

T.A.R. Lazio, Sez. II bis Roma, sentenza 18 giugno 2025, n. 12007

Intestazione REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 13210 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da KAIROS SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE ONLUS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Di Paolo e Dover Scalera, con domicilio eletto presso lo studio Dover Scalera in Roma, viale Liegi, 35b;

contro

Comune di Subiaco, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Vergari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Roma Capitale e Centrale Unica di Committenza "Consorzio I Castelli della Sapienza", in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituiti in giudizio;

nei confronti IL DONO - SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Scalia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

dando notizia ad ANINSEI, Associazione Nazionale Istituti non Statali di Educazione e di Istruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determinazione n. 55 del 31/10/2024 con cui il Comune di Subiaco ha disposto l'esclusione della Società ricorrente KAIROS dalla procedura di affidamento della gestione del servizio asilo nido comunale anni scolastici 2024/2025 e 2025/2026, e ha contestualmente proceduto allo scorrimento della graduatoria e all'aggiudicazione del servizio in parola alla controinteressata IL DONO SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE
- della comunicazione di esclusione e aggiudicazione trasmessa via p.e.c. il 31/10/2024;

- e di ogni altro atto e provvedimento presupposto e conseguente alla predetta determinazione n. 55 del 31/10/2024, ed in particolare:

- a) della nota prot. n. (Omissis) del 28/10/2024, di contenuto ignoto, con la quale il professionista incaricato, Avv. Enrico Michetti, ha formulato parere negativo sulla equivalenza del CCNL applicato dalla ricorrente con quello posto a base di gara;

- b) della istanza di autotutela, di data e contenuto ignoto, trasmessa dalla Società controinteressata IL DONO;

- c) del verbale del 19/9/2024, con cui la Commissione valutatrice, unitamente al RUP, ha deciso di estendere a tutti i concorrenti la richiesta di presentare giustificativi della

manodopera, secondo la tabella riportata all'art. 3 del Disciplinare di gara, in riferimento a quanto indicato da ciascuno nelle rispettive offerte economiche;

d) della nota prot. n. (Omissis) del 20/9/2024, con la quale il RUP ha chiesto alla Società ricorrente KAIROS di presentare, entro il 24 settembre 2024, i giustificativi della manodopera, in riferimento a quanto indicato nell'offerta economica, secondo la tabella di cui all'art. 3 del Disciplinare di gara;

e) della verifica - di contenuto e data ignoti - dei costi della manodopera e della equivalenza del CCNL applicato dalla controinteressata IL DONO al CCNL indicato negli atti di gara;

f) del verbale del 4/11/2024, di contenuto ignoto, con il quale è stato dato l'avvio anticipato del servizio di che trattasi nelle more della sottoscrizione del contratto di appalto; nonché per l'accertamento del silenzio-diniego sull'istanza di accesso agli atti del 4/11/2024 alla seguente documentazione:

"1. Documentazione di gara e offerta tecnica ed economica della IL DONO Coop soc. ormai accessibile poiché intervenuta l'aggiudicazione

2. Istanza di Autotutela della IL DONO Soc. Coop, acquisita al prot. della CUC (Omissis) nonché in relazione al provvedimento di esclusione del 31.10.2024 adottato nei confronti della scrivente,

3. La documentazione relativa all'istruttoria compiuta ed alla base del provvedimento di esclusione della KAIROS Società cooperativa Onlus, ivi incluso il parere legale dell'avv. Enrico Michetti e posto a base della determina di esclusione

4. la documentazione relativa alla istruttoria compiuta per accertare la verifica della equivalenza del CCNL applicato dalla soc. cooperativa "IL DONO";

e per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica mediante dichiarazione di subentro nel contratto di appalto stipulato e nell'espletamento del servizio in corso di esecuzione, con previa dichiarazione dell'inefficacia del predetto contratto, ovvero per il risarcimento del danno per equivalente monetario ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 124 c.p.a.;

per quanto riguarda i motivi aggiunti notificati alle controparti da KAIROS SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE ONLUS il 23/12/2024:

- della documentazione trasmessa, in riscontro alla predetta istanza di accesso agli atti, con p.e.c. Prot. (Omissis) del Comune di Subiaco, ed in particolare:

- della relazione istruttoria del RUP del 29 ottobre 2024;

- del ricorso in autotutela del 16/8/2024, con cui la Società controinteressata IL DONO ha chiesto al RUP e alla CUC di procedere alla verifica dell'equivalenza delle tutele, secondo il disposto art. 22 del Disciplinare di gara, prima dell'aggiudicazione definitiva;

- del verbale di gara n. 1 del 18/7/2024 di apertura dei plichi della documentazione amministrativa; - del verbale di gara n. 2 del 25/7/2024;

- del verbale di gara n. 3 del 1.08.2024, recante "COMUNICAZIONE PUNTEGGI ATTRIBUITI ALL'OFFERTA TECNICA, APERTURA E VALUTAZIONE DELLA BUSTA

CONTENENTE L'OFFERTA ECONOMICA, NONCHÉ FORMULAZIONE DELLA CONSEGUENTE GRADUATORIA E PROPOSTA DI AGGIUDICAZIONE" dell'appalto alla Società ricorrente KAIROS;

- del verbale del 26/9/2024, con il quale la Commissione valutatrice, riguardo i costi della manodopera trasmessi dai concorrenti, ha deciso di rimettere al RUP ogni valutazione in merito;

- della offerta della Società controinteressata IL DONO, trasmessa con p.e.c. del 5/12/2024 dalla CUC "Consorzio I Castelli della Sapienza", composta di documentazione amministrativa, con particolare riferimento al contratto di avalimento con la SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE LE GINESTRE; della documentazione tecnica e dall'offerta economica;

- ove occorra del parere reso dall'UIPA a firma dell'avv. Enrico Michetti;

nonché per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica mediante dichiarazione di subentro nel contratto di appalto stipulato e nell'espletamento del servizio in corso di esecuzione, con previa dichiarazione dell'inefficacia del predetto contratto, ovvero per il risarcimento del danno per equivalente monetario ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 124 c.p.a.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale notificato alle controparti dalla controinteressata IL DONO SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE il 4/1/2025: per l'annullamento:

- in parte qua e per quanto di ragione, della predetta determinazione n. 55 del 31/10/2024;

- della mancata esclusione della Società ricorrente KAIROS per offerta al rialzo o comunque equivoca ed in violazione dell'art. 17 del Disciplinare di gara così come rettificato dalla S.A.;

- della mancata esclusione della predetta KAIROS per violazione dell'art. 5 del Disciplinare di gara;

- della determinazione n. 123 del 6 agosto 2024 con cui il Comune di Subiaco ha aggiudicato, con riserva, l'appalto de quo a favore della Società KAIROS dal 1° settembre 2024 al 30 giugno 2026;

- di tutti i verbali delle sedute pubbliche e riservata di gara e delle relative decisioni assunte dalla Commissione giudicatrice, e segnatamente dei verbali (a) n. 1 del 18 luglio 2024, (b) n. 2 del 25 luglio 2024 e (c) n. 3 del 1° agosto 2024, nella parte in cui è stata disposta l'ammissione e la valutazione dell'offerta della Società ricorrente KAIROS nei termini ivi indicati in modo da determinare l'aggiudicazione della procedura in suo favore, inclusa la proposta di aggiudicazione;

- di ogni altro atto presupposto e conseguente o che con gli stessi possa avere attinenza, ancorché non conosciuto.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti al ricorso incidentale notificati alle controparti dalla Società controinteressata IL DONO il 7/1/2025:

per l'annullamento della mancata esclusione della Società ricorrente KAIROS per anomalia dell'offerta, ai sensi dell'art. 110 del D. Lgs. n. 36/2023.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della IL DONO - Società Cooperativa Sociale e del Comune di Subiaco;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 maggio 2025 la dott.ssa Vincenza Caldarola e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Subiaco con determinazione del Responsabile dell'Area Sociale R.G. 177 del 22/03/2023 ha deciso di affidare il servizio di gestione dell'asilo nido comunale per il periodo 01/09/2024 - 31/07/2026 mediante procedura aperta, con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo. L'art. 3 del Disciplinare di gara, in particolare, ha previsto che l'importo a base di gara è di € 726.000.00, comprensivo dei costi della manodopera stimati in € 303.959,00 annui non soggetti a ribasso; esso, inoltre, ha indicato quale CCNL applicato il contratto FISM 2021- 2023 DELLE SCUOLE DELL'INFANZIA E DEI SERVIZI EDUCATIVI.

1.1 Alla gara hanno partecipato tre operatori economici: la KAIROS SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE ONLUS che si è collocata al primo posto, la uscente IL DONO SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE, in avvalimento con l'impresa ausiliaria SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE LE GINESTRE, e la CENTRO NASCITA MONTESSORI in avvalimento con l'impresa ausiliaria PARSIFAL - SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE (giusta verbale di gara n. 1 del 18/07/2024).

