazione dell'equivalenza del trattamento economico individuato da Anac.

Infatti, nello stesso Allegato I.01 si legge, dopo l'elenco delle voci del trattamento economico oggetto della valutazione di equivalenza, che *“Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono ritenere sussistente l'equivalenza delle tutele quando il valore economico complessivo delle componenti fisse della retribuzione globale annua di cui al comma 2 risulta almeno pari a quello del contratto collettivo di lavoro indicato nel bando di gara o nell'invito e quando gli scostamenti rispetto ai parametri di cui al comma 3 sono marginali”*.

Ai sensi dell'art. 4 comma 5 dell'Allegato I.01 è demandato a un decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, l'adozione delle linee guida per la determinazione delle modalità di attestazione dell'equivalenza delle tutele e per la valutazione degli scostamenti che, in ragione anche del numero di parametri interessati, possono essere considerati marginali.

Nelle more il dato che assume rilevanza, ai fini del giudizio di equivalenza economica, è quindi la componente fissa della retribuzione, cioè della componente che non dipende da eventi incerti o comunque da condizioni che la rendono incerta e quindi garantisce le prerogative dei lavoratori, essendo corrisposta in forza della previsione contrattuale, per l'intera durata del rapporto.

Pertanto, l'equivalenza risulta assicurata se viene garantito un trattamento retributivo avente un valore economico delle componenti fisse della retribuzione globale annua almeno pari a quello assicurato dal contratto collettivo indicato dalla stazione appaltante.

Presupposto della valutazione di equivalenza è l'individuazione delle mansioni richieste per l'esecuzione del contratto in gara e la sussunzione delle stesse nelle qualifiche professionali di cui al contratto collettivo.

Alla fine, il trattamento assicurato dall'offerente che decide di non applicare alla commessa il contratto collettivo indicato nella legge di gara deve essere tale da assicurare ai lavoratori della commessa, considerate le mansioni e le correlate qualifiche professionali, di percepire la medesima retribuzione, almeno nella parte fissa, che percepirebbero se fosse applicato il contratto collettivo previsto nella legge di gara, avendo come parametro tutta la durata del rapporto negoziale instaurato a seguito della gara e considerando che del trattamento devono poter godere tutti i lavoratori impiegati nella commessa, anche se in subappalto e assunti successivamente, durante l'esecuzione della prestazione contrattuale.

L'offerente non può quindi utilizzare l'applicazione del diverso contratto collettivo (rispetto a quello scelto dalla stazione appaltante) al fine di ottenere un risparmio di spesa sulla componente fissa della retribuzione dei lavoratori della commessa.

11.9. Precisato ciò sul contenuto del trattamento che l'offerente deve assicurare ai lavoratori

della commessa, neppure sono indifferenti le modalità con le quali viene assicurata la tutela dei lavoratori, in quanto incidono sull'effettività della stessa.

Innanzitutto, come sopra visto, la nozione di "stesse tutele" di cui al comma 3 dell'art. 11 del d. lgs. n. 36 del 2023, nonché di equivalenza oggetto della dichiarazione che l'offerente deve rendere ai sensi del successivo comma 4, fa perno sul contratto collettivo, il cui trattamento costituisce il termine di confronto.

Il primo tema che si pone è quindi quello di stabilire se il trattamento economico del lavoratore può essere considerato equivalente a quello assicurato dal contratto collettivo stabilito dalla stazione appaltante solo se è contenuto in un (altro) contratto collettivo.

Pertanto, si tratta innanzitutto di valutare se il legislatore, ha inteso, attraverso l'art. 11, tutelare i lavoratori facendo perno non solo sul contenuto delle tutele, ma anche sulla circostanza che le tutele siano assicurate attraverso un contratto collettivo, sia esso quello indicato nella legge di gara o quello, alternativo (ed equivalente), proposto dall'offerente.

Si è già visto che la tutela del lavoro non costituisce una prerogativa avulsa dalla prospettiva concorrenziale in quanto il rispetto della legislazione vigente in materia di lavoro è obbligatorio in base alle direttive vigenti e rientra tra le condizioni di parità di trattamento di tutti gli offerenti (Cgue, sez. IV, 17 novembre 2015 in causa, C-115/14).

11.10. L'art. 11 (e l'Allegato I.01) del d. lgs. n. 36 del 2023, a partire dal dato testuale, attribuisce una particolare rilevanza al contenitore delle tutele che debbono essere garantite ai lavoratori, cioè al contratto collettivo, che costituisce il termine di raffronto del giudizio di equivalenza. E ciò al fine, innanzitutto, di assicurare ai lavoratori della commessa un'adeguata tutela economica e normativa.

