

Pubblicato il 01/10/2019

N. 02075/2019 REG.PROV.COLL.

N. 02862/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2862 del 2018, proposto da Società Cooperativa Culture e Vivaticket S.p.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Alfiero Farinea e Luigi Decio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luigi Decio in Milano, via Filippo Corridoni n. 11;

contro

Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Stefania Pagano, Emilio Luigi Pregnotato, Sara Pagliosa e Danilo Parvopasso, domiciliato in Milano, Via della Guastalla, 6;

nei confronti

Rear Soc. Coop., in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con M.I.D.A. Informatica S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Mauro Milan, con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata

mauromilan@pec.ordineavvocatorino.it;

M.I.D.A. Informatica S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione degli effetti:

- della determina dirigenziale del Direttore dell'Area Gare Beni e Servizi del Comune di Milano n. 159 del 14.11.2018, comunicata via pec in data 15.11.2018, nonché di detta comunicazione, con la quale è stato aggiudicato definitivamente l'appalto bandito dal Comune di Milano N.01/2018-C.I.G. 7391976391 a Cooperativa REAR (capogruppo mandataria) in raggruppamento temporaneo di impresa con M.I.D.A. Informatica S.r.l. (mandante) e sono stati approvati i verbali e i lavori svolti;
 - di tutti i verbali di gara della procedura dell'appalto bandito dal Comune di Milano N.01/2018-C.I.G. 7391976391 e dei verbali di verifica di congruità dell'offerta e dei costi della manodopera di REAR (capogruppo mandataria) in raggruppamento temporaneo di impresa con M.I.D.A. Informatica S.r.l. (mandante);
 - della Determina Dirigenziale n. 97/2018 dell'8.11.2018 dell'Area Valorizzazione Patrimonio Artistico e Sicurezza, risultante dalla determina di aggiudicazione definitiva, nella parte in cui il RUP ha attestato che l'offerta del costituendo RTI Cooperativa REAR (capogruppo mandataria)/ M.I.D.A. Informatica S.r.l. (mandante) “è nel suo complesso congrua ed ha giustificato i costi della manodopera indicati nella propria offerta (artt. 95/10 e 97 del Codice)” del conseguente giudizio di congruità di detta offerta e della mancata esclusione del costituendo RTI Cooperativa REAR (capogruppo mandataria)/ M.I.D.A. Informatica S.r.l. (mandante), nonché, per quanto occorrer possa, dei relativi verbali del RUP nn. 1, 2 e 3 ivi citati e non noti ai ricorrenti;
 - di ogni atto presupposto, connesso o conseguente;
- e per la declaratoria

di nullità e/o inefficacia e/o annullamento del contratto eventualmente *medio tempore* concluso all'esito dell'aggiudicazione impugnata, con condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno subito da parte ricorrente, in via principale, in forma specifica mediante adozione degli atti necessari all'affidamento a parte ricorrente dell'appalto *de quo*, anche eventualmente in via di subentro all'attuale aggiudicatario, ovvero, solo in subordine, per equivalente, mediante condanna al risarcimento del danno subito da parte ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Milano e di Rear Soc. Coop.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 maggio 2019 il dott. Oscar Marongiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Vivaticket S.p.A. (già Best Union Company S.p.A.) e Società Cooperativa Culture, premesso di avere partecipato alla gara indetta dal Comune di Milano per l'affidamento del servizio di gestione delle biglietterie dei Musei Civici, classificandosi al secondo posto, hanno impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, tra cui, in particolare, il provvedimento con cui il Comune ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto al RTI Cooperativa REAR (capogruppo mandataria)/M.I.D.A. Informatica S.r.l. (mandante).

Il ricorso è stato affidato ai seguenti motivi:

1) violazione di legge (art. 30, comma 4, e artt. 97, comma 5, e 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016); eccesso di potere per difetto di presupposto (a seguito di

incongruità dell'offerta); manifesta illogicità e difetto di presupposto; difetto di motivazione, violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990;

2) eccesso di potere per difetto di motivazione, violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990; eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità, difetto di presupposto e illegittimità derivata.