1.2 La odierna ricorrente principale ha presentato un'offerta economica pari ad € 713.658,00, al lordo dei costi per la manodopera (non soggetti a ribasso) complessivamente pari a € 607.918,40 (€ 303.959,00 annui) e ai costi di sicurezza interna o aziendale quantificati in € 4.000,00, per modo che sommando il punteggio conseguito in relazione a tale offerta (pari a 30) a quello conseguito con riferimento all'offerta tecnica (pari a 50,95, giusta verbale di gara n. 2), si è collocata al primo posto nella graduatoria di merito formata all'esito delle operazioni di gara, con un punteggio complessivamente pari a 80,95 punti (a fronte degli 80,14 punti conseguiti dalla controinteressata IL DONO). Con la conseguenza che la Commissione giudicatrice ha proposto di aggiudicare l'appalto di che trattasi all'operatore economico KAIROS, giusta verbale di gara n. 3 dell'1/08/2024.

1.3 Successivamente, tuttavia, la predetta Commissione, su sollecitazione del Comune di Subiaco, si è riunita nella seduta del 19/09/2024, dal cui verbale s'evince che: "a seguito della documentazione trasmessa dalla Società IL DONO, acquisita al ns. prot. al n. (Omissis) del giorno 11.09.2024, al fine di valutare quanto inviato, si dà

atto di estendere a tutti i concorrenti la richiesta di presentare giustificativi della manodopera, secondo la tabella riportata all'art. 3 del Disciplinare di gara, in riferimento a quanto indicato da ciascuno nelle rispettive offerte economiche.

1.4 Pertanto con nota prot. (Omissis) del 20/09/2024, il RUP ha richiesto alla Società ricorrente principale: "di presentare entro il giorno 24 settembre 2024, giustificativi della manodopera, in riferimento a quanto indicato nell'offerta economica, secondo la tabella riportata all'art. 3 del Disciplinare di gara."

1.5 La Società interpellata ha, pertanto, riscontrato siffatta richiesta (giusta nota del 23/09/2024), compilando la predetta tabella con: "il numero e l'inquadramento dei lavoratori che verranno assorbiti cui viene assicurata una retribuzione globale annua equivalente a quella del CCNL indicato nel bando (Il CCNL FISM 2021-2023 DELLE SCUOLE DELL'INFANZIA E DEI SERVIZI EDUCATIVI) in coerenza con l'offerta economica formulata e mediante l'applicazione dei corrispondenti livelli contrattuali previsti dal CCNL ANINSEI applicato dallo scrivente operatore economico.", e dichiarando: "In relazione al concetto di equivalenza tra i contratti," ANINSEI - FISM, che questa: "cooperativa applica il CCNL ANINSEI - Scuola Private Laiche, ovvero uno dei contratti più rappresentativi del settore scolastico. I trattamenti normativi relativi ai vari istituti contrattuali quali: • lavoro supplementare; • lavoro straordinario; • periodo di prova e preavviso; • ferie e permessi ex-festività; • Malattia e maternità sono da considerarsi assolutamente equivalenti. Dal punto di vista retributivo, entrambi i contratti prevedono lo stesso numero di mensilità (13). L'equivalenza della retribuzione sarà assicurata dal superminimo, qualora necessario, al fine di garantire la piena conformità con quanto stabilito nel CCNL FISM e il mantenimento delle condizioni economiche indicate nell'offerta economica."

1.6 La Stazione appaltante, tuttavia, in sede di verifica (condotta alla stregua della Deliberazione dell'ANAC n. 392 del 30/07/2024) della effettiva equivalenze delle tutele - economiche e giuridiche - assicurate dal CCNL ANINSEI applicato dalla odierna ricorrente e dal CCNL FISM indicato nella lex specialis di gara (art. 3), ha riscontrato: 1) che la retribuzione tabellare (mensile minima) assicurata dal CCNL ANINSEI è inferiore rispetto a quella prevista dal CCNL FISM; 2) una sperequazione in relazione al trattamento retributivo previsto con riguardo al contratto di apprendistato della durata di 36 mesi, risultando maggiormente favorevole quello previsto dal CCNL FISM; 3) una sperequazione in relazione all'indennità Una Tantum, risultando maggiormente favorevole quella prevista dal CCNL FISM (€ 188,50 CCNL FISM a fronte dei 100,00 euro dell'altro); 4) una difformità in relazione alla indennità di missione, posto che mentre il CCNL FISM, all'art. 50, prevede che: "il personale comandato nell'accompagnamento e nella vigilanza dei bambini fuori sede di lavoro si considera in missione. Esso ha diritto alla normale retribuzione, al rimborso delle eventuali spese documentate di viaggio e di trasporto sostenute, e le spese di vitto e alloggio a piè di lista. Ha inoltre diritto ad una indennità di missione di € 10,00 giornaliera per missioni eccedenti le 8 ore e fino alle 24 ore giornaliera e di € 20,00 giornaliera per

prestazioni eccedenti le 24 ore. Il regime previdenziale e fiscale di detta indennità fa riferimento alle norme in vigore. Sono fatti salvi i trattamenti aziendali di miglior favore", analoga clausola non è contenuta nel CCNL ANINSEI: "sicché è evidente che il CCNL FISM prevede un regime retributivo oggettivamente più favorevole per i lavoratori in missione"; 5) una non equivalenza con riferimento al c.d. welfare contrattuale, in quanto: "Il CCNL FISM, all'art. 45, prevede che "per gli anni 2022 e 2023, i lavoratori hanno diritto a strumenti di welfare del valore di € 200,00, da utilizzare entro il 31 dicembre dell'anno successivo". Detti strumenti possono essere destinati dai lavoratori anche al proprio fondo di previdenza complementare, espressamente istituito mediante il CCNL FISM e denominato "Fondo Espero". Analoga clausola non è contenuta nel CCNL ANINSEI, sicché è evidente che il CCNL FISM, anche sotto tale profilo, prevede un regime oggettivamente più favorevole per i lavoratori."; 6) un sperequazione relativamente al periodo di prova, con riferimento al quale il CCNL FISM prevede un regime più favorevole (cioè una retribuzione maggiore nei primi due anni, rispettivamente 90% e 100% della retribuzione globale in atto a fronte degli 85% e 90% della medesima retribuzione del CCNL ANINSEI); 7) una sperequazione tra le clausole relative al tempo parziale, in quanto: "Con riferimento alla fruizione delle ferie da parte del dipendente part-time e, altresì, alla trasformazione dell'orario di lavoro da part-time a full-time, il CCNL ANINSEI, all'art. 16, prevede testualmente che "il personale dipendente a part-time fruisce delle ferie con le stesse modalità del personale dipendente con contratto full time. La eventuale trasformazione dell'orario da part-time a full time, a richiesta degli interessati, ha priorità rispetto ad eventuali nuove assunzioni per le stesse funzioni". In relazione alle stesse tematiche, invece, il CCNL FISM, all'art. 23, dispone che "il personale dipendente a part-time fruisce delle ferie e dei riposi compensativi con le stesse quantità e modalità del personale dipendente con contratto a tempo pieno. Il lavoratore con un orario di lavoro part-time ha diritto al completamento dell'orario di lavoro o ad un'estensione del suo orario prima che si proceda a nuove assunzioni nella stessa mansione". Da un esame comparativo delle due clausole sopra riportate, emerge chiaramente che il CCNL FISM prevede oggettivamente un regime più favorevole per i lavoratori part-time, consentendo agli stessi, diversamente dal CCNL ANINSEI, di godere, oltre che delle ferie, anche dei riposi compensativi, e ciò nella stessa quantità prevista per il personale a tempo pieno."; 8) una diversa disciplina delle ferie e dei riposi compensativi, con riferimento ai quali: "il CCNL FISM prevede un regime decisamente più favorevole rispetto al CCNL ANINSEI, il quale non contempla affatto l'istituto delle ferie compensative", mentre prevede a sua volta n. 100 ore aggiuntive all'orario settimanale senza compensazione alcuna, laddove, invece, il CCNL FISM prevede: "100 ore aggiuntive all'orario settimanale compensate con 26 giorni di ferie Extra", per modo che il primo prevede: "56giorni di ferie totali (Ferie+compensazioni orarie)", il secondo solo 30 (trenta); 9) una sperequazione in tema di previdenza integrativa, in quanto: "Da un esame comparativo delle rispettive

disposizioni contrattuali, si evince che, a differenza del CCNL ANINSEI - il cui art. 10 da atto che, per i dipendenti aderenti a detto contratto, un fondo di previdenza complementare debba essere ancora individuato - il CCNL FISM sviluppa già un efficiente sistema di previdenza complementare, sia disciplinando, mediante l'accordo di cui all'Allegato 5, il funzionamento del Fondo di Previdenza Complementare "Espero", sia prevedendo, in favore dei lavoratori, strumenti di welfare dell'importo di € 200,00 per gli anni 2022 e 2023, da destinare eventualmente al predetto Fondo. Dal che è possibile desumere che, anche in materia di previdenza integrativa, il CCNL FISM offra ai lavoratori una tutela più pregnante rispetto al CCNL ANINSEI."; 10) con specifico riferimento alla categoria degli EDUCATORI, il CCNL ANINSEI offre comunque un trattamento comparativamente peggiore rispetto a quello previsto dagli altri CCNL applicabili nel settore di interesse (quindi non solo FISM, ma anche COOPERATIVE SOCIALI e AGIDAE) in termini di: salario lordo mensile; orario settimanale; ore al giorno; ore aggiuntive al lavoro settimanale che non prevedono compenso, quindi di valore di ore non compensate e di ore aggiuntive all'orario settimanale compensate con 26 giorni di ferie extra; giorni di ferie e di giorni di ferie totali (Ferie+compensazioni orarie). La S.A., quindi: "DATO ATTO che le risultanze dell'indagine esperita dallo scrivente Responsabile - mediante la puntuale comparazione di diversi e rilevanti istituti contrattuali - evidenziano una significativa sperequazione delle tutele contrattuali, sia sotto il profilo economico, sia sotto il profilo normativo, di modo che appare evidente che la Società Cooperativa KAIROS, nell'applicare il CCNL ANINSEI, non risulta garantire ai propri dipendenti un regime contrattuale equivalente a quello delineato dal CCNL FISM, espressamente indicato nei documenti di gara; PRESO ATTO che, nel parere rimesso dal predetto professionista con Nota prot.n. (Omissis) del 28/10/2024 , dopo essersi ribadito che la verifica relativa all'equivalenza delle tutele contrattuali deve necessariamente investire sia il profilo economico, che quello normativo, si è posto in evidenza il rischio che la sperequazione nel trattamento dei lavoratori ed il risparmio dei costi del personale che ne conseguirebbe in capo all'Impresa concorrente potrebbero oggettivamente avvantaggiare quest'ultima in sede di formulazione dell'offerta, sicché, qualora dalla minor tutela dei lavoratori fosse scaturito un vantaggio economico che avesse "rappresentato l'elemento determinante ai fini della scelta migliore offerta", risulterebbe senz'altro giustificata l'esclusione dalla procedura di gara dell'operatore economico che avesse beneficiato di un simile vantaggio; CONSIDERATO che, nel presente caso, come pure risulta dai verbali di gara, la Società Cooperativa KAIROS ha potuto aggiudicarsi il primo posto nella graduatoria di gara soltanto in virtù di una migliore offerta economica, atteso che, in sede di valutazione della componente tecnica - attinente ai profili qualitativi della prestazione ed effettuata prima della valutazione delle offerte economiche - il punteggio migliore era stato invece conseguito dalla Società Cooperativa IL DONO (cfr. Verbale di gara n. 2 del 25/07/2024), di talché appare evidente come, nell'ambito di questa vicenda, il

risparmio di spesa del personale conseguito dalla Società Cooperativa KAIROS in ragione dell'applicazione del CCNL ANINSEI (che prevede un trattamento complessivamente deteriore rispetto a quello previsto dal CCNL FISM, indicato dai documenti di gara), dando luogo ad un oggettivo vantaggio economico, abbia costituito, se non la causa principale, almeno una delle concause che hanno determinato la possibilità, per la medesima KAIROS, di presentare l'offerta economica migliore; RILEVATO, pertanto, che, secondo anche quanto precisato nel parere pro veritate dianzi richiamato, l'esistenza di un nesso eziologico tra vantaggio economico conseguito a causa dell'applicazione di un trattamento normativo ed economico deteriore, da un lato, e formulazione della migliore offerta economica, dall'altro lato, comporta l'esclusione dalla procedura di gara dell'operatore che abbia beneficiato di tale indebito vantaggio;", ha disposto l'esclusione dell'odierna ricorrente dalla procedura di gara di cui è causa e, per l'effetto, proceduto allo scorrimento della graduatoria rimessa dalla Centrale Unica di Committenza e aggiudicato il servizio di asilo nido comunale per gli anni scolastici 2024/2025 e 2025/2026 alla Società Cooperativa Sociale IL DONO.

2. Avverso la predetta esclusione - disposta con determinazione dirigenziale n. 55 del 31/10/2024 - unitamente agli atti presupposti, è insorta la Società KAIROS, con atto di gravame notificato alle controparti il 29 novembre 2024 e depositato in giudizio il 6 dicembre 2024, rassegnando le censure di seguito sintetizzate.

2.1 Illegittimità della determinazione di esclusione per difetto di istruttoria. Violazione e falsa applicazione dell'art. 11 comma 3 del D. Lgs. n. 36/2023. Violazione e falsa applicazione dell'art. 10 del D. Lgs. n. 36/2023 sulla tassatività delle cause di esclusione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 102 del D. Lgs. n. 36/2023. Violazione e falsa applicazione del Bando tipo n. 1/2023 approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 309 del 27 giugno 2023. Eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche. Violazione della libertà di sindacato. Violazione dell'artt. 39 della Costituzione. Eccesso di potere; illegittimità per difetto di contraddittorio, illogicità manifesta, perplessità. Con questo primo gruppo di motivi di gravame, la Società ricorrente principale ha dedotto le seguenti censure: - che avendo essa indicato i costi della manodopera in un ammontare complessivo pari ad € 607.918,04 senza alcun ribasso, cioè nell'importo indicato come congruo dalla S.A. (pari a € 303.959,00 annui), la questione della equivalenza dei CCNL applicati sarebbe irrilevante, appunto perché, a prescindere da quale CCNL sia applicato (FISM o ANINSEI), essa si è vincolata a sostenere un costo della manodopera di € 607.918,00 su un valore totale dell'appalto pari a € 713,658,00; - che l'esclusione è illegittima perché non condotta in contraddittorio con la Società estromessa, in violazione del combinato disposto degli artt. 11 comma 4 e 110 del D. Lgs. n. 36/2023, i quali stabiliscono che la dichiarazione di equivalenza: "venga verificata con le modalità di cui all'articolo 110", ovvero con il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, il quale prevede che vi sia sempre un contraddittorio con l'operatore economico, laddove, invece, nel caso



di specie, il RUP ha proceduto alla sua esclusione dalla gara senza esprimersi ed effettuare alcuna valutazione in merito ai giustificativi da essa forniti con la prefata nota del 23/9/2024; - che equivalenze delle tutele tra il CCNL indicato dalla S.A. negli atti di gara ex art. 11, comma 2, del D. Lgs. n. 36/2023 e quello indicato dall'operatore economico nella propria offerta non significa identità, come anche chiarito nella Relazione al bando tipo 1-2023 ANAC (per la quale sono: "equivalenti contratti che garantiscono "tutele equiparabili" e non identiche"), che è quanto si è verificato nel caso di specie in cui: "sotto il profilo economico le differenze di costo tra il CCNL FISM e Aninsei, stimate nella Determinazione n. 55 del 2024 impugnata, sono molto contenute: parliamo di 86 € per la figura degli educatori (pari alla differenza tra gli € 1.485,86 euro del CCNL FISM e gli € 1.399,56 per il CCNL ANINSEI) con uno scostamento di appena il 6%", come tale molto al di sotto di quelle che possono reputarsi: "come normali oscillazioni tra CCNL; quanto al trattamento normativo, è evidente che dal raffronto tra i vari istituti emerge che le tutele normative sono confrontabili tra i due CCNL anche se a volte diversamente disciplinate";

- che sanzionare con l'esclusione quelle che sono normali oscillazioni retributive tra differenti CCNL equivale ad imporre l'applicazione del contratto indicato dalla Stazione appaltante (nella specie, il CCNL FISM) quale causa di esclusione ulteriore rispetto a quelle tassative previste per legge, in violazione di quanto previsto dall'art. 10 del D. Lgs. 36/2023 e, come tale, illegittima;

2.2 Violazione e falsa applicazione dell'art. 57 del d.lgs. 36/2024 (rectius: 2023); violazione della normativa di settore sul cambio appalto, dei principi di stabilità occupazionale del personale impiegato, nonché di applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore. Difetto di giurisdizione. Con questo secondo mezzo di gravame, la Società ricorrente principale lamenta che: "dopo aver disposto l'esclusione della ricorrente e la contestuale aggiudicazione alla controinteressata in data 31.10.2024, come si è detto il giorno 4 novembre 2024, la Kairos veniva convocata per la riconsegna delle chiavi dei locali del Nido comunale; sebbene la ricorrente avesse chiesto al Comune una proroga tecnica per i necessari adempimenti previsti dalla contrattazione collettiva per il cambio appalto, il passaggio di consegne del servizio è avvenuto senza convocare alcuna riunione con le OOSS, ma instaurando singole trattative con i lavoratori coinvolti per proporre loro contratti di lavoro ex novo. Questo fatto deve essere necessariamente valutato come condotta antisindacale che si aggiunge alla mancata convocazione, come precedentemente detto, delle organizzazioni sindacali. In tal modo, sono state lese in maniera diretta le prerogative che la contrattazione collettiva ha assegnato alle associazioni sindacali in relazione al rispetto degli obblighi di continuità e stabilità delle condizioni economiche e normative assicurate ai lavoratori nelle vicende di cambio di gestione degli appalti."

3. Con motivi aggiunti notificati alle controparti in data 23 dicembre 2024 e depositati in giudizio in pari data, la Società ricorrente principale ha impugnato, chiedendone

l'annullamento, gli atti meglio specificati in epigrafe, avverso i quali ha dedotto le seguenti censure.

3.1 Violazione e falsa applicazione dell'art. 104 del D. Lgs. n. 36 2023; violazione a falsa applicazione dell'istituto dell'avvalimento "operativo" in relazione al requisito esperienziale di cui al 6.3. del Disciplinare di gara. Illegittimità dell'aggiudicazione per carenza del requisito di capacità tecnica e professionale, nonché per difetto di istruttoria. Eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche ed illegittimità per difetto di contraddittorio, illogicità manifesta, perplessità. Con questo primo fascio di motivi di censura, la ricorrente principale premette che: "dall'esame della offerta della IL DONO soc. coop onlus emerge che la controinteressata IL DONO ha fatto ricorso all'avvalimento della SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE LE GINESTRE per il requisito di capacità tecnico professionale di cui all'art. 6.3, lettera a), del disciplinare di gara con il quale veniva richiesto "6.3. REQUISITI DI CAPACITÀ TECNICA E PROFESSIONALE Aver espletato nell'ultimo triennio, antecedente la pubblicazione del presente Bando - Disciplinare di gara, per conto di Ente locali o altra Pubblica Amministrazione/Ente Pubblico/Privato la gestione di almeno 2 servizi educativi (Asilo Nido, Micro Nido];". Tuttavia, la Società ricorrente principale lamenta che, benché con il contratto di avvalimento la Società ausiliaria si sia obbligata a mettere a disposizione della IL DONO, Società ausiliata, le risorse umane (cioè i professionisti) specificamente indicate, e i cui curricula risultano altresì allegati, poi, in concreto: "Nessuno dei nominativi indicati dall'impresa ausiliaria risulta infatti tra quelli impiegati per l'esecuzione dell'appalto dalla IL DONO a seguito del cd "cambio appalto". Nelle dichiarazioni di avvalimento in questione, l'ausiliaria era impegnata a mettere a disposizione della IL DONO mezzi e personale (i cui cv venivano riportati nominativamente), non coincidenti con le figure impiegate nell'appalto e riassunte dalla controinteressata IL DONO a seguito del "cambio appalto" dalla ricorrente appaltatore uscente Kairos: ne consegue che il contratto di avvalimento tra la IL DONO e la coop Le Ginestre è nullo e comunque inidoneo, anche sotto tale profilo, al trasferimento dei requisiti di partecipazione mancanti, tenuto conto della natura operativa del contratto di avvalimento in questione."

3.2 In buona sostanza, secondo la ricorrente principale, le 5 (cinque) unità di personale "messe a disposizione" della odierna controinteressata non risulterebbero da questa "impiegate" nell'espletamento del servizio oggetto dell'appalto, e ciò si evincerebbe, altresì, dal progetto tecnico presentato dalla medesima controinteressata, il quale prevede esclusivamente: "l'impiego di 7 educatrici a tempo indeterminato", personale ausiliario ed una cuoca, "nonché la collaborazione di un consulente psicologo e di un consulente pedagogico esterni, con funzione di consulenza e consultazioni per problemi." Per modo che: "Fatta eccezione per il ruolo dei due psicologi che potrebbero essere astrattamente riferibili a due delle figure messe a disposizione dall'ausiliaria Le Ginestre, per il resto il personale assunto dalla IL DONO non corrisponde con quello messo a disposizione dell'ausiliaria, oltre a

risulta[re] numericamente sufficiente a dare esecuzione dell'offerta tecnica aggiudicataria; in particolare a seguito di cambio appalto, è passato alle dipendenze della IL DONO il personale impiegato per l'esecuzione dell'appalto dalla ricorrente Kairos ovvero i sottoriportati dipendenti numericamente coincidenti con quelli proposti nell'offerta dell'aggiudicataria (7 + una cuoca).", rappresentati da 1 cuoco, 1 ausiliaria, da 1 referente di struttura e da 5 educatrici di asili nido.

3.3 Pertanto, nel caso di specie - secondo la prospettazione della Società ricorrente principale - l'avvalimento avrebbe natura meramente fittizia e apparente, stante l'assenza di un reale trasferimento, con carattere di esclusività per la esecuzione del servizio di cui è causa, delle risorse indicate nella dichiarazione di avvalimento della Cooperativa Le Ginestre. La ricorrente principale, quindi, afferma che: "al di là del fatto che alcune delle figure professionali messe a disposizione dall'ausiliaria svolgono funzioni meramente amministrative dunque non strettamente pertinenti con il requisito esperienziale nella gestione degli asili nido, in ogni caso essi non solo corrispondono con il personale che sta attualmente svolgendo il servizio, in palese violazione dell'art. 104 del d. lgs 36/2023, ma appare dirimente la circostanza che il personale della cooperativa ausiliaria Le Ginestre risulta ancora attualmente impegnato nella esecuzione di altro appalto e lo sarà sino alla data del 31.12.2025 nella gestione dell'asilo nido del Comune di Genazzano come da dichiarazione relativa ai servizi espletati oggetto di avvalimento".

4. Violazione e falsa applicazione degli artt. 11, 57 (Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale), 102 (Impegni dell'operatore economico) e 110 (Offerte anormalmente basse) del D. Lgs. n. 36/2023. Illegittimità per omessa istruttoria sulla equivalenza del CCNL applicato dalla Cooperativa IL DONO. Illegittimità dell'aggiudicazione per carenza del requisito di capacità tecnica e professionale, nonché per difetto di istruttoria. Eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche ed illegittimità per difetto di contraddittorio, illogicità manifesta, perplessità. Con questo secondo mezzo di gravame, la ricorrente principale lamenta che non avendo la S.A.: "documentato l'avvenuta istruttoria della verifica di equivalenza del contratto CCNL FISM 2021-2023 messo a base di gara con quello delle cooperative sociali di cui all'offerta della IL DONO, deve presumersi che - salvo smentita - non sia stata effettuata alcuna verifica in merito, con conseguente illegittimità dell'aggiudicazione a favore della IL DONO." Il che si porrebbe, altresì, in contrasto con il combinato disposto degli artt. 108, comma 9, e 110, comma 5, lett d) del D. Lgs. n. 36/2023, i quali esigono che: "prima dell'aggiudicazione le stazioni appaltanti devono verificare che il costo del personale non sia inferiore ai minimi salariali retributivi", avendo la S.A. disposto l'aggiudicazione dell'appalto a favore della Cooperativa Sociale IL DONO omettendo l'indefettibile verifica sopra indicata.

4.1 Tale condotta, inoltre, secondo la ricorrente principale rileverebbe sotto il profilo della violazione della par condicio e del difetto di motivazione, dal momento che, invece, essa è stata esclusa proprio sulla scorta della mancata equivalenza del

contratto CCNL da essa applicato rispetto a quello indicato negli atti di gara: "l'affidamento al secondo in graduatoria pertanto esigeva che venisse condotta pari verifica anche nei suoi confronti non solo per un obbligo di legge - che è stato evidentemente violato - ma anche nel rispetto dei principi di buona amministrazione e par condicio, traducendosi peraltro il difetto di istruttoria sulla equivalenza del CCNL Fism 2021 - 2023 con il CCNL delle cooperative sociali, in un evidente difetto di motivazione, profilo di illegittimità che va a sommarsi a quello della violazione di legge già denunciato."

4.2 Inoltre, secondo la Società KAIROS il provvedimento di esclusione impugnato si porrebbe, altresì, in contrasto con lo stesso parere legale richiesto dalla S.A. laddove esso afferma che: "Pertanto, nel caso si evidenzi una sperequazione nel trattamento dei lavoratori e tale differenza risultasse decisiva in sede di valutazione dell'offerta, l'amministrazione potrà procedere con l'esclusione (e conseguente scorrimento) dell'azienda che non abbia proceduto nel verso di un riallineamento dei trattamenti economici e normativi", con la conseguenza che la S.A. avrebbe dovuto tenere in debita considerazione la circostanza che essa ricorrente, nella nota di chiarimenti sul costo della manodopera impiegata, avesse fatto espressamente riferimento all'applicazione del c.d. superminimo proprio per riallineare le retribuzioni del CCNL Aninsei a quelle del CCNL FISM, laddove invece: "l'amministrazione - con decisione palesemente errata e viziata per eccesso di potere - ha direttamente escluso la Kairos senza chiederle alcuna spiegazione sulla modalità con la quale avrebbe riallineato i CCNL con il riconoscimento di un superminimo, contraddicendo il parere menzionato ed a riprova di una condotta caratterizzata da un evidente pregiudizio laddove non ha specificamente interloquito con l'operatore economico sull'aspetto del riallineamento tramite superminimo quale misura per calmierare la differenza economica tra i due contratti".

5. Il 31 dicembre 2024 il Comune di Subiaco ha depositato in giudizio una memoria di costituzione e difesa con cui ha eccepito l'infondatezza sia del ricorso introduttivo del giudizio ex adverso proposto sia dei motivi a esso aggiunti, chiedendone la reiezione.

6. Il 7 gennaio 2025 la controinteressata - IL DONO Società Cooperativa Sociale - ha depositato in giudizio ricorso incidentale - notificato alle controparti il 4 gennaio 2025 - con cui ha impugnato gli atti meglio specificati in epigrafe, avverso i quali ha dedotto i motivi di censura di seguito rubricati.

6.1 Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 91 e 107, comma 1, lett. a), del D. Lgs. n. 36/2023 e dell'art. 17 del Disciplinare di gara così come rettificato dalla Stazione appaltante. Con questo primo mezzo di gravame, la Società ricorrente incidentale premette che l'art. 17 del Disciplinare di gara, nella parte in cui recita: "L'offerta economica firmata secondo le modalità di cui al precedente articolo 15.1, deve indicare, a pena di esclusione, i seguenti elementi: a) indicazione del prezzo offerto inferiore al prezzo posto a base di gara corrispondente all'importo totale dell'appalto (€ 422.040,80 = € 726.000,00 - € 303.959,20 - € 0,00), al netto di Iva, nonché degli

oneri per la sicurezza dovuti a rischi da interferenze e i costi della manodopera." è stato in sostituzione, con successivo avviso di rettifica, con il seguente periodo: "L'offerta economica firmata secondo le modalità di cui al precedente articolo 15.1, deve indicare, a pena di esclusione, i seguenti elementi: a) indicazione del prezzo offerto inferiore al prezzo posto a base di gara corrispondente all'importo totale dell'appalto (€ 118.081,60 = € 726.000,00 - € 607.918,20 - € 6), al netto di Iva, nonché degli oneri per la sicurezza dovuti a rischi da interferenze e i costi della manodopera." In sostanza, nella stesura non emendata del Disciplinare di gara i costi della manodopera risultavano indicati con riferimento a un solo anno e non anche all'intero periodo, pari a un biennio (2024/2025 e 2025/2026), del servizio di gestione dell'asilo nido comunale oggetto dell'affidamento. La Società ricorrente, tuttavia, contravvenendo al Disciplinare di gara, ha testualmente offerto: "per l'esecuzione del servizio [reso] un prezzo di Euro 713.658,00 (diconsi Euro settecentotrediciseicentocinquantotto/00) inferiore all'importo a base di gara, al netto del costo della manodopera non soggetti a ribasso e agli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso". Con la conseguenza che - a ben vedere - la ricorrente principale, offrendo un prezzo pari a € 713.658,00, "al netto" dei predetti costi e oneri non ribassabili, avrebbe finito per offrire un prezzo decisamente superiore rispetto a quello posto a base di gara, pari a € 118.081,60, e per questo avrebbe dovuto essere esclusa. "E comunque," afferma la controinteressata/ricorrente incidentale: "l'offerta di Kairos Società Cooperativa Sociale Onlus non è conforme alla previsione contenuta nel disciplinare a pena di esclusione e, in quanto tale, è anche incerta e indeterminata."

6.2 Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 5 del Disciplinare di gara. Con questo secondo mezzo di gravame, la Società ricorrente incidentale deduce che pur occupando la Società ricorrente: "più di cinquanta dipendenti - per come risulta dal suo bilancio sociale (doc. 16) - [e] non ha presentato con l'offerta copia dell'ultimo rapporto periodico sulla situazione del personale maschile e femminile, unitamente all'attestazione di conformità a quello già trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali ed ai consiglieri regionali di parità", in violazione dell'art. 5 del Disciplinare di gara, con la conseguenza che: "la ricorrente principale andava esclusa anche per tale motivo."

7. Il 7 gennaio 2025 la Società ricorrente incidentale ha proposto motivi aggiunti con i quali ha dedotto ulteriori doglianze avverso gli atti già gravati.

7.1 Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 110 del D. Lgs. n. 36/2023, anche in relazione all'art. 108, comma 9, dello stesso decreto: anomalia dell'offerta e, comunque, costo effettivo della manodopera superiore a quello indicato in sede di gara. Con questo primo fascio di motivi di gravame, la Società ricorrente incidentale ha dedotto che la ricorrente principale ha offerto un numero maggiore di unità di personale (8 educatori, 3 ausiliari e 1 cuoco) per un numero maggiore di ore (340) rispetto a quelle dichiarate in sede di chiarimenti resi alla S.A., e precisamente 9 unità

di personale per 30 ore settimanali e 2 unità di personale per 20 ore settimanali (quindi complessivamente 310 ore). Con la conseguenza che: "rispetto agli 11 addetti che Kairos Società Cooperativa Sociale ha dichiarato di volere assorbire e di remunerare con la medesima retribuzione prevista dal CCNL FISM, per l'importo annuo di € 303.959,20, corrispondente al costo della manodopera indicato nell'offerta economica ai sensi dell'art. 18, comma 9, del Codice (607.918,30 = 303.959,20 + 303.959,20), l'offerta tecnica prevede 12 addetti ed un numero maggiore di ore settimanali lavorate. Inoltre, la ricorrente principale ha offerto con il proprio progetto tecnico 1 Coordinatore per 20 ore settimanali (cfr. doc. 17, p. 4), senza considerarne il relativo costo in quello della manodopera." La Società ricorrente incidentale, quindi, afferma che, ove si moltiplicasse la retribuzione oraria prevista del CCNL ANINSEI per il numero di ore di lavoro settimanali complessivamente dovute da ogni figura professionale secondo quanto dichiarato dalla ricorrente principale nella propria offerta tecnica, il costo della manodopera annuale che essa dovrebbe sostenere sarebbe superiore a quello indicato nell'offerta e nei chiarimenti (€ 307.028,9 a fronte dei € 303.959,90 dichiarati), nonché di molto superiore a quello che s'avrebbe applicando il costo orario previsto dal CCNL FISM (pari a 316.477,5), il che confermerebbe che non c'è equivalenza di tutele economiche tra i due contratti. Inoltre, come accennato: "Kairos Società Cooperativa Sociale ha offerto - a ciò obbligata dall'art. 22 della L.R. Lazio 5 agosto 2020, n. 7 - un Coordinatore pedagogico per 20 ore settimanali (cfr. doc. 17, p. 4), senza giustificare il relativo costo e comunque non ricomprendendolo, così come avrebbe dovuto, nel costo della manodopera."

7.2 Eccesso di potere per falsità del presupposto, manifesta illogicità e travisamento dell'offerta tecnica della ricorrente principale. Con questo secondo mezzo di gravame, la Società ricorrente incidentale ha asserito che: "Qualora dovesse ritenersi non vincolante l'indicazione del numero di addetti e relative ore contrattuali nell'offerta tecnica della ricorrente principale, andrebbe conseguentemente rideterminato il punteggio assegnato per tale profilo dalla Commissione di gara.", posto che la ricorrente principale ha conseguito il punteggio di 3,75 (contro i 3,50 ottenuti dalla IL DONO) per il sotto criterio: "2.1 Presentazione del progetto e qualità del modello di organizzazione e gestione: max 20 punti", che contempla tra gli elementi da valutare quello: "del piano di impiego quotidiano del personale, compresa la gestione del momento del pasto, piano delle presenze e turnazione su base settimanale del personale (fino a 5 punti)". Se, tuttavia, afferma la ricorrente incidentale, il piano di impiego del personale deve ritenersi corrispondente, non già a quello indicato nell'offerta tecnica (articolato su 8 educatori per complessive 252,5 ore di lavoro settimanali, 3 ausiliari per complessive 67,5 ore di lavoro settimanali, 1 cuoco per 20 ore lavorative settimanali e 1 coordinatore per 20 ore lavorative settimanali), ma a quello riportato nella relazione di chiarimenti (modulato su 9 operatori per 270 ore di lavoro settimanali e 2 per 40 ore lavorative settimanali): "Kairos Società Cooperativa

Sociale avrebbe dovuto conseguire un punteggio di gran lunga inferiore ai 3,75 riconosciutigli per tale sotto-criterio; anzi, avendo con riferimento a tale sotto-criterio presentato un progetto che si è rivelato falso, non avrebbe dovuto conseguire alcun punteggio." E questo è tanto più significativo se si considera che lo scarto tra la prima classificata, ricorrente principale, e la seconda classificata, ricorrente incidentale, è appena di 0,81 punti (avendo KAIROS riportato un punteggio complessivo di 80,95 e IL DONO di 80,14).

8. In prossimità dell'udienza di trattazione del merito della controversia, i difensori delle parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive posizioni.

9. Alla pubblica udienza del 7 maggio 2024, all'esito della discussione orale, la causa è stata trattenuta in decisione.

10. Il ricorso principale è infondato e, pertanto, deve essere respinto alla stregua delle ragioni di seguito indicate.

11. Il Collegio, al fine di valutare le censure articolate nel primo fascio di motivi di ricorso, ritiene opportuno procedere ad una sintetica ricognizione del quadro normativo di riferimento.

12. In primis, il Collegio osserva che l'art. 11 del D. Lgs. n. 36/2023, nella versione vigente *ratione temporis*, recita: "1. Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato 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 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 2. 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, in conformità al comma 1. 3. Gli operatori economici possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente. 4. Nei casi di cui al comma 3, prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele. In quest'ultimo caso, la dichiarazione è anche verificata con le modalità di cui all'articolo 110."

12.1 La Relazione illustrativa al nuovo codice osserva che, in termini generali, la disposizione si giustifica con l'esigenza di apprestare maggiori tutele ai lavoratori impiegati negli appalti e nelle concessioni pubbliche, valorizzando il testo della legge delega e, in particolare, l'art. 1, comma 2, lett. h), che fissa come principio e criterio direttivo la: "previsione della facoltà, per le stazioni appaltanti, di riservare il diritto di

partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione a operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate; 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".

12.2 Ne deriva, pertanto, che il Collegio ritiene di dover prestare adesione all'opzione ermeneutica formatasi - in merito alla equivalenza delle tutele tra il CCNL indicato negli atti di gara e quello applicato dall'impresa concorrente - nella più recente giurisprudenza secondo la quale: "2.4il richiamato art. 11 del d.lgs. 36/2023, in un'ottica di maggiore protezione dei lavoratori e al fine di scongiurare un allineamento al ribasso delle tutele loro erogate, impone all'operatore economico di rispettare in fase esecutiva il complesso delle condizioni contrattuali minime, di ordine economico e normativo, stabilite dal CCNL indicato dalla Stazione appaltante nella lex specialis, elevandole a vero e proprio requisito minimo dell'offerta, che dovrà pertanto essere formulata conformemente. Dalle superiori considerazioni deriva che non può essere accolta la pretesa della Cooperativa ricorrente di sottrarre al vaglio di equivalenza imposto dalla legge il contratto collettivo di sua scelta, in quanto tale soluzione, peraltro priva di supporto normativo, non risulta coerente con le finalità di tutela sopra individuate e imposte dalla richiamata norma di rango primario, che anzi impongono una effettiva verifica e comparazione delle condizioni contrattuali - economiche e normative - proposte dall'operatore economico." (T.A.R., Piemonte, Torino, 18/4/2025, n. 689).