L'art. 11 (e l'Allegato I.01) del d. lgs. n. 36 del 2023 non solo contiene la soprarichiamata normativa riguardante le tutele che debbono essere assicurate nella commessa attraverso il richiamo al contratto collettivo prescelto dalla stazione appaltante, ma detta altresì i criteri di scelta, da parte dell'Amministrazione, del contratto collettivo da applicare alla commessa, così considerando la specificità del sistema italiano, connotato da una molteplicità di contratti collettivi.

In particolare, costituisce criterio di selezione del contratto collettivo da parte della stazione appaltante la stipulazione da parte delle *"associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale"*, oltre all'ambito di vigenza dello stesso (*"in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro"*) e alla stretta connessione con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione (art. 11 comma 1 d. lgs. n. 36 del 2023).

La Corte costituzionale ha sottolineato come *"la figura dei sindacati comparativamente più rappresentativi è divenuta il punto di riferimento dell'evoluzione normativa, specie nell'ambito della negoziazione collettiva, anche in funzione del contrasto ai fenomeni di dumping indotti dalla prassi dei cosiddetti contratti-pirata"* (Corte cost. 30 ottobre 2025 n. 156).

Sicché, da un lato, l'intero art. 11 è volto a tutelare i lavoratori della commessa e, dall'altro lato, assume a tale fine un ruolo determinate la contrattazione collettiva e le parti sociali che ne sono i protagonisti.

Pertanto, considerando l'intera disciplina recata sul punto dall'art. 11 del d. lgs. n. 36 del 2023, nello stesso si rinviene (anche) la finalità di tutelare i lavoratori attraverso lo specifico strumento del contratto collettivo, compulsando l'adozione dei contratti collettivi che meglio assicurano detta tutela.

Si perviene così, anche per tale via, ad attribuire un'adeguata tutela ai lavoratori della commessa, senza poter negare la funzione che detta impostazione può svolgere, considerata la rilevanza della contrattualistica pubblica, rispetto all'ordinamento giuslavoristico italiano complessivamente considerato.

11.11. Del resto, l'ordinamento italiano, così come il diritto Ue, attribuisce al lavoro un rilievo preminente e assegna al contratto collettivo il ruolo di strumento per la tutela del primo.

In un contesto costituzionale nel quale il diritto al lavoro è richiamato negli artt. 1, 4, 35, 36, 37, 38, e 46 e la libertà sindacale all'art. 39 della Costituzione, la contrattazione collettiva assume un *"ruolo essenziale nella disciplina del rapporto di lavoro, privato e pubblico"* (Corte cost. 16 luglio 2024 n. 129).

Il contratto collettivo garantisce ai lavoratori un trattamento inderogabile (a sfavore del lavoratore) da parte dei contratti individuali: *"l'autonomia collettiva si estrinseca proprio nella stipulazione del contratto collettivo, che disciplina - all'interno del settore merceologico o tipo di attività che ne costituisce l'oggetto - il trattamento minimo a tutela del lavoratore, derogabile a suo favore (ex art. 2077 c.c.)"* (Cass. civ, sez. lavoro, ordinanza 17 ottobre 2025 n. 27719).

Infatti, innanzitutto, il contratto collettivo costituisce parametro per la determinazione della retribuzione sufficiente ai sensi dell'art. 36 Cost. (considerata anche la direttiva 2022/2041/UE). Infatti, *"il giudice chiamato ad adeguare - in base all'art. 2099 c.c., comma 2 - il trattamento retributivo all'art. 36 Cost. può fare riferimento - come parametri esterni per la determinazione del giusto corrispettivo - alla retribuzione stabilita dai contratti collettivi nazionali di categoria, i quali fissando standard minimi inderogabili validi su tutto il territorio nazionale, finiscono così per acquisire, per questa via giudiziale, una efficacia generale, sia pure limitata alle tabelle salariali in essi contenute"* (Cass. civ., sez. lavoro, 2 ottobre 2023 n. 27769).

In secondo luogo, *"l'applicazione di fatto e reiterata di un contratto collettivo nazionale di lavoro garantisce l'uniformità dei trattamenti contrattuali e l'efficacia generalizzata del CCNL di diritto comune all'interno dell'azienda, con obbligo del datore di lavoro di applicare i contratti collettivi osservati a tutti i lavoratori"*. Pertanto, *"l'applicazione di fatto crea quindi un vincolo che può prevalere (attraverso la tecnica dell'inderogabilità in peius) sulla scelta del contratto collettivo successivamente indicato in sede di contratto individuale"* (Cass. civ., sez. lavoro, ordinanza 17 ottobre 2025 n. 27719).

Rispetto alla disciplina delle gare pubbliche la contrattazione collettiva si impernia sull'uso "strategico" dei contratti pubblici, ossia sulla previsione di condizioni volte alla realizzazione di obiettivi sociali, tra cui la tutela dei lavoratori, che sono ulteriori rispetto alle finalità proprie dei contratti stessi (Corte cost. 16 dicembre 2025 n. 188).

Innanzitutto, il contratto collettivo contribuisce a definire i minimi salariali. I minimi salariali *"stabiliti dalla contrattazione collettiva"* costituiscono, infatti, *"dei valori limiti inderogabili, poiché inverano il concetto costituzionale di retribuzione 'proporzionata' alla quantità e qualità del lavoro svolto, oltre che ad un'esistenza libera e dignitosa (art. 36 Cost)"*. Sicché, in caso di violazione, non sono ammesse giustificazioni e *"vale la sanzione della automatica esclusione dalla procedura di gara per presunzione assoluta ex lege di anomalia dell'offerta"* (Cons. st., sez. VII, 21 febbraio 2025 n. 1470).

L'art. 110 comma 4 stabilisce infatti che non sono ammesse giustificazioni *"in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge"*, riproponendo la regola dell'inderogabilità dei minimi salariali (*"viene mantenuta la disciplina vigente di cui all'art. 23, comma 16 del d.lgs. n.50/2016"*, così la relazione al Codice approvato con d. lgs. n. 36 del 2023).

Pertanto, il contratto collettivo costituisce uno strumento a disposizione dell'amministrazione per assicurare che siano ammessi alla gara solo gli operatori economici che rispettano i minimi salariali, così assicurando per tale via la tutela dei lavoratori della commessa.

Il sistema attribuisce quindi alla stazione appaltante un ruolo determinante in quanto soggetto chiamato ad assicurare il rispetto delle regole di gara, comprese quelle riguardanti la tutela del lavoro. Del resto, quanto avviene in gara si riverbera poi in sede esecutiva, in quanto l'affidatario ha l'obbligo di applicare il contratto collettivo individuato in sede di gara (perché indicato dalla stazione appaltante o in quanto equivalente) quale modalità di esecuzione della prestazione. Peraltro, l'art. 102 del d. lgs. n. 36 del 2023 (su cui infra) richiede all'Amministrazione di acquisire una dichiarazione di impegno da parte dell'offerente ad applicare il contratto collettivo individuato in sede di gara, così da attribuire all'Amministrazione un titolo per pretendere l'esatta esecuzione dell'impegno.

Il richiamo al contratto collettivo assolve altresì alla funzione di tutela dei lavoratori assicurando ai lavoratori della commessa di poter direttamente esercitare i diritti di cui sono titolari sulla base di quanto sopra illustrato con riferimento all'art. 36 Cost. (e alla giurisprudenza della Corte di cassazione sopra richiamata).

11.12. Viene in rilievo, a supporto dell'esegesi dell'equivalenza fra contratti collettivi, lo stesso diritto dell'Unione europea, che assegna alla tutela del lavoro un ruolo non avulso dalla prospettiva concorrenziale.

Conformemente al principio di attribuzione enunciato all'art. 4 par. 1 e all'art.5 parr. 1 e 2 TUE, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei Trattati.

Nella specie le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE si inquadrano nell'ambito della competenza esclusiva dell'Unione europea in materia di concorrenza di cui all'art. 3 TFUE) (Corte cost. 16 dicembre 2025n. 188), che comunque si inserisce nella prospettiva dello "sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata", nonché "su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale" (art. 2 TUE).

Nel rispetto del criterio di attribuzione le direttive appalti assicurano comunque il rispetto del diritto del lavoro, facendo espresso riferimento alla contrattazione collettiva.

In base all'art. 18 par. 2 della direttiva 2014/24/UE *"Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro"* (in termini analoghi l'art. 30 della direttiva 2014/23/UE).

