

Pubblicato il 05/01/2022

N. 00032/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00039/2021 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 il Veneto

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 39 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Corinna Fedeli, Stefano Vinti, Dario Capotorto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Veneto, non costituita in giudizio;

Azienda U.L.S.S. n. -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Chiara Cacciavillani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Strà, piazza Marconi n. 51;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Patrizia Stallone, Francesco Zaccone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della Deliberazione del Direttore Generale della ULSS -OMISSIS- della Regione Veneto n.-OMISSIS- dell'11 dicembre 2020, successivamente comunicata, nella parte in cui il servizio di trasporto sanitario ordinario di pazienti in ambulanza ed emodializzati nell'interesse dell'Azienda ULSS -OMISSIS- per i Distretto -OMISSIS-, per la durata complessiva di cinque anni è stato aggiudicato alla -OMISSIS- di -OMISSIS-, per l'importo complessivo quinquennale pari ad €. 4.787.871,00, iva 5% esclusa;
 - della nota Ulss -OMISSIS- - 2020 n. -OMISSIS- del 23/12/2020 con la quale è stata comunicata l'aggiudicazione de qua;
 - della Delibera del Direttore Generale n. -OMISSIS- del 18 giugno 2020, con la quale sono state ammesse le ditte concorrenti per il prosieguo della gara ed è stata nominata la Commissione per la valutazione delle offerte tecniche;
 - di tutti i verbali di gara ed in particolare del verbale del 7 luglio 2020, del 5 agosto 2020, del 10 settembre 2020, del 28 settembre 2020 nella parte in cui ammettono l'offerta della -OMISSIS- e ne valutano il contenuto attribuendo il relativo punteggio e ne dichiarano la validità, anziché escluderla;
 - del bando di gara, della lex specialis di gara e in particolare delle previsioni del disciplinare di gara se interpretati nel senso di consentire alla stazione appaltante di omettere completamente la verifica in ordine alla congruità dei costi della manodopera, come invero imposto dall'art. 95 comma 10 del D.lgs. n. 50/2016;
- nonché per la declaratoria di inefficacia dell'aggiudicazione definitiva e per la declaratoria di nullità ed inefficacia del contratto di appalto, inerente la gara sopraindicata, ove stipulato anche in corso di giudizio e conseguente subentro dell'odierna ricorrente;
- e per la conseguente condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, qualora non sia possibile il subentro in ragione del tempo decorso, per equivalente economico, nella misura che verrà indicata nel corso del giudizio e pari al mancato utile derivante dalla

commessa nella misura minima del 13% dell'importo a base di gara, o in via subordinata eventualmente parametrato alla perdita di chances, o nella diversa misura che verrà ritenuta di giustizia ai sensi e per gli effetti dell'art. 1226 c.c., oltre alle spese per la partecipazione alla procedura, rivalutazione ed interessi nella misura che verrà ritenuta di giustizia o in ogni caso con determinazione equitativa ai sensi e per gli effetti dell'art. 1226 c.c.;

nonché per l'annullamento ex art. 116 comma 2 del c.p.a.

- del silenzio serbato in ordine alla richiesta di accesso agli atti inviati dalla ricorrente alla stazione appaltante in data 15 dicembre 2020, nella quale si sono richiesti la documentazione amministrativa, tecnica ed economica nonché tutta la eventuale documentazione afferente alle verifiche di congruità del prezzo e sulla congruità del costo della manodopera, ed infine la documentazione relativa alla verifica del possesso dei requisiti dichiarati.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati il 19/3/2021:

- dei medesimi atti impugnati con il ricorso introduttivo, nelle parti in cui non hanno disposto l'esclusione della controinteressata -OMISSIS- ai sensi e per gli effetti dell'art. 80 comma 4, comma 5, comma 6 e comma 14 del d.lgs. n. 50/2016;

- della relazione tecnica integrale della -OMISSIS-, dalla quale risultano confermate le censure già sollevate con il ricorso introduttivo del giudizio;

- di ogni provvedimento successivo alla Delibera di aggiudicazione impugnata, di conferma di tale delibera e/o ogni provvedimento istruttorio successivo volto a verificare la permanenza del possesso dei requisiti di qualificazione sino al momento attuale, non conosciuto e comunque non esibito alla odierna ricorrente malgrado le richieste di accesso agli atti;

nonché per l'annullamento ex art. 116 comma 2 del CPA

- del provvedimento di rifiuto espresso dalla stazione appaltante con nota del 3 marzo 2021 con cui è stata rigettata la richiesta di accesso agli atti inviata dalla ricorrente in data 25 febbraio 2021, nella quale si sono richiesti i documenti non ancora ostesi ed in particolare la documentazione afferente

alla verifica di congruità del costo della manodopera e la verifica del possesso dei requisiti dichiarati dall'aggiudicataria;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati il 16/4/2021:

- dei medesimi atti impugnati con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti già depositati, nelle parti in cui non hanno disposto l'esclusione della controinteressata -OMISSIS- ai sensi e per gli effetti dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 e in particolare dei commi 3 e 5 del citato art. 80;
- del provvedimento con cui l'aggiudicazione definitiva è stata dichiarata efficace all'esito della verifica del possesso dei requisiti ex art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016 (non cognito);
- di ogni provvedimento successivo alla Delibera di aggiudicazione impugnata di conferma di tale delibera e/o ogni provvedimento istruttorio successivo volto a verificare la permanenza del possesso dei requisiti di qualificazione sino al momento attuale, non conosciuto e comunque non esibito alla odierna ricorrente malgrado le richieste di accesso agli atti;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati il 19/10/2021:

- della relazione redatta in data 12 agosto 2021 dal RUP della procedura in oggetto e denominata atto ricognitivo con la quale il RUP ha dichiarato "che l'offerta di -OMISSIS-, che in sede di gara non ha presentato alcun segnale di anomalia, sia corretta anche in esito ai chiarimenti forniti dall'aggiudicataria in corso di causa", depositata in giudizio dalla stazione appaltante in data 14 settembre 2021;
- di ogni atto istruttorio presupposto a tale relazione del RUP;
- della nota in data 2 marzo 2021 prot. -OMISSIS- con la quale la stazione appaltante ha richiesto chiarimenti in ordine alla composizione del prezzo offerto da -OMISSIS-, solo successivamente al provvedimento di aggiudicazione ed al ricorso proposto dalla ricorrente;
- delle giustificazioni prodotte da -OMISSIS- in data 4 marzo 2021 in risposta alla richiesta della stazione appaltante;

- della nota del 14 aprile 2021 prot.-OMISSIS-con la quale la stazione appaltante ha richiesto ulteriori chiarimenti sempre in ordine alla composizione del prezzo offerto, solo successivamente al provvedimento di aggiudicazione ed al ricorso proposto dalla odierna ricorrente;
 - della nota di riscontro della -OMISSIS-con allegata asseverazione redatta sul costo del lavoro e relativi allegati, trasmessa da -OMISSIS-alla stazione appaltante in data 7 maggio 2021 e successivamente depositata in giudizio;
 - della nota di chiarimenti di -OMISSIS-sulla questione di affidabilità morale e relativi allegati del 12 maggio 2021;
 - della deliberazione del Direttore Generale n. -OMISSIS- del 3 settembre 2021, con la quale è stato affidato un incarico legale per la verifica dei dati da produrre in giudizio in ottemperanza all'ordinanza n. -OMISSIS- e segnatamente per la verifica del costo della manodopera e alle verifiche effettuate circa la congruità di tali costi;
 - del parere reso dal Consulente esterno, di data e tenore sconosciuti;
 - dell'eventuale provvedimento, allo stato non conosciuto, inerente le valutazioni della stazione appaltante in ordine alla comprova dei requisiti generali dell'impresa -OMISSIS-;
 - nonché di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, anche nel frattempo intervenuto e al momento non conosciuto, ivi compreso espressamente il contratto di appalto eventualmente già stipulato con l'aggiudicataria;
- e per la declaratoria
- del diritto della ricorrente a conseguire il risarcimento in forma specifica mediante conseguimento dell'aggiudicazione e del relativo contratto d'appalto, ovvero mediante subentro nel contratto d'appalto eventualmente già stipulato con -OMISSIS-, previa dichiarazione di inefficacia del medesimo;
- e per la conseguente condanna
- della Stazione appaltante a disporre il risarcimento in forma specifica in favore della ricorrente nei termini sopra indicati;

nonché, in via subordinata, per l'accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente ad ottenere il risarcimento per equivalente, nell'ipotesi in cui non fosse possibile il risarcimento in forma specifica, con riserva di successiva quantificazione in corso di causa; e per la conseguente condanna della Stazione appaltante a disporre il risarcimento per equivalente in favore della ricorrente nei termini indicati nei precedenti scritti difensivi.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda U.L.S.S. n. -OMISSIS- e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2021 la dott.ssa Mara Spatuzzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con deliberazione del Direttore Generale n. -OMISSIS- del 26 novembre 2019 è stata indetta una procedura di gara aperta telematica su piattaforma Sintel, ai sensi dell'art. 60 del D.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento del servizio di trasporto sanitario ordinario di pazienti in ambulanza ed emodializzati nell'interesse dell'Azienda ULSS -OMISSIS-, per la durata complessiva di cinque anni, suddivisa in tre lotti funzionali: lotto n.1 - Distretto -OMISSIS-; lotto 2 - Distretto -OMISSIS-, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (qualità: max punti 70/100; prezzo: max punti 30/100), per l'importo complessivo dei tre lotti a base di gara stimato in € 13.494.145,00 (IVA esclusa). Il bando di gara è stato pubblicato il 24 dicembre 2019 e il termine di scadenza per la presentazione delle offerte è stato fissato al 10 febbraio 2020.

Per il lotto n. 2 in questione, hanno partecipato alla gara -OMISSIS- (di seguito -OMISSIS-), -OMISSIS- (di seguito-OMISSIS-), odierno ricorrente, e -OMISSIS-.

A seguito delle operazioni di gara, il direttore generale dell'Azienda -OMISSIS-, con delibera n.-OMISSIS- dell'11 dicembre 2020, ha approvato le risultanze della gara ed aggiudicato il Lotto 2 - Distretto -OMISSIS-- a -OMISSIS-, classificatasi prima in graduatoria con il punteggio totale di 89,28 (59,28 punti per la qualità e 30 punti per il prezzo).

2. Il-OMISSIS-, secondo in graduatoria con 87,68 punti (67,73 punti per la qualità e 19,95 punti per il prezzo), con il ricorso introduttivo ha impugnato l'aggiudicazione e gli atti presupposti, indicati in epigrafe, lamentandone l'illegittimità per i seguenti motivi:

I) Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 2 della legge n. 381 del novembre 1991 che disciplina le cooperative sociali ed in particolare il regime dei soci volontari. Eccesso di potere per travisamento dei fatti. Sviamento e difetto di istruttoria. Violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa. Violazione dei principi di par condicio. Eccesso di potere per irragionevolezza perplessità, illogicità, sviamento, falsi presupposti in fatto. Difetto assoluto di motivazione. Violazione e falsa applicazione della l. n. 241/1990.

La ricorrente evidenzia che -OMISSIS-, per quanto concerne il monte ore giornaliero, settimanale, mensile e annuale del personale impiegato, ha proposto per gli autisti un totale di ore annue pari a 29.283 volontari inclusi, e per gli assistenti al trasporto, volontari inclusi, un totale di ore 23.649 e tale programmazione oraria è stata valutata come rispondente in misura ottimale alle esigenze della stazione appaltante, che, pertanto, le ha attribuito il punteggio massimo per tale subcriterio (pari a 4 punti), se pure non era stato espresso il monte ore annuo del personale impiegato nella centrale operativa e nel coordinamento, come chiarito nel verbale.

La ricorrente, tanto premesso, lamenta che l'aggiudicataria, contrariamente a quanto imporrebbe la vigente normativa, ha previsto di impiegare, per

effettuare i servizi previsti dalla procedura di gara, e del tutto indifferentemente - ovvero senza alcuna indicazione o specificazione delle modalità di impiego - anche i propri volontari, che quindi vengono destinati ad effettuare le prestazioni dedotte in contratto anche in sostituzione degli addetti non volontari, senza che vi sia alcuna distinzione tra addetti remunerati e con regolare contratto e volontari. E ciò sarebbe in radicale contrasto con quanto imposto dall'art. 2 della legge n. 381/91 che disciplina le cooperative sociali, per cui -OMISSIS-avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara. L'aggiudicataria -OMISSIS-, infatti, è costituita nella forma di cooperativa sociale, e come tale soggetta alle disposizioni di natura specialistica della suindicata normativa, da integrare e coordinare con le disposizioni anche successive relative al c.d. **Terzo Settore** laddove compatibili. In particolare, l'articolo 2, al comma 5, della legge n.381 del 1991 dispone che: "Nella gestione dei servizi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera a), da effettuarsi in applicazione dei contratti stipulati con amministrazioni pubbliche, le prestazioni dei soci volontari possono essere utilizzate in misura complementare e non sostitutiva rispetto ai parametri di impiego di operatori professionali previsti dalle disposizioni vigenti". La ratio della norma sarebbe quella di evitare di inasprire nel settore della cooperazione sociale la concorrenza al ribasso sul costo del lavoro, rendendo più competitive quelle cooperative che facciano massivo utilizzo del volontariato, in modo da incentivare fenomeni di deprezzamento del valore del lavoro nel settore della cooperazione sociale. In questo modo, da un lato, verrebbe impedito che i soci volontari possano essere utilizzati per abbassare i costi nelle gare, a scapito della qualità del servizio; dall'altro, verrebbe valorizzata la loro funzione di animazione, di arricchimento del servizio, di sostegno dell'utente. Nella prestazione dei servizi in questione, sarebbe, quindi contrario alla predetta disposizione includere nel monte ore mensile, settimanale e giornaliero anche i soci volontari da utilizzare come autisti o assistenti al trasporto, indifferentemente rispetto ai cosiddetti operatori professionali. In

tal modo, infatti, i soci volontari verrebbero utilizzati in sostituzione degli altri addetti e non per effettuare “prestazioni di natura complementare” rispetto a quelle dedotte in contratto, che sarebbero quelle del tutto marginali rispetto alle attività dedotte nel contratto e che rappresentano una misura ridotta e residuale, come già chiarito la giurisprudenza di legittimità. Inoltre, aver inserito nel proprio organico per l'erogazione dei servizi dedotti in contratto anche i soci volontari in una misura certamente non marginale non avrebbe fatto altro che permettere a -OMISSIS-, con un escamotage vietato, un risparmio economico in capo alla cooperativa stessa, con violazione anche del principio di par condicio che deve presiedere alle procedure concorsuali. Pertanto, la violazione di norme imperative commessa dall'aggiudicataria determinerebbe l'illegittimità e nullità dell'offerta presentata in gara, con conseguente necessità di disporre l'esclusione della medesima;

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 comma 10 ultimo periodo del d. lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art.23 comma 16 del d.lgs. n. 50/2016 violazione e falsa applicazione degli artt. 12 e 15 del disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 comma 5 lett. d) e comma 6. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, sviamento e difetto di istruttoria. Violazione dei principi di buon andamento dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, sviamento e difetto di istruttoria. Violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per irragionevolezza, perplessità, illogicità, sviamento, falsi presupposti in fatto. Difetto assoluto di motivazione in ordine alla valutazione di congruità dei costi della manodopera.

Fermo quanto sopra, la ricorrente lamenta che la stazione appaltante non ha proceduto alla verifica di congruità del costo del lavoro, che era necessaria anche a prescindere da qualunque obbligo di sottoporre l'offerta economica a verifica di anomalia, considerata la particolare tipologia di appalto, nel quale i costi per la manodopera rappresentano la voce principale dell'intera remunerazione prevista; verifica che avrebbe dovuto essere svolta in maniera

vieppiù attenta dalla stazione appaltante, considerato anche il consistente ribasso offerto e l'utilizzo dei soci volontari, nella modalità sopra censurata.

Il-OMISSIS- ha anche presentato istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a. per l'accesso alla documentazione richiesta alla Stazione appaltante, riservandosi di proporre motivi aggiunti una volta ottenuto l'accesso alla documentazione, e ha chiesto, oltre all'annullamento degli atti di gara, di dichiarare inefficace e comunque nullo il contratto di appalto, qualora stipulato e disporre l'aggiudicazione dell'appalto a suo favore ovvero il subentro nel contratto (ove nelle more stipulato).

3. Con ordinanza n. 35 del 2021, l'istanza cautelare è stata respinta, ritenuto, quanto al periculum, di attribuire prevalenza all'interesse pubblico all'affidamento del servizio di trasporto in ambulanza in questione, tenuto conto, inoltre, della fissazione dell'udienza di merito alla data del 12 maggio 2021 e, comunque, della possibilità per la ricorrente di subentrare nel contratto