12.3 Ne discende, pertanto, che - a differenza di quanto asserito dalla Società ricorrente principale - la questione del CCNL da essa applicato e, quindi, del costo della manodopera impiegata nell'appalto di cui è causa non assume una valenza meramente figurativa, posto che la mera dichiarazione della KAIROS SOC. COOP. di offrire un costo della manodopera equivalente a quello (peraltro, non ribassabile) indicato dalla S.A. all'art. 3 del Disciplinare di gara non è, con tutta evidenza, sufficiente a ritenere dimostrata la (solo asserita) equivalenza, nella specie, economica tra i CCNL (ANINSEI e FISM) che vengono in rilievo, tanto più che, come pacificamente dimostrato, quello cui aderisce la Società ricorrente (ANINSEI) assicura (per ognuno dei livelli considerati) una retribuzione oraria decisamente inferiore



rispetto a quella garantita dal CCNL indicato dalla S.A. (FISM), per modo che ancora più cogente si presentava, nel caso di specie, la necessità di chiedere conto all'aggiudicataria di come avesse calcolato il costo della manodopera indicato nella propria offerta economica.

12.4 Peraltro, come visto, la condotta della S.A. è perfettamente coerente con il dato normativo e, in particolare, con il comma 4, dell'art. 11 cit. e con l'interpretazione datane in giurisprudenza, la quale ha evidenziato come: "la determinazione di affidamento/aggiudicazione debba necessariamente essere preceduta dalla verifica della dichiarazione di equivalenza, la quale assume, pertanto, carattere obbligatorio." (cfr., ex plurimis, T.A.R. Lombardia, Milano, 30/1/2025, n. 296).

13. Del pari destituita di fondamento - in quanto smentita per tabulas - è la censura secondo cui la S.A. avrebbe disposto l'esclusione della ricorrente principale dalla procedura di gara senza aprire alcun contraddittorio con essa, posto che, al contrario, la S.A., in applicazione del combinato disposto degli art. 11, comma 4, e 110 del D. Lgs. n. 36/2023, ha chiesto (anche) all'aggiudicataria, con nota prot. n. (Omissis) del 20/09/2024, di presentare: "giustificativi della manodopera, in riferimento a quanto indicato nell'offerta economica, secondo la tabella riportata all'art. 3 del Disciplinare di gara", in tal modo mettendo la ricorrente principale nelle condizioni di indicare, in maniera analitica, le modalità seguite per addivenire alla quantificazione del costo del personale che avrebbe impiegato nell'espletamento del servizio oggetto di gara.

12.5 Adempimento che la Società Kairos ha assolto, sia impegnandosi a corrispondere (con una peraltro inammissibile integrazione postuma dell'offerta economica) un c.d. superminimo (cioè un'eccedenza retributiva rispetto ai minimi tabellari) ove necessario per allineare il (deteriore) trattamento economico derivante dall'applicazione del CCNL ANINSEI a quello assicurato dal diverso CCNL (FISM) indicato dalla S.A., sia enumerando gli specifici istituti contrattuali: "da considerarsi assolutamente equivalenti" tra i due predetti contratti.

12.6 Ne deriva, pertanto, che nella specie risulta fedelmente rispettato il disposto di cui all'art. 110, commi 1 e 5, del D. Lgs. n. 36/2023, il quale prevede che tra le parti si instauri un contraddittorio di tipo documentale articolato in una richiesta scritta da parte della P.A. delle spiegazioni sui costi (nella specie) della manodopera indicati dall'o.e. e nella successiva valutazione di tali spiegazioni da parte della S.A., senza che possa pretendersi che su tali spiegazioni si instauri sempre un ulteriore contraddittorio inter partes, in spregio peraltro dei principi di celerità e di efficienza cui sono improntate, in particolare, le procedure di evidenza pubblica. Il che trova, altresì, conferma nella secca previsione di cui al comma 5 dell'art. 11. cit., a tenore della quale: "La stazione appaltante esclude l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti.." (ripreso dall'art. 22, ultimo c.p.v., del Disciplinare di gara, secondo cui: "Il RUP esclude le offerte che, in base all'esame degli elementi forniti con le spiegazioni risultino, nel complesso, inaffidabili"), che è quanto accaduto nella specie in cui la resistente Amministrazione

aggiudicatrice, peraltro esercitando un potere connotato da amplissimi margini di discrezionalità, ha ritenuto, a valle di una puntuale valutazione comparativa dei CCNL di cui è causa, che non vi fosse una sostanziale equivalenza tra le tutele (economica e normativa) da essi rispettivamente apprestate.

13. Inammissibile (in quanto tardivamente formulata, id est solo con la memoria difensiva depositata il 18/4/2025) e, comunque, radicalmente infondata è, inoltre, la pretesa dalla ricorrente principale secondo la quale il confronto tra i CCNL de quibus (ANINSEI e FISM) andrebbe operato (non già confrontando le relative clausole, ma) sulla base "del trattamento di fatto", cioè tenendo conto dei trattamenti unilaterali di maggior favore che la Società Kairos si è impegnata (peraltro, come si è accennato, in maniera tardiva oltre che affatto generica) ad applicare nella nota di chiarimenti del 23/09/2024.

13.1 Osserva, infatti, il Collegio, che si tratta di criterio chiaramente inconferente e, anzi, smentito dalla circostanza che, già alla stregua delle indicazioni fornite dall'ANAC nella relazione illustrativa allegata al bando tipo n. 1/2023 e recepite dall'Allegato I. 01, art. 4, del D. Lgs. n. 36/2023 (il quale, sebbene non applicabile nella presente fattispecie ratione temporis, rappresenta cionondimeno un utile parametro interpretativo): "La valutazione di equivalenza economica dei contratti è effettuata in relazione alle componenti fisse della retribuzione..", tra le quali sicuramente (e ragionevolmente) non rientra il c.d. superminimo, che costituisce, per definizione, una parte accessoriadella retribuzione, che va ad aggiungersi ai minimi tabellari individuati dal contratto collettivo, erogata a favore del lavoratore subordinato quale aumento retributivo normalmente correlato a particolari meriti o alla speciale qualità o maggiore onerosità delle mansioni svolte dal dipendente.

13.2 Al contrario, con la dichiarazione di equivalenza la Società ricorrente principale avrebbe dovuto dimostrare che il diverso CCNL adottato (ANINSEI), al di là del nomen iuris, garantisse tutele equiparabili a quelle assicurate dal CCNL indicato negli atti di gara (FISM), e sul versante economico che la retribuzione globale annua (costituita dalle seguenti voci: retribuzione tabellare annuale, indennità di contingenza, EDR, eventuali mensilità aggiuntive ed eventuali altre indennità fisse e continuative), rapportata agli "elementi" indicati nella tabella recata dall'art. 3 del Disciplinare di gara, fosse almeno pari a quella del CCNL FISM.

13.3 La ricorrente principale, invece, si è limitata a compilare i campi della predetta tabella con valori idonei a dare come risultato un costo della manodopera complessivamente pari a quella indicato nella propria offerta economica e perfettamente coincidente con l'ammontare quantificato come non ribassabile dal prefato art. 3, ma che, a ben vedere, non rispecchiano niente affatto i costi quali sarebbero stati ove quantificati sulla base del CCNL ANINSEI, come dimostrato sia dai minimi tabellari recati da quest'ultimo contratto sia dalla prospettata (in sede di chiarimenti) necessità di corrispondere un c.d. superminimo, cioè un emolumento aggiuntivo, per assicurare ai: "lavoratori che verranno assorbiti ..una retribuzione

globale annua equivalente a quella del CCNL indicato nel bando (Il CCNL FISM 2021-2023 DELLE SCUOLE DELL'INFANZIA E DEI SERVIZI EDUCATIVI) in coerenza con l'offerta economica formulata e mediante l'applicazione dei corrispondenti livelli contrattuali previsti dal CCNL ANINSEI applicato dallo scrivente operatore economico".

13.4 Né alle spiegazioni meramente formali fornite dalla Società ricorrente principale nell'ambito dei predetti chiarimenti possono plausibilmente supplire i calcoli effettuati dal consulente di parte (giusta relazione versata agli atti del giudizio in data 16/4/2025), i quali, in realtà, non fanno altro che confermare le conclusioni prima rassegnate, e cioè che i costi della manodopera quantificati alla stregua del CCNL ANINSEI, oltre a non coincidere con quelli dichiarati dalla ricorrente principale in sede di offerta economica e di chiarimenti, sono sensibilmente più bassi di quelli ottenuti applicando il CCNL FISM, al punto che la medesima ricorrente è costretta a quantificare l'entità dei cc.dd. superminimi di volta in volta necessari per colmare le differenze retributive tra i due contratti. Ma, come chiarito, si tratta di metodologia sicuramente scorretta.

13.5 Inoltre, l'impegno a corrispondere i cc.dd. superminimi, oltre a rendere evidentemente incerta la reale portata dell'offerta economica (in termini di corretta quantificazione dei costi della manodopera impiegata e, quindi, per l'effetto dello stesso ribasso offerto), rendendo inattendibile l'intera offerta presentata dalla ricorrente principale, integra altresì - come correttamente eccepito dalla resistente A.C. - un'inammissibile integrazione postuma dell'offerta economica, come tale idonea a ledere il principio della par condicio dei concorrenti.

13.6 Nell'ambito dell'art. 101, rubricato "Soccorso istruttorio", del D. Lgs. n. 36/2023, infatti, è possibile individuare, al comma 1, lett. b), un'ipotesi di soccorso istruttorio c.d. sanante (primo comma lettera b), non difforme dall'art. 83, nono comma, del D. Lgs. n. 50 del 2016, che consente, in termini qualitativi, di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente l'offerta, sia sotto il profilo tecnico che sotto il profilo economico); e al terzo comma il soccorso istruttorio in senso stretto, che - recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. procedimentale - abilita la stazione appaltante (o l'ente concedente) a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della par condicio) di apportarvi qualunque modifica (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 19/11/2024, n. 9255). E come chiarito di recente dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2024 n. 4984, con richiamo a Cons. Stato, Sez. V, 3 novembre 2023, n. 9541): "anche nell'ambito delle procedure di affidamento di contratti pubblici, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (per tutte cfr. sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680) è consolidata

nel senso che la mera richiesta volta ad ottenere delucidazioni sulla interpretazione dell'offerta tecnica e/o economica non comporta che i chiarimenti resi costituiscano una modifica dell'offerta presentata in gara, se essi sono limitati a specificare la portata di elementi già interamente contenuti nella stessa offerta (non è superfluo rammentare ...che nel nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. n. 36 del 2023, la fattispecie è stata testualmente prevista all'art. 101, comma 3: "La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica")."

13.4 Ne deriva pertanto che - anche nella vigenza dell'attuale codice dei contratti pubblici - devono reputarsi ancora validi i principi giurisprudenziali affermatasi con riferimento al D. Lgs. n. 50/2016, per i quali: "nella fase dell'esame di dette offerte - già ammesse - l'amministrazione non può consentire integrazioni. Ciò perché non può essere consentita al concorrente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di semplici errori materiali o di refusi, impedendo così l'applicazione dell'istituto per colmare carenze dell'offerta tecnica al pari di quella economica." (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 1030 del 13 febbraio 2019). Ne risulta, pertanto, che l'interlocuzione fra stazione appaltante ed operatori economici è possibile e può essere attuata attraverso il soccorso istruttorio, anche nella fase successiva a quella amministrativa, a condizione che sia rigorosamente rispettato il divieto di modificazione e/o integrazione postuma dell'offerta e nei soli casi di inesattezze ed imprecisioni dell'offerta causati dalla non chiara formulazione della lex di gara o altra causa non imputabile al concorrente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 2146 del 27 marzo 2020)." (cfr., ex multis, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V, 7/05/2024, n. 9008) Grava, infatti, sull'offerente l'obbligo di presentare un'offerta certa, seria, completa e immodificabile, e il concorrente stesso è gravato dall'obbligo di diligenza ex art. 1176 c.c., non potendo liberamente modificare e/o integrare quanto ha dichiarato in sede di gara.

13.5 Laddove, invece, come visto, nel caso di specie, la Società ricorrente principale vorrebbe provare l'equivalenza economica tra i due CCNL di che trattasi attraverso un'integrazione postuma - peraltro formulata in maniera circostanziata solo in sede di memoria difensiva versata agli atti del presente giudizio - dell'offerta economica presentata in sede di gara, in tal modo contravvenendo ai predetti principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza delle offerte: "il quale ultimo ha essenzialmente il fine di garantire che non sussista un rischio di favoritismi e di arbitrarietà da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice, costituendo un principio immanente nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica" il quale "risulterebbe violato se le opportunità di regolarizzazione offerte dalla Stazione appaltante si

traducessero in occasione di sistemazione postuma di irregolarità gravi e non sanabili, cioè in espediente per eludere conseguenze associate dalla legge o dal bando all'inosservanza di prescrizioni tassative, imposte a pena di esclusione" (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, ì n. 9008/2024 cit.)

13.6 Avuto riguardo, poi, alla equivalenza normativa, la Società ricorrente principale afferma che: "quanto al periodo di prova nella determina 55 impugnata vengono indicate, evidentemente per errore, delle percentuali di retribuzione che nulla hanno a che vedere con il periodo di prova", cionondimeno è innegabile che esse si traducono in un trattamento economico peggiore per i neoassunti ai quali il CCNL Aninsei impone decurtazioni stipendiali maggiori rispetto a quelle imposte dal più favorevole contratto indicato dall'art. 3 del Disciplinare di gara.

13.7 Del tutto infondata è, inoltre, la deduzione di parte ricorrente secondo cui il termine ferie ricomprienderebbe indistintamente: "tutti gli istituti che assolvono alla stessa funzione come ad esempio le ex festività, i ROL ed anche i riposi compensativi", posto che, come noto, si tratta di figure giuridiche che divergono per presupposti e, quindi, disciplina. Mentre non è revocabile in dubbio che - come accertato nel provvedimento di esclusione impugnato - il CCNL Aninsei (art. 33) prevede che: "Oltre all'orario di insegnamento e alle attività strettamente collegate, gli educatori di asilo nido e il personale docente della scuola dell'infanzia, della scuola primaria, delle scuole secondarie di I e II grado paritarie e non paritarie, è tenuto ad effettuare tutte le attività accessorie connesse con il normale funzionamento della scuola per un numero di ore non superiore alle 100 nell'anno," non retribuite, mentre: "Le ore eccedenti il numero massimo previsto per ogni docente nell'anno scolastico saranno retribuite, senza maggiorazione alcuna, in un'unica soluzione con la retribuzione del mese di settembre in base alla quota oraria mensile in atto al mese di agosto".

13.7 Per il resto, osserva il Collegio che, anche sul versante dell'equivalenza normativa tra i due CCNL di cui è causa, la Società ricorrente principale, con la più volte citata memoria difensiva del 18/4/2025, ha introdotto (riproducendo pedissequamente le conclusioni in merito rassegnate dal proprio consulente nella predetta relazione) motivi di censura nuovi e ulteriori rispetto a quelli dedotti nel ricorso principale (che, invece, avrebbero dovuto essere correttamente prospettati nell'unica sede deputata a riceverli, cioè nel corso dell'espletamento della procedura di gara), i quali, pertanto, devono reputarsi inammissibili in quanto tardivi.

13.8 Peraltro, in disparte ciò, essi non sono comunque idonei a provare l'illegittimità della determinazione di esclusione impugnata, posto che, a prescindere dalla loro fondatezza, la valutazione di equivalenza tra il CCNL indicato negli atti di gara e quello applicato dall'operatore economico concorrente deve coinvolgere sia il trattamento economico sia quello normativo, per modo che è sufficiente accertare che non vi è equivalenza (come nella specie) sotto il profilo economico tra i due contratti per giustificare l'esclusione dalla procedura di gara dell'impresa che applichi il CCNL (economicamente) meno favorevole.

13.9 Inoltre, come condivisibilmente osservato in giurisprudenza (cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 3/02/2025, n. 173): "il compito del Collegio è quello di valutare se l'attività istruttoria condotta dal RUP sia complessivamente corretta e se il risultato al quale egli è pervenuto non sia irragionevole, illogico o viziato da travisamento dei fatti. Invero, il Collegio ricorda che l'art. 11 del d.lgs. n. 36 del 2023 prevede che il RUP debba procedere a verificare la dichiarazione di equivalenza delle tutele "con le modalità di cui all'articolo 110", cioè, quelle previste per la verifica dell'anomalia dell'offerta. Ne consegue, che possono applicarsi all'attività di verifica della dichiarazione di equivalenza delle tutele i principi che la giurisprudenza amministrativa ha formulato con riferimento all'attività di verifica di anomalia dell'offerta. È necessario dunque partire da alcune acquisizioni giurisprudenziali in materia di valutazione di anomalia dell'offerta che, tuttavia, visto il rinvio fatto dal legislatore all'art. 110, si ritengono estendibili anche alla verifica della dichiarazione di equivalenza delle tutele di cui all'art. 11 d.lgs. n. 36 del 2023: a) la discrezionalità tecnica, caratterizzante il giudizio di anomalia e l'esame delle giustificazioni (e quindi anche la verifica della dichiarazione di equivalenza delle tutele), può essere sindacata dal giudice amministrativo solo se le valutazioni ad essa sottese siano abnormi, manifestamente irragionevoli, illogiche o affette da errori di fatto; b) il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della pubblica Amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non può procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, in quanto ciò costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della pubblica amministrazione (lo stesso dicasi pertanto anche per quanto riguarda il sindacato sulla verifica della dichiarazione di equivalenze delle tutele) (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 2 dicembre 2015 n. 5450; Cons. Stato, sez. IV, 26 febbraio 2015 n. 963; più di recente Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2019, n. 3502 che richiama Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2018 n. 2953; 24 agosto 2018 n. 5047; sez. III, 18 settembre 2018, n. 5444; sez. V, 23 gennaio 2018, n. 230; T.A.R. Piemonte, sez. I, 22 febbraio 2021, n. 178). È stato ulteriormente chiarito che: "...anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti, a dimostrazione della non anomalia della propria offerta, rientra nella discrezionalità tecnica della Pubblica amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidenti errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può esercitare il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello della Pubblica amministrazione"(Cons. Stato, sez. III, 20 novembre 2019, n. 7927). Più nello specifico, la giurisprudenza amministrativa ha espresso il principio secondo il quale, la valutazione favorevole sulle giustificazioni dell'offerta sospetta di anomalia risulta esaustivamente formulata sulla base di un giudizio sintetico, sol che sia apparentemente immune da palesi illogicità o travisamenti manifesti di fatto (T.A.R. Lazio, sez. II, 18 maggio 2020, n. 5230)."

13.10 Facendo applicazione delle predette coordinate ermeneutiche nel caso sottoposto all'attenzione del Collegio, si è visto, in primo luogo, che dalla comparazione dei due CCNL - ANINSEI E FISM - non risulta l'equivalenza delle tutele economiche tra di essi, mentre le censure articolate nel ricorso principale introduttivo del presente giudizio non sono in grado di inficiare la conclusione raggiunta dalla S.A. in termini di maggiori tutele offerte dal CCNL FISM anche sul versante normativo.

13.11 Complessivamente, pertanto, la valutazione, caratterizzata da ampia discrezionalità tecnica, operata dalla S.A. sulla equivalenza dei prefati CCNL non presenta carattere di irragionevolezza o di illogicità.

14. Inammissibile è, poi, il secondo mezzo gravame di cui al ricorso principale, che, invero, non investe alcuna clausola del Disciplinare di gara e, in particolare, l'art. 9, a mente del quale: "Ferma restando la necessaria armonizzazione con la propria organizzazione e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto, l'aggiudicatario del contratto di appalto è tenuto a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato nel contratto, assorbendo prioritariamente nel proprio organico il personale già operante alle dipendenze dell'aggiudicatario uscente, garantendo le stesse tutele del CCNL indicato al punto 3", cioè il CCNL FISM 2021-2023 DELLE SCUOLE DELL'INFANZIA E DEI SERVIZI EDUCATIVI, ma censura un asserito comportamento antisindacale della S.A., per modo che - come anche eccepito dalla Società controinteressata - si tratta di mezzo di gravame evidentemente: "irrilevante ai fini della legittimità dell'aggiudicazione" e comunque "inammissibile per difetto di legittimazione e", ancor prima, "di giurisdizione".

15. Anche i motivi aggiunti proposti il 22 dicembre 2024 dalla Società ricorrente principale avverso gli atti riportati in epigrafe sono infondati nel merito e vanno, pertanto, respinti.

15.1 Privo di pregio è il primo motivo di doglianza posto che, a fronte dei dettagliati elementi ricavabili dal contratto di avvalimento prodotto dalla Società controinteressata (nel quale sono state specificate, con l'indicazione nominativa, le figure professionali messe a disposizione dall'impresa ausiliaria, i relativi curricula, le prestazioni di ognuna di esse nelle attività di formazione e supervisione presso l'impresa ausiliata e il connesso impegno orario) è indubbio che esso presenti il contenuto necessario del contratto di avvalimento tecnico-operativo, nel quale, secondo consolidato indirizzo giurisprudenziale, i contraenti sono tenuti ad indicare con precisione i mezzi aziendali e il personale che l'impresa ausiliaria fornisce all'ausiliata per eseguire l'appalto.

15.2 Presentando innegabilmente questi elementi, del tutto destituita di fondamento deve, pertanto, reputarsi la pretesa della Società ricorrente principale di far discendere la nullità del contratto di avvalimento dalla mancata assunzione alle proprie dipendenze da parte dell'impresa aggiudicataria/ausiliata del personale "prestato" dall'impresa ausiliaria ("nessuno dei nominativi indicati dall'impresa ausiliaria risulta impiegato per l'esecuzione dell'appalto dalla IL DONO a seguito del

c.d. "cambio appalto"..per l'esecuzione dell'appalto"), trattandosi di elemento del tutto estraneo al contenuto proprio del contratto di avvalimento (sia pure "tecnico-operativo").

15.3 Oltretutto, la Società ausiliaria ha messo a disposizione della Società ausiliata personale dotato di specifica qualificazione professionale: 1 Media Educator (Matteo Poscheci); una Psicologa dell'età evolutiva (Morena Flamini, Coordinatrice); 1 psicologo psicoterapeuta specializzato in attività di supervisione e coordinamento dei servizi (Bona Elis); 1 educatore specializzato in attività laboratoriali (Saldutti Valentina); 1 educatore specializzato per l'intervento su minori con bisogni educativi speciali o specifiche difficoltà (Paris Laura), prevedendone un impiego non già continuativo (come nel caso degli educatori e degli ausiliari), ma circoscritto all'assolvimento di compiti peculiari di formazione/coordinamento/supervisione (per i quali sono previste competenze specialistiche non in possesso del personale dipendente dalla Società ausiliata), per un monte ore complessivamente assai modesto, per modo che è senz'altro incongruo pretendere l'assunzione da parte della medesima Società.

15.4 Anche il richiamo al nono comma dell'art. 104 del D. Lgs. n. 36/2023 operato dalla ricorrente principale si dimostra inesatto, essendo palese dal tenore della norma che le verifiche in ordine all'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento e al loro diretto ed effettivo impiego nell'appalto attengono alla fase posteriore dell'esecuzione e non possono quindi condizionare l'ammissione del concorrente (in questo senso, anche T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 20/10/2023, n. 5716).

16. Infondato è, altresì, il secondo mezzo di gravame articolato dalla Società ricorrente principale, secondo cui la S.A. avrebbe aggiudicato la gara di che trattasi alla seconda classificata omettendo l'indefettibile verifica sulla equivalenze delle tutele tra il CCNL delle COOPERATIVE SOCIALI da essa applicato e il CCNL FISM 2021-2023 indicato nella lex specialis di gara, risultando ex actis che, al contrario, il RUP (vedi relazione istruttoria Prot. (Omissis), peraltro, versata agli atti del giudizio dalla stessa ricorrente principale) ha effettuato una puntuale comparazione tra i predetti contratti, all'esito della quale ha concluso che: "Dall'esame comparativo dei principali istituti contrattuali - per come disciplinati, rispettivamente, dal CCNL FISM e dal CCNL COOPERATIVE SOCIALI, si evince oggettivamente, che il CCNL FISM prevede un trattamento maggiormente favorevole per quanto riguarda il contratto di apprendistato, le ferie ed i riposi compensativi, mentre il CCNL COOPERATIVE SOCIALI, a sua volta, prevede un trattamento un favorevole sotto il profilo della retribuzione e del welfare contrattuale. In considerazione di ciò, è pertanto possibile affermare che sussiste una sostanziale equivalenza delle tutele negoziali approntate dai due suddetti contratti, sicché risulta senz'altro rispettato il disposto di cui all'art. 11, comma 4, del D.Lgs. n. 36/2023. Per quanto sopra esposto, dunque, si propone l'aggiudicazione del contratto di cui trattasi alla Società Cooperativa IL DONO."



16.1 Del pari la determinazione di esclusione n. 55/2024 impugnata reca un prospetto riassuntivo (pp. 8-9), che mette a confronto (con particolare riguardo agli Educatori, cioè alla categoria professionale maggiormente rappresentata nell'esecuzione del servizio de quo) i trattamenti (economico e normativo) assicurati dai CCNL applicabili nello specifico settore dell'appalto (tra cui il CCNL delle COOPERATIVE SOCIALI), dal quale s'evince che il CCNL ANINSEI offre un trattamento deteriore non solo rispetto a FISM, ma anche a quello applicato dalla attuale aggiudicataria (COOPERATIVE SOCIALI).

17. Il ricorso incidentale "escludente" e i motivi a esso aggiunti proposti dalla Società controinteressata, alla stregua dell'esito del presente giudizio, sono divenuti improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse.

18. Per tutto quanto sopra illustrato, il ricorso principale introduttivo del giudizio deve essere respinto, al pari dei motivi aggiunti proposti il 23 dicembre 2024 dalla Società ricorrente principale (inclusa la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, di subentro e di risarcimento in forma specifica, stante l'acclarata insussistenza dell'illegittimità dell'azione amministrativa), mentre il ricorso incidentale "escludente" proposto dalla Società controinteressata il 4 gennaio 2025 e i motivi a essa aggiunti proposti il 7 gennaio 2025 vanno dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse.

19. Sussistono i presupposti di legge (avuto riguardo all'esito, alla complessità e all'assoluta novità di talune delle questioni giuridiche trattate) per giustificare l'integrale compensazione tra tutte le parti delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, integrato da motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, e sul ricorso incidentale proposto dalla Società controinteressata e dai motivi a esso aggiunti: - respinge il ricorso principale introduttivo del giudizio nei sensi di cui in motivazione; - respinge i motivi aggiunti proposti in corso di causa dalla Società ricorrente principale; - dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso incidentale e i motivi a esso aggiunti in corso di causa proposti dalla Società controinteressata. Spese compensate. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del giorno 7 maggio 2025 con l'intervento dei magistrati: Giuseppe Licheri, Presidente FF Vincenzo Caldarola, Referendario, Estensore Christian Corbi, Referendario Depositata in segreteria il 18 giu. 2025.