Infatti, è *"particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro che si applicano nel luogo in cui i lavori sono eseguiti o i servizi forniti e derivanti"*, fra l'altro, da *"contratti collettivi purché tali norme, nonché la loro applicazione, siano conformi al diritto dell'Unione"* (considerando 37 della direttiva 2014/24/UE, in termini analoghi il considerando 55 della direttiva 2014/23/UE).

In particolare, *"Dovrebbe anche essere possibile inserire negli appalti pubblici clausole che assicurino il rispetto dei contratti collettivi in conformità del diritto dell'Unione"* (considerando 39 della direttiva 2014/24/UE, in termini analoghi il considerando 58 della direttiva 2014/23/UE).

In tale prospettiva *"è essenziale che i criteri di aggiudicazione o le condizioni di esecuzione dell'appalto riguardanti gli aspetti sociali del processo di produzione si colleghino ai lavori, alle forniture o ai servizi oggetto dell'appalto"*, nel rispetto della direttiva 96/71/CE in materia di salari minimi (considerando 98 della direttiva 2014/24/UE, in termini analoghi il considerando 65 della direttiva 2014/23/UE), attualmente direttiva 2022/2041/UE.

Il richiamo è tanto più rilevante se si considera che la prospettiva dell'Unione europea è quella del mercato interno e della concorrenza ed essa agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri (art. 5 comma 2 TUE).

Si aggiunge la prospettiva di tutela del lavoro trova fondamento anche in altre attribuzioni dell'Unione europea.

L'art. 153 par. 2 lett. b) e l'art. 153 par. 1 lett. b) TFUE abilitano l'Unione europea ad adottare prescrizioni minime nel settore delle *"condizioni di lavoro"*, seppur nei limiti indicati dall'art. 153 par. 5, TFUE, in base al quale le disposizioni di tale articolo *"non si applicano alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero né al diritto di serrata"*. E ciò in

quanto la determinazione delle retribuzioni rientra nell'autonomia contrattuale delle parti sociali a livello nazionale nonché nella competenza degli Stati membri in materia.

Nondimeno tale esclusione non può *“essere estesa a ogni questione avente un qualsiasi nesso con la retribuzione, a pena di svuotare taluni settori contemplati dall'articolo 153, paragrafo 1, TFUE di gran parte dei loro contenuti”* (Cgue, Grande Sez., 11 novembre 2025, C-19/23).

Infatti, la capacità del legislatore dell'Unione di concretizzare la dimensione sociale dell'integrazione *“sarebbe fortemente compromessa se a tale legislatore fosse impedito di adottare misure aventi, in pratica, effetti o ripercussioni positivi sul livello delle retribuzioni”* (Cgue, Grande Sez., 11 novembre 2025, C-19/23).

In particolare, la direttiva sui minimi salariali è fondata su vari assi, fra i quale emerge in questa sede il secondo, che *“riguarda la promozione della contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari”*, che la Corte di giustizia ha ritenuto non estraneo alle attribuzioni unionali (Cgue, Grande Sez., 11 novembre 2025, C-19/23).

Al riguardo la Corte ha ritenuto, per quanto di interesse in questa sede, che *“Il buon funzionamento della contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari è uno strumento importante attraverso il quale garantire che i lavoratori siano tutelati da salari minimi adeguati che garantiscano quindi un tenore di vita dignitoso” e che “Una contrattazione collettiva solida e ben funzionante, unita a un'elevata copertura dei contratti collettivi settoriali o intersettoriali, rafforza l'adeguatezza e la copertura dei salari minimi”*(Cgue, Grande Sez., 11 novembre 2025, C-19/23).

La risoluzione del Parlamento europeo 12 febbraio 2026 assegna alla contrattazione collettiva il ruolo di argine allo sfruttamento della manodopera, *“considerando che una variabile comune nella maggior parte dei settori ad alto rischio di sfruttamento della manodopera è l'alta intensità di lavoro associata a catene di subappalto lunghe e complesse, verticalmente e orizzontalmente, il che compromette la trasparenza, il ruolo delle parti sociali, i contratti collettivi applicabili e la democrazia sul luogo di lavoro”* (risoluzione “Affrontare la questione delle catene di subappalto e del ruolo degli intermediari al fine di tutelare i diritti dei lavoratori”, 2025/2133(INI))

Nel parere del Comitato economico e sociale europeo, reso nell'ambito della revisione del quadro giuridico dell'Unione europea in materia di appalti pubblici, si legge che *“L'accesso agli appalti pubblici dovrebbe essere sempre collegato al rispetto del diritto alla contrattazione collettiva e della pertinente legislazione sociale e del lavoro come pure dei contratti collettivi applicabili firmati dalle parti sociali più rappresentative conformemente al diritto e alle prassi nazionali in materia di lavoro”*, così sottolineando con particolare enfasi il ruolo che dovrebbe essere attribuito alla contrattazione collettiva nelle nuove direttive (27 febbraio 2026 C/2026/870).