In estrema sintesi, secondo la prospettazione di parte ricorrente il RTI aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, per avere dichiarato di applicare un CCNL (segnatamente quello per i dipendenti da Istituti e Imprese di vigilanza privata e servizi fiduciari) non attinente al servizio di biglietteria dei Civici Musei posto a gara, in virtù del quale le controinteressate hanno potuto offrire un ribasso di gran lunga superiore rispetto alle offerte economiche presentate da tutte le altre partecipanti; inoltre, il provvedimento del RUP di valutazione della congruità e di verifica dei costi della manodopera sarebbe carente di motivazione.

Si sono costituiti il Comune di Milano e Rear Soc. Coop., chiedendo la reiezione del ricorso.

Alla camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2019 la Sezione ha respinto l'istanza cautelare.

In vista dell'udienza pubblica le parti hanno ribadito le proprie difese con memorie e memorie di replica.

Alla pubblica udienza del giorno 9 maggio 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è fondato; di seguito le motivazioni della sentenza, rese nella forma redazionale semplificata di cui al combinato disposto degli artt. 120, comma 6, e 74 c.p.a.

2.1. L'art. 30, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, come modificato dal cd. correttivo di cui al d.lgs. n. 56/2017, stabilisce che *“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 quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente".

2.2. L'art. 1.4 del Capitolato Speciale d'Appalto relativo alla gara di cui è causa indica le "PRESTAZIONI RICHIESTE" e prevede che *"Il servizio integrato di biglietteria, da erogarsi attraverso idonea piattaforma informatica comprensiva di software e hardware dedicato per tutte le postazioni individuate, si struttura nei seguenti servizi tra loro interconnessi:*

a. Biglietteria on-site (vendita biglietti in loco);

b. Biglietteria on-line;

c. Servizio assistenza ai clienti-live chat;

d. Servizi di riscossione;

e. Reportistica e profilazione dei visitatori;

f. Postazioni di lavoro, hardware e software;

g. Gestione e manutenzione software e hardware.

Le modalità di svolgimento dei suddetti servizi sono esplicitate ai successivi artt. 1.6 e 1.8".

2.3. Il RTI aggiudicatario ha dichiarato di applicare la sezione "Servizi Fiduciari" del CCNL per i dipendenti da Istituti e Imprese di Vigilanza Privata e Servizi Fiduciari, che, all'art. 1, elenca le attività cui si riferiscono i rapporti di lavoro disciplinati dal predetto contratto collettivo; in tale elenco – che non è tassativo, ma è esteso alle attività "affini" – sono comprese, tra le altre, le attività di "controllo degli accessi" agli immobili e la "regolazione del flusso di persone", quelle "di assistenza, di controllo e *safety* all'organizzazione di manifestazioni ed eventi", quelle "di segreteria e di *reception*, attività di gestione di centralini telefonici, attività di *front desk*" e le "attività di bigliettazione"; il successivo art. 6 della citata sezione del CCNL prevede, poi, – con un elenco avente mero valore

esemplificativo – che appartengono al Livello “D-Operatori” i lavoratori che svolgono, anche con l’utilizzo di mezzi informatici, attività, tra l’altro, “per la custodia, la sorveglianza e la fruizione di siti ed immobili”, “di gestione degli incassi e di riscossione delle contravvenzioni in genere e bollette”, “di controllo degli accessi, regolazione del flusso di persone e merci”, di “addetto all’assistenza, al controllo ed alle attività di *safety* in occasione di manifestazioni ed eventi”, ed ancora “attività tecnico-organizzative per la custodia, la sorveglianza e la regolazione della fruizione dei siti ed immobili”, nonché di *reception*, gestione dei centralini telefonici, *front desk*, gestione della corrispondenza, immissione dei dati.

2.4. Orbene, mettendo a confronto le prestazioni oggetto di gara e le mansioni elencate (pur se in maniera non tassativa) negli artt. 1 e 6 della sezione “Servizi Fiduciari” del CCNL Vigilanza Privata e Servizi Fiduciari applicato dal RTI Cooperativa REAR/M.I.D.A. Informatica S.r.l., ad avviso del Collegio emerge la mancanza di quella stretta connessione tra l’ambito di applicazione di detto contratto collettivo e le attività oggetto dell’appalto, prescritta – come visto – dall’art. 30, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016.

In particolare, la coerenza del contratto collettivo rispetto all’oggetto dell’appalto va esclusa nel caso di specie, atteso che il CCNL “Vigilanza Privata e Servizi Fiduciari” riguarda, rispettivamente, la vigilanza armata e non armata, e quindi si applica al personale cui viene richiesto di effettuare attività di vigilanza e custodia in senso stretto, mentre la procedura di gara riguarda l’affidamento del diverso servizio di gestione integrata delle attività di prenotazione, biglietteria inviti, accreditamenti ed accoglienza. Detto in altri termini, l’oggetto dell’appalto attiene all’accoglienza del pubblico in senso lato, mentre il CCNL “Servizi Fiduciari” attiene alla custodia e sorveglianza dei siti. Ne consegue che le declaratorie previste nel CCNL in esame risultano incongrue rispetto alle attività che i lavoratori saranno chiamati a svolgere nell’ambito dell’appalto, al quale si applicano in genere

il CCNL Multiservizi e quello per i dipendenti da aziende del terziario della distribuzione e dei servizi (in senso analogo v. T.A.R. Veneto, n. 704/2018 e n. 706/2018).

2.4.1. Né può seriamente postularsi che tale conclusione contrasti con il principio secondo cui non è consentito imporre alle imprese concorrenti l'applicazione di un determinato CCNL, desumibile dal già richiamato art. 30, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, ed anche dall'art. 36 della legge n. 300 del 1970, in quanto, se è vero che tale scelta rientra nelle prerogative imprenditoriali, è altrettanto vero che debba avvenire nel rispetto della coerenza del contratto con l'oggetto dell'appalto.

In altri termini, la scelta del contratto collettivo da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, con il limite però che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto (in termini C.d.S., Sez. V, n. 932/2017; id., n. 1901/2016; C.d.S., Sez. III, n. 589/2016); e si è in precedenza illustrato come il CCNL "Vigilanza Privata e Servizi Fiduciari" non sia coerente, per ambito tematico, *melius* per attinenza merceologica e/o teleologica, con l'appalto per la gestione integrata dei servizi di vendita e prevendita di titoli di ingresso, visite guidate, etc. nell'ambito del servizio di gestione dei musei civici del Comune di Milano.

2.4.2. Può dunque concludersi che la stazione appaltante ha illegittimamente omissso di rilevare l'inidoneità/impertinenza del CCNL per i servizi fiduciari indicato dalle controinteressate, come efficacemente evidenziato da parte ricorrente.

2.5. In ragione delle suesposte considerazioni, il ricorso è fondato e deve essere accolto, con assorbimento di ogni altra questione; ne consegue l'annullamento dei provvedimenti impugnati e, per l'effetto, l'obbligo per la stazione appaltante di riattivare la procedura di gara dalla fase immediatamente antecedente all'adozione degli stessi.

In questi termini, peraltro, deve intendersi soddisfatta in forma specifica la richiesta risarcitoria avanzata dalle ricorrenti.

2.6. Le spese del giudizio, liquidate come da dispositivo, seguono il criterio della soccombenza, come di norma.

P.Q.M.

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

Condanna in solido il Comune di Milano e Rear Soc. Coop. alla rifusione delle spese del giudizio in favore delle ricorrenti, liquidandole complessivamente in € 3000 (tremila/00), oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato, ove versato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Oscar Marongiu, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Oscar Marongiu

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO