

Pubblicato il 03/09/2018

N. 05356/2018 REG.PROV.COLL.  
N. 01638/2018 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 della Campania**

**(Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1638 del 2018, proposto da Confederazione Nazionale delle Misericordie D'Italia e Comitato Regionale Anpas Campania, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Claudio Frattolillo, Paolo Sanchini e Costanza Sanchini, con domicilio digitale: avvclaudiofrattolillo@pec.giuffre.it, paolo.sanchini@firenze.pecavvocati.it e costanza.sanchini@firenze.pecavvocati.it e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avv. Gianfranco Caggiano in Napoli, via Cervantes, 55/5;

*contro*

Asl Benevento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Augusto Chiosi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Giosuè Carducci, 61;

Direzione della U.O.C. Provveditorato - Economato della Asl di Benevento 1, non costituita in giudizio;

*per l'annullamento*

- della Deliberazione n. 158 del 15/03/2018, divenuta esecutiva in data 15/03/2018 e successivamente conosciuta, emessa dal Direttore Generale della ASL Benevento 1 avente ad oggetto: “Indizione Procedura aperta ai sensi del D.Lgs. 50/2016 per l'affidamento in appalto del servizio di soccorso e trasporto in fermi in emergenza 118. Importo a base d'asta euro 11.292.897,00= IVA - CIG:740721425D Immediata esecutività”;
- nonché della proposta di Deliberazione (a firma del Direttore della Direzione della U.O.C. Provveditorato-Economato della ASL di Benevento 1), di indire la procedura aperta “per l'affidamento del servizio di soccorso e trasporto in fermi in emergenza 118 per un periodo di ventiquattro mesi con possibile opzione per ulteriori dodici mesi, mediante indizione di Procedura aperta, ai sensi del D.Lgs. 50/2016, con aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, lettera a) del medesimo decreto legislativo”;
- oltre al Disciplinare di gara, il Capitolato Speciale, gli annessi allegati nonché il Bando di gara contenuti nella proposta approvata anche con particolare riferimento alla parte in cui si individua il personale adibito al servizio e le modalità operative dello stesso ed il suo costo;
- nonché all'avviso di indizione della procedura aperta ai sensi del D.Lgs. 50/2016 per l'affidamento in appalto del servizio di soccorso e trasporto in fermi in emergenza - 118, a firma del Dirigente Responsabile della U.O.C. Provveditorato-Economato della ASL Benevento;
- del provvedimento di estremi ignoti, ove esistente, con cui è stato effettuato il calcolo complessivo posto a base d'asta;
- dei modelli allegati per la domanda di partecipazione alla gara anche con particolare riferimento là ove viene previsto un importo (annuo a base d'asta e/o mensile della stessa) senza previamente indicare i criteri attraverso i quali la stazione appaltante è giunta all'individuazione di tali valori, e che risulta decisamente incongrua e fuori di ogni parametro riferibile al costo del personale;

- di tutti gli atti necessari, presupposti, connessi e conseguenti, ivi compresi quelli a carattere generale mai conosciuti o comunicati a chi ricorre;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ASL di Benevento;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 luglio 2018 la dott.ssa Gabriella Caprini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

I. Parte ricorrente, costituita da organizzazioni di volontariato in forma associativa, impugna, unitamente agli atti presupposti, la deliberazione avente ad oggetto “Indizione Procedura aperta ai sensi del d.lgs. 50/2016 per l'affidamento in appalto del servizio di soccorso e trasporto infermi in emergenza 118. Importo a base d'asta euro 11.292.897,00 + IVA”, lamentandosi, prioritariamente, della modalità seguita per l'assegnazione, ritenendo essere stata arbitrariamente omessa la procedura di affidamento diretto, e, quanto, poi, al contenuto prescrittivo, della incongruità del prezzo posto a base d'asta, giudicato insufficiente a coprire le spese per l'espletamento.

II. A sostegno del gravame deduce i seguenti motivi di ricorso:

a) violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 117 del 3.07.2017, della direttiva UE 24/2014, del d.lgs. n. 50/2016, degli artt. 2 e 118 della Costituzione, delle ll. n. 833/78, n. 266/91 e n. 241/90, dei principi espressi nella sentenza c-113/2013 (c.d. “Spezzino”) sull'affidamento del trasporto sanitario in emergenza e degli artt. 23, co. 16, 30 e 35 del d.lgs. n. 50 del 2016;

b) eccesso di potere per travisamento dei fatti, carenza dei criteri posti a base d'asta e di motivazione, contraddittorietà, illogicità manifesta, ingiustizia, irragionevolezza, sproporzionalità e inadeguatezza.

III. Si è costituita l'Azienda sanitaria intimata, eccependo, preliminarmente, l'inammissibilità del ricorso e concludendo, in subordine, per il suo rigetto.

IV. All'udienza pubblica del 17.07.2018, fissata per la trattazione, la causa è stata introitata per la decisione.

V. Occorre preliminarmente disattendere l'eccezione in rito sollevata dall'Amministrazione resistente.

V.1. Deduce l'Azienda sanitaria intimata l'inammissibilità del ricorso per mancata partecipazione della parte, attuale ricorrente, alla gara.

V.1.1. Richiama, in proposito, i recenti arresti della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, n. 4 del 26.04.2018, nella parte in cui la stessa enuncia i principi di diritto che seguono:

“le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugnate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura”.

Ritiene, pertanto, che, nel caso all'esame, non essendo censurati requisiti soggettivi con portata di clausole autoescludenti, suscettibili, in deroga alla predetta regola generale, di immediata impugnativa - tanto che altre due ditte avrebbero, invece, presentato domanda - l'attuale parte ricorrente, in assenza di partecipazione, non sarebbe legittimata ad impugnare alcuna clausola del bando.

V.1.2. L'eccezione è priva di pregio.

V.1.3. Orbene, come rettamente controdedotto da parte ricorrente, le plurime incongruenze, contraddittorietà e lacune della disciplina di gara censurate con il ricorso si traducono in altrettante clausole escludenti, rendendo impossibile, ai fini della partecipazione alla gara, la stessa formulazione dell'offerta secondo un calcolo di convenienza tecnica ed economica (Cons. di St., sez. V, 30.04.2018, n. 2602).

Sussistendo l'onere d'immediata impugnazione di clausole escludenti la legittimazione ad impugnare spetta indipendentemente dalla presentazione

della domanda di partecipazione alla procedura selettiva (Cons. di St., sez. V, 18.12.2017, n. 5943). Invero, nell'ipotesi di impugnazione di clausole escludenti, intese in senso lato, la domanda di partecipazione alla procedura non rileva ai fini dell'impugnazione perché l'impossibilità di parteciparvi fa emergere *ex se* una situazione giuridica differenziata e una lesione concreta e attuale (Con. di St., Ad. plen, 7 aprile 2011, n. 4).

La partecipazione, che comporta di per sé rilevanti oneri (accettazione di oneri spropositati e/o di una disciplina contrattuale contraddittoria e confusa) si renderebbe, infatti, del tutto inutile dal momento che le *chances* di aggiudicazione sarebbero, fin dall'inizio, inesistenti o estremamente limitate.

V.1.4. E' in questo medesimo senso che si è espressa la recente sentenza del Cons. di St. Ad. Plen., n. 4/2018, nella parte in cui, richiamando, senza discostandosene, la precedente decisione n. 9 del 25 febbraio 2014 ha precisato che:

- a) la regola generale è quella per cui soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnare l'esito della medesima, in quanto soltanto a quest'ultimo è riconoscibile una posizione differenziata; né quanto si afferma sulle regole di gara in via generale potrebbe essere in contrasto con l'assetto fondamentale della giustizia amministrativa;
- b) i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato;
- c) possono essere tuttavia enucleate alcune eccezioni a tale principio generale, individuandosi taluni casi in cui deve essere impugnato immediatamente il bando di gara, nonché particolari fattispecie in cui a tale impugnazione immediata deve ritenersi legittimato anche colui che non ha proposto la domanda di partecipazione. E in particolare qualora:
  - si contesti in radice l'indizione della gara;

- all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto;
- si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente "escludenti" quali le clausole che fissano in modo restrittivo i requisiti soggettivi di partecipazione o quelle che rendono impossibile la presentazione dell'offerta tecnica o di quella economica, dovendosi in tali ipotesi ritenersi legittimato alla contestazione giurisdizionale anche l'operatore che non ha proposto la domanda di partecipazione.

Tale statuizione, come ulteriormente specificato, altro non è che l'espressione dei principi generali in materia di condizioni dell'azione, desumibili dall'art. 24, co. 1°, della Costituzione ("tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi"), con riferimento al principio processuale codificato dall'art. 100 c.p.c. (e da intendersi richiamato nel processo amministrativo dall'art. 39, comma 1, c.p.a.) secondo cui "per proporre una domanda o per contraddire alla stessa essa è necessario avervi interesse", posto che:

- a) l'interesse ad agire è dato dal rapporto tra la situazione antiggiuridica che viene denunciata e il provvedimento che si domanda per porvi rimedio mediante l'applicazione del diritto, e questo rapporto deve consistere nella utilità del provvedimento, come mezzo per acquisire all'interesse leso la protezione accordata dal diritto (Cass. Civ., sez. III, 2 dicembre 1998, n. 12241);
- b) nel processo amministrativo l'interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti che qualificano l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015 n. 855; sez. IV, 20 ottobre 1997 n. 1210; Cass. civ., sez. un., 2 novembre 2007, n. 23031 secondo cui l'interesse a ricorrere

deve essere, non soltanto personale e diretto, ma anche attuale e concreto - e non ipotetico o virtuale- per fornire una prospettiva di vantaggio);

c) tali approdi appaiono coerenti con la funzione svolta dalle condizioni dell'azione nei processi di parte, innervati come sono dal principio della domanda e dal suo corollario rappresentato dal principio dispositivo;

d) il codice del processo amministrativo ha confermato e ribadito tale impostazione (art. 34, comma III, ed art. 35, comma I, lett, b e c).

V.1.5. In definitiva, sulla scorta di tali coordinate ricostruttive, qualora, come nel caso all'esame, ci si trovi al cospetto di "clausole del bando immediatamente escludenti" nel senso ampliativo attribuito a tale aggettivo dalla giurisprudenza, le stesse sono da impugnare immediatamente, eventualmente anche da parte di chi non ha proposto domanda partecipativa.

VI. Tanto specificato e passando all'esame del merito, il ricorso è fondato nei termini di seguito esplicitati.

VI.1. Infondato è il primo motivo di gravame, attinente alle modalità di indizione della procedura di gara, con il quale parte ricorrente censura il ricorso all'evidenza pubblica, sostenendo, di contro, che l'affidamento diretto del servizio di emergenza-urgenza mediante convenzione e non più mediante gara di appalto sia circostanza ormai consolidata con il supporto delle normative nazionali e di quella europea, oltre che dalla giurisprudenza delle Corti di Giustizia e degli Organi giudiziari.

VI.1.1. Richiama, riassuntivamente, quanto espresso dal T.A.R. Puglia, Lecce con la sentenza n. 32 pubblicata il 12.01.2018, nella parte in cui, con riferimento al codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117/2017), ha precisato che:

a) "l'articolo 57 detta una disciplina speciale per quanto concerne i servizi di trasporto sanitario di emergenza urgenza: in ragione della peculiarità del servizio, strettamente connesso alla tutela della salute della persona, si prevede che detti servizi possano costituire oggetto, in via prioritaria, di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato, in presenza di specifici requisiti e condizioni. Sotto il profilo soggettivo, la norma prevede un

rafforzamento dell'affidabilità, prescrivendo oltre al requisito dell'iscrizione da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, l'adesione ad una rete associativa”;

b) “in coerenza con i recenti orientamenti espressi dalla Corte di giustizia europea, l'affidamento diretto dei servizi in parola deve contribuire effettivamente al raggiungimento delle finalità sociali, sia diretto al soddisfacimento di finalità solidaristiche, e costituisca una scelta tutoria dell'economicità dell'azione amministrativa, più specificamente, di efficienza del bilancio. Inoltre i servizi devono essere effettuati solo a rimborso delle spese effettivamente sostenute, non potendo le organizzazioni affidatarie trarre alcun profitto dal servizio, né tantomeno procurarlo ai propri membri”;

c) “la previsione contenuta negli art. 142 e 143 del d.lgs. n. 50/2016, che recepisce la sopra menzionata direttiva n. 24/2014, nel disciplinare il particolare regime giuridico degli appalti nei servizi sociali, lascia impregiudicata la facoltà di affidare i servizi in parola attraverso modalità diverse, quali l'affidamento in convenzione, già presente nel nostro ordinamento con le richiamate disposizioni di cui all'art.7 della legge n. 266/1990 e all'art. 30 della legge n.383/2000”;

d) “il dettato dell'art. 57 indica chiaramente che l'art. 17, lett. h), d.lgs. 50/2016, non può essere letto nel senso della obbligatorietà della gara per l'affidamento dei servizi in questione, ma al contrario deve ritenersi oramai codificato il principio dell'affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza”;

e) “l'amministrazione, nell'affidamento del servizio in questione, potrà procedere attraverso un affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato valutando che il “raggiungimento delle finalità sociali, sia diretto al soddisfacimento di finalità solidaristiche, e costituisca una scelta tutoria dell'economicità dell'azione amministrativa, più specificamente, di efficienza del bilancio”.



VI.2. Orbene, nello specifico, si è precisato che “ai sensi dell’art. 17, comma 1, lett. h), del d.lgs. 50/2016, i “servizi di ambulanza”, identificabili con il codice “CPV 85143000-3”, rientrano tra i servizi che sono esclusi dalle disposizioni del codice. Da tale esclusione sono esplicitamente eccettuati “i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza”, i quali dunque restano assoggettati al sistema dell’evidenza pubblica.

La possibilità di affidare in convenzione diretta alle organizzazioni di volontariato i soli servizi di trasporto sanitario di “emergenza e urgenza” è stata prevista espressamente, a livello nazionale, dal Codice del Terzo Settore (art. 57 d.lgs. 117/2017).

I servizi di trasporto di persone in ambulanza, qualora di valore pari o superiore alla soglia comunitaria di 750.000,00 euro (art. 35 comma 1 lett. d)), ricadono nell’ambito della direttiva UE 24/2014 e del relativo Titolo III, dedicato ai particolari regimi di appalto: in specifico, gli artt. 74 e ss., indicano le disposizioni in tema di affidamento dei servizi di cui all’allegato XIV (ivi inclusi i servizi di ambulanza).

Nell’ambito del d.lgs. 50/2016 i servizi di ambulanza identificati con il CPV predetto, rientrano tra i servizi sanitari che, ai sensi degli artt. 140,142, 143 e 144 del codice, possono formare oggetto di appalti pubblici secondo il cd. “regime alleggerito” di cui all’art. 142 o secondo il sistema della gara “riservata” a determinate categorie di operatori no-profit, ai sensi dell’art. 143.

Le nuove disposizioni comunitarie e nazionali (art. 17 lettera h) del d.lgs. 50/2016) restringono l’area dell’affidamento diretto ai soli servizi di trasporto in ambulanza che possano definirsi di “emergenza” (Cons. di St., sez. III, 22.02.2018, n. 1139).

VI.2.1.Orbene, posto che, a norma del richiamato art. 143, comma 1, del d.lgs. n.50/2016, “le stazioni appaltanti possono riservare alle organizzazioni di cui al comma 2 il diritto di partecipare alle procedure per l’aggiudicazione di appalti pubblici esclusivamente per i servizi sanitari, sociali e culturali di cui

all'allegato IX", indubbiamente si configura, nella fattispecie, solo una facoltà riconosciuta alla stazione appaltante di affidare i servizi in parola attraverso modalità diverse dalle ordinarie procedure ad evidenza ovvero con convenzione, in base al richiamato disposto degli artt. 56 e 57 del Codice del terzo settore.

Tale normativa ha, quindi, sancito il principio secondo cui l'individuazione delle organizzazioni di volontariato cui affidare attività o servizi sociali di interesse generale possa (e non debba) avvenire anche mediante procedure comparative ristrette destinate a concludersi con apposite convenzioni da stipularsi coi soggetti individuati.

VI.2.2. Essendo, invece, il ricorso alla procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi regola generale, la sua applicazione non richiede alcuna particolare e specifica motivazione.

VII. Con il secondo motivo, parte ricorrente si duole dell'incongruità complessiva del prezzo posto a base di gara sia per l'esatta esecuzione delle prestazioni dedotte nel capitolato speciale per espletamento del servizio che per la complessiva sostenibilità dei costi del personale, tale da impedire la presentazione di una offerta seria, ponderata e, in ogni caso, in ribasso rispetto alla base d'asta.

VII.1. Il motivo è fondato.

VII.1.1. Ora, quanto il primo profilo:

a) nell'impugnato bando si è stabilito in € 11.292.897,00 oltre IVA, l'importo presunto dell'appalto per il triennio (incluso l'eventuale opzione per ulteriori dodici mesi), con un importo annuo a base di gara stimato in € 3.764.299,00 oltre IVA. Ciascun operatore economico avrebbe dovuto formulare, dunque, un ribasso sul predetto prezzo posto a base di gara;

b) per quanto attiene alle caratteristiche del servizio richiesto, l'impugnato capitolato speciale di gara prevede, in particolare, che: a. il trasporto di infermi in emergenza dell'ASL di Benevento debba essere garantito in 11 postazioni presenti su tutto il territorio della provincia di Benevento; b.

l'equipaggiamento sia formato da un'ambulanza per ogni postazione (oltre alla disponibilità di due mezzi sostitutivi) con un autista-soccorritore e un infermiere professionale con specifiche caratteristiche individuate dall'Allegato 3 al bando; c. il servizio trasporti infermi sia garantito per 24 ore su 24 e d. le ambulanze debbano essere nella disponibilità degli operatori economici, con le dotazioni individuate negli Allegati 1 e 2 del bando;

c) all'art. 8 del Capitolato, inoltre, alla voce "costo del servizio" viene riportata una tabella rappresentativa dei costi del servizio: il costo unitario annuo a base d'asta per ogni singola postazione, che prevede la operatività di una ambulanza, con equipaggio, composta da un autista soccorritore ed un infermiere, è definito in € 342.209,00, per un importo complessivo a base d'asta, per le 11 postazioni previste, pari a € 3.764.299,00.

VII.1.2. Tanto premesso, osserva, condivisibilmente parte ricorrente, al fine di dimostrare, sulla base della perizia del 11.04.2018, come l'importo posto a base di gara non consenta l'esatta esecuzione delle prestazioni che:

1. nel triennio precedente il servizio è stato eseguito sulla base del bando di gara indetto dalla stessa A.S.L. di Benevento pubblicato nella G.U.R.I. in data 25.02.2013, allegato, sempre con il medesimo equipaggiamento e personale, ma con importo annuo posto a base di gara di € 4.500.000,00.

1.1. Il gravato bando di gara, per i medesimi servizi resi nel triennio precedente, invece di preventivare un aumento dei costi per un adeguamento agli indici ISTAT, ha previsto una riduzione dei costi annui pari ad € 735.701,00 che, per la durata complessiva dell'appalto (3 anni + 12 mesi), ammontano a € 2.942.804,00;

2. il bando di gara relativo al triennio precedente a fronte di un importo annuo posto a base di gara di € 4.500.000,00, metteva a disposizione degli operatori economici per l'espletamento del servizio le ambulanze di proprietà della medesima ASL di Benevento.

2.1. Nell'impugnato bando di gara, invece, a fronte di un prezzo posto a base di gara assai inferiore rispetto a quello precedente si richiede agli operatori di

mettere a disposizione proprie ambulanze.

A tal proposito, non appare ultroneo sottolineare, come dedotto, che, per la determinazione dei costi del servizio ambulanze, si deve computare non solo il valore annuale del costo della disponibilità di una ambulanza h24 ma anche, più in generale, tutto quanto è collegato al suo funzionamento, tra cui il costo delle coperture assicurative, della manutenzione e della disponibilità di mezzi sostitutivi nonché dell'usura degli stessi veicoli, unitamente a tutti i protocolli di sanificazione e di mantenimento delle attrezzature e dei materiali di consumo all'interno dei mezzi che devono essere utilizzati. Tali voci non sono sopprimibili, essendo imposte dallo stesso capitolato speciale di appalto;

3. il gravato bando rispetto a quello precedente richiede la fornitura di infermieri per una ulteriore postazione (comportando, così, un ulteriore costo di 5 infermieri), per un totale di 11 posizioni;

4. è, infine, indicativo il confronto tra il prezzo posto a base di gara di € 3.764,299,00 e il costo oggi sostenuto dall'Asl di Benevento per la gestione di 10 postazioni e con ambulanze proprie, che è pari ad € 3.985.240,00.

VII.1.3. Secondo la perizia di parte, il costo annuale unitario necessario per garantire il servizio per ambulanza h. 24, “se riconsideriamo, infatti, le richieste del Capitolato, applicando i costi standard”, sarebbe complessivamente pari ad € 4.610.192,00”.

VII.1.4. Per quanto concerne, poi, nello specifico, la dedotta insostenibilità del costo del personale come preventivato nella determinazione dell'importo a base di gara in quanto nettamente inferiore a quanto previsto dai contratti collettivi nazionali, non appare ultroneo premettere che:

a) l'art. 30 d.lgs. n. 50/2016 prescrive che il valore economico dell'appalto debba essere adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza. Ed invero il comma 4 del richiamato articolo 30 statuisce che: “al personale impiegato nei lavori 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”.

Le suindicate disposizioni costituiscono principi generali, che trovano applicazione, così come chiarisce la previsione normativa, per tutti gli appalti e concessioni, a prescindere dunque dalla soglia di rilevanza comunitaria dell'appalto (art. 35);

b) l'art. 23, comma 16, del medesimo D.lgs. n.50/2016 prevede che:

1. “per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali”;

2. “nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto dal presente comma”.

VII.1.5. Ciò posto, osserva, parte ricorrente, non adeguatamente smentita sul punto, che:

1. l'ASL di Benevento, all'allegato 4, del bando di gara ha individuato, in virtù della clausola sociale prevista dall'art.11 del capitolato speciale, il numero degli infermieri da assumere con indicazione delle qualifiche e dei livelli di inquadramento sulla base del contratto applicato (Contratto Collettivo delle Misericordie);

2. in sede di elaborazione dei costi del personale (art. 8 del capitolato) non ha tenuto conto della predetta contrattazione collettiva e del livello di inquadramento richiesto, con una chiara violazione del CCNL Misericordie

come pure delle tabelle FIASO (Federazione Italiana Aziende Sanitarie e Ospedaliere), prodotte in giudizio.

All'uopo, è sufficiente sul punto confrontare il costo orario previsto in gara dall'A.S.L. con quello stabilito dal Contratto collettivo delle Misericordie:

a) come emerge nella perizia del 11.04.2018 il fabbisogno economico per soddisfare il costo del personale in applicazione del contratto collettivo delle Misericordie è di € 4.036.631,02, mentre le risorse economiche indicate nel gravato bando di gara ammontano ad € 3.401.299,00;

b) l'A.S.L. di Benevento ha determinato il costo orario dell'infermiere e dell'autista - soccorritore rispettivamente in euro 18,66 ed euro 16,63 e dunque in un costo inferiore rispetto a quanto previsto dai contratti collettivi delle Misericordie (euro 18,00 per l'autista soccorritore ed € 21,00 per l'infermiere), in evidente contraddittorietà con quanto dalla stessa previsto nel bando/capitolato.

Ne deriva, secondo la medesima perizia, l'insostenibilità della clausola sociale che "risulta inapplicabile in quanto non economicamente coperta dall'importo a base d'asta posto in gara" da qui "l'impossibilità di garantire il mantenimento dei livelli occupazionali ed economici in godimento attualmente al personale dipendente".

VII.2. Orbene, vero è che "il C.C.N.L. "Misericordie" non può costituire un vincolo assoluto per l'A.S.L., ciò nonostante esso rappresenta, senz'altro, un valido parametro per dimostrare l'incongruità del *budget* di spesa previsto".

VII.2.1. Tanto premesso, "non è seriamente sostenibile, secondo il Collegio, che l'intero spettro delle prestazioni lavorative, di carattere infermieristico-professionale, che l'ASL richiede alle associazioni volontarie concorrenti, stante l'ampiezza dell'oggetto dell'appalto, possa essere colmato con infermieri "volontari" (e, al contempo, "professionali", ovvero dotati delle necessarie competenze specialistiche, debitamente attestate), i quali accettino di essere "remunerati" con un poco più che simbolico, rimborso spese" (T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 27.02.2017 n. 351).

VII.2.2. Invero, dal 25 novembre 2015 non sono più possibili deroghe all'art. 7 del d.lgs. n. 66/2003 assumendo pieno valore senza limitazioni il disposto che riconosce ed impone il diritto del lavoratore infermiere professionale "ad 11 ore di riposo continuativo ogni 24 ore".

Ne consegue che, non essendo più concretamente possibile far svolgere l'attività del servizio ambulanze fornito dalle associazioni di volontariato esclusivamente o prevalentemente agli infermieri professionali dipendenti da strutture sanitarie, siano esse pubbliche che private, dovendosi rispettare il suddetto rapporto tra orario di lavoro, reperibilità e riposi, tale personale andrà necessariamente ricercato tra coloro che sono in cerca di un'attività lavorativa. Imprescindibile il dato che il servizio di infermiere professionale deve essere svolto da personale qualificato, a questo dovrà, quindi, essere applicato il contratto di lavoro dell'organizzazione che concorre alla gara e, in tal caso, il CCNL Misericordie.

Ora, dalla relazione peritale prodotta in giudizio si evince che, in applicazione del contratto collettivo nazionale dei dipendenti delle Misericordie, il costo ad ora lordo di un infermiere professionale è di € 21,00 (perviene alle medesime conclusioni, T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 13.12.2017, n. 5887).

VII.3. Sia nell'impugnata delibera a contrarre che nel bando di gara e nel capitolato speciale, non vi è, invece, traccia dell'iter logico-giuridico ed economico seguito dall'Amministrazione nella determinazione della stima dei costi dedotti all'art. 8 del capitolato, e in particolare, dei criteri di determinazione del costo del lavoro.

Ora, la determinazione del prezzo posto a base di gara non può prescindere da una verifica della reale congruità in relazione alle prestazioni e ai costi per l'esecuzione del servizio, ivi comprese le condizioni di lavoro che consentano ai concorrenti la presentazione di una proposta concreta e realistica, pena "intuibili carenze di effettività delle offerte e di efficacia dell'azione della Pubblica Amministrazione, oltre che di sensibili alterazioni della concorrenza

tra imprese” (T.A.R. Sicilia, Palermo, 18.03.2011, n. 2360), profili tutti giudizialmente scrutinabili.

Ed invero, “in un giudizio avverso il bando di gara, ... la misura del prezzo a base d'asta non implica una mera scelta di convenienza e opportunità, ma una valutazione alla stregua di cognizioni tecniche (andamento del mercato nel settore di cui trattasi, tecnologie che le ditte devono adoperare nell'espletamento dei servizi oggetto dell'appalto, numero di dipendenti che devono essere impiegati, rapporto qualità-prezzo per ogni servizio) sulla quale è possibile il sindacato del giudice amministrativo, con la precisazione che tale sindacato è limitato ai casi, *come nel caso di specie*, di complessiva inattendibilità delle operazioni e valutazioni tecniche operate dall'amministrazione, alla illogicità manifesta, alla disparità di trattamento, non potendo il giudizio, che il Tribunale compie, giungere alla determinazione del prezzo congruo” (T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 18.10.2011, n. 992 e 12.2.2016, n. 122; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 13.12.2017, n. 5887).

VII.3.1. Né risulta convincente quanto eccepito dall'Azienda resistente in sede difensiva che dichiara di avere fatto ricorso:

a) quanto al costo del servizio:

- al criterio della “spesa storica”: considerando gli estratti conto dei fornitori del servizio 118 e similari, fatturate nell'anno 2013, maggiorata del 4%, ritenuto plausibile, quanto alla sua capacità remunerativa;

- alla contabilizzazione presunta del rimborso per ammortamento dell'autoambulanza, assicurazione, carburante e imprevisti, per un totale di € 33.000,00 annue;

b) quanto al costo del personale:

- ai “valori tabellari annui della retribuzione ... tratti dalla Tab. 1 allegata all'Accordo ponte del 15.09.2010 CCNL AIOP” oltre che dal CCNL AIOP 2002- 2005,

- determinando un importo della paga oraria pari a, per l'autista B4: € 10,12 (o 10,25) e, per l'infermiere D: € 11,46 (o 11,63) e un costo complessivo del



personale dedicato per le ore richieste tra autisti e infermieri ammontante a complessivi € 309.209,00 per postazione che moltiplicato 11 postazioni previste corrisponde ad un totale del costo dei dipendenti pari ad € 3.401.299,00;

c) ad un costo a base d'asta di € 342.209,00 a postazione composto da € 309.209,00 per il personale ed € 33.000,00 per l'automezzo, valutato, più che congruo e soddisfacente (relazione prot. n. 56333 del 2.05.2018).

VII.3.2. Ritiene il Collegio di ravvisare nel ragionamento esposto due principali vizi di metodo, ravvisabili, in primo luogo, in un palese errore nei presupposti, avendo la difesa della stazione appaltante fatto riferimento, quanto al costo del personale, ai valori tabellari superati ascrivibili a Contrattazioni relative al periodo 2002-2005, al più integrato nel 2010, e, in secondo luogo, in un travisamento in diritto quanto alla tipologia di CCNL applicabile, sostenendo la stessa che, nel caso di specie, dovrebbe aversi riguardo non a quella delle Misericordie ma quella, meno onerosa, delle A.I.O.P., applicabile alle Aziende sanitarie.

VII.3.3. Richiamata per inciso la normativa di cui agli artt. 23 e 30 del d.lgs. n. 50/2016, secondo la quale, riassuntivamente, “al personale impiegato ... è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore ... e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa”, dato incontestabile è che la posizione di datore di lavoro, rilevante ai fini dell'individuazione della contrattazione collettiva applicabile al personale dipendente, viene assunta dal soggetto aggiudicatario.

Riconosciuta l'ascrivibilità anche delle associazioni di volontariato, quali soggetti autorizzati dall'ordinamento a prestare servizi e a svolgere, quindi, attività economiche, ancorché senza scopi di lucro, al novero dei soggetti ai quali possono essere affidati i contratti pubblici, è alla loro Contrattazione, in relazione all'oggetto sociale dichiarato e ove compatibile con le prestazioni di settore, che occorre fare riferimento.

VIII. In conclusione, il prezzo posto a base di gara, avuto precipuo riguardo all'istituzione delle postazioni e alle prestazioni e dotazioni richieste, non consente di garantire una corretta erogazione del servizio, discostandosi, peraltro, eccessivamente dal CCNL di riferimento tanto da non venire salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori -come stabilito in sede di contrattazione collettiva e previsto dall'artt. 30 e 23, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016-, aspetto quest'ultimo rilevante se non prevalente in ogni appalto di servizi, come quello all'esame.

VIII.1. Correlativamente il bando impedisce, nella sostanza, qualsiasi ragionevole possibilità di partecipazione, risultando economicamente insostenibile, con conseguente pregiudizio per una efficiente erogazione del servizio pubblico affidato, presentare offerte che siano assolutamente al di sotto del valore medio delle spese realmente sostenute.

IX. Sulla base delle sovra esposte considerazioni, il ricorso è meritevole di accoglimento.

X. Le spese di giudizio seguono la regola della soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'Azienda sanitaria resistente alla rifusione, in favore della parte ricorrente, delle spese di giudizio che liquida in € 3.000,00, oltre C.P.A. ed I.V.A..

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 17 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Diana Caminiti, Consigliere

Gabriella Caprini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Gabriella Caprini**

**IL PRESIDENTE**  
**Santino Scudeller**

**IL SEGRETARIO**