11.13. Come visto, nella prospettiva delle direttive appalti la tutela del lavoro e il rispetto della contrattazione collettiva costituisce un profilo non disponibile delle procedure a evidenza

pubblica.

Pertanto, la funzione pro-concorrenziale delle gare presuppone la tutela del lavoro e il rispetto della contrattazione collettiva.

Del resto, la Corte di giustizia si è di recente pronunciata circa la previsione, fra i criteri di aggiudicazione, di condizioni retributive del personale esecutore superiori a quelle previste dal contratto collettivo di settore applicabile, dovendo valutare se detto criterio possa creare un effetto discriminatorio nei confronti di taluni operatori, come le piccole e medie imprese.

La Corte ha ritenuto che la valutazione di eventuale violazione del principio di parità di trattamento debba essere svolta in concreto, considerando la “documentazione di cui l’amministrazione aggiudicatrice disponeva al momento della determinazione delle sue esigenze nonché alla luce delle eventuali consultazioni degli utilizzatori o beneficiari del servizio e del personale che esegue quest’ultimo che l’amministrazione in parola ha potuto effettuare in precedenza, nonché delle eventuali consultazioni precedenti l’appalto che essa ha potuto effettuare o qualsiasi altro documento che consenta di suffragare l’esistenza di un effetto di esclusione indotto da un siffatto criterio di aggiudicazione” (Cgue, sez. II, 5 marzo 2026, C-210/24).

Pertanto, non necessariamente la previsione di condizioni retributive migliorative rispetto al contratto collettivo osta al principio di parità di trattamento, in particolare rispetto alla posizione delle piccole e medie imprese (art. 18 par. 1 comma 1 della direttiva 2014/24/UE e art. 30 della direttiva 2014/23/UE).

Deve piuttosto valutarsi in concreto, sulla base della documentazione in possesso dell’amministrazione al momento della determinazione delle esigenze di commessa.

Peraltro, detta decisione ha riguardato un caso nel quale all’offerente è stato chiesto di assicurare un trattamento migliorativo rispetto a quello garantito dal contratto collettivo.

Il caso è paragonabile al presente nei termini in cui è richiesto all’offerente di assicurare ai lavoratori un trattamento economico più favorevole di quello riconosciuto dal contratto collettivo di settore.

Anche nel caso di specie si pone l’eventualità per l’offerente di non poter applicare il contratto collettivo che normalmente applica.

Nondimeno la richiesta dell’ordinamento italiano (connotato da una molteplicità di contratti collettivi) è quella di indurre l’offerente ad applicare un diverso trattamento rispetto a quello che l’operatore applica, seppur contenuto in un contratto collettivo, che meglio risponde alla tutela del lavoro secondo le regole dettate dallo stesso legislatore.

Pertanto, posto che nella scelta fra contratti collettivi il legislatore italiano ha dettato specifici criteri volti a garantire il più possibile la finalità di protezione sociale, può ritenersi che il mancato rispetto delle condizioni stabilite dal contratto collettivo scelto dalla stazione

appaltante costituisca un'ipotesi che rientra direttamente negli obblighi applicabili alle procedure a evidenza pubblica in materia di diritto sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione e dal diritto nazionale e dai contratti collettivi (in base alle direttive sopra richiamate), che costituiscono condizioni presupposte, che non possono essere superate in sede di gara.

In tale prospettiva non si pone un tema di parità di trattamento e accesso alla gara (e al mercato) in quanto quest'ultimo non può che svilupparsi nel rispetto del diritto del lavoro.

11.14. In ragione di quanto sopra non si rinvengono ragioni per non applicare l'art. 11 del d. lgs. n. 36 del 2023 nel rispetto della lettera della legge e della funzione della normativa ivi contenuta, come sopra ricostruita, così richiedendo che le "stesse tutele" oggetto della valutazione di equivalenza debbano essere contenute in un contratto collettivo, non potendo invece essere integrate dall'impegno dell'offerente contenuto in un atto che non coinvolge le parti sociali.

11.15. Nel caso di specie il contratto collettivo Aninsei, come già sopra rilevato, non presenta lo stesso trattamento economico assicurato dal contratto collettivo Cooperative sociali, indicato nella legge di gara.

E tanto basta per ritenere infondata la censura.

In ogni caso si aggiunge che CSG ha dichiarato in giudizio che *"opera su tutto il territorio nazionale attraverso la gestione indiretta di servizi di circa 100 asili nido e circa 1.000 dipendenti"*, *"esclusivamente nel settore "servizio di istruzione prescolastica" fascia 0/6"*.

Né risulta allegato o comprovato che l'Amministrazione fosse a conoscenza di una particolare difficoltà ad applicare il contratto collettivo in termini che possono configurarsi come discriminatori (in disparte l'approfondimento sull'immediata impugnabilità della clausola del bando che indica il contratto collettivo da applicare alla commessa).

Pertanto, anche considerando la pronuncia della Corte di giustizia soprarichiamata, che comunque riguarda un caso di trattamento migliorativo non contenuto in un contratto collettivo, questo Giudice non dispone di elementi che consentano di stabilire che il criterio controverso possa creare un effetto discriminatorio.

Non si frappongono quindi ostacoli all'applicazione della regola contenuta nell'art. 11 comma 3 del d. lgs. n. 36 del 2023, che impone di ritenere che le "stesse tutele" oggetto della valutazione di equivalenza debbano essere contenute in un contratto collettivo, non potendo invece essere integrate da impegni aventi natura diversa.

11.16. Residua da valutare il tema dell'equivalenza delle tutele normative fra il contratto collettivo indicato dalla stazione appaltante e il contratto collettivo scelto dall'offerente.

Anac, con la relazione illustrativa del bando tipo n. 1/2023, ha fatto propri i contenuti della circolare INL n. 2/2020, laddove è individuato un primo elenco di nove istituti sui quali

effettuare la verifica di equivalenza dei trattamenti normativi, con ammissione dello scostamento di un solo parametro, e ritenendo tuttavia di poter ammettere, “*di regola, uno scostamento limitato a soli due parametri*”, avendo considerato un elenco “*più ampio*” di istituti da paragonare.

L’art. 4 dell’Allegato I. 01 al d. lgs. n. 36 del 2023, 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*”.

Ai sensi dell’art. 4 comma 5 dell’Allegato I.01 è demandato a un decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, l’adozione delle linee guida per la determinazione delle modalità di attestazione dell’equivalenza delle tutele e per la valutazione degli scostamenti che, in ragione anche del numero di parametri interessati, possono essere considerati marginali.

Nelle more il parametro della marginalità degli scostamenti consente di orientare il giudizio di equivalenza, lasciando, nel rispetto del principio della fiducia, alla stazione appaltante l’apprezzamento della marginalità o meno degli scostamenti, da effettuare sulla base di una valutazione complessiva, che possa tenere in considerazione plurimi aspetti, quali lo scostamento dalla regola (e la distanza dalla stessa), la tipologia di regola e il numero di scostamenti in relazione all’oggetto della gara, senza vincoli relativi all’esatto numero di questi ultimi. E ciò in quanto il criterio della marginalità, essendo per natura flessibile, consente all’Amministrazione di considerare il singolo caso nella specificità che lo connota, apprezzando i vari profili degli scostamenti.

Né assume una particolare rilevanza nel caso di specie il fatto che l’Allegato I.01 al d. lgs. n. 36 del 2023 sia stato introdotto dal d. lgs. 31 dicembre 2024 n.209 e quindi non fosse *ratione temporis* vigente. Ciò in quanto esso esplicita un criterio di valutazione già insito nel concetto di equivalenza, intesa in termini di non assoluta identità, di cui all’art. 11 del d. lgs. n. 36 del 2023.

11.17. In ogni caso, nel caso di specie il contratto collettivo indicato da CSG nell’offerta non reca un trattamento economico equivalente a quello del contratto collettivo indicato dalla stazione appaltante, come evidente dall’impegno a erogare il superminimo, come sopra precisato.

11.18. Tanto basta per ritenere infondato il motivo, assorbita ogni altra censura ed eccezione.

12. In conclusione, l’appello è infondato.

La novità delle questioni giuridiche sottese alla presente controversia giustifica la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando

sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando, per l'effetto, la sentenza impugnata.

Spese del presente grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 marzo 2026 col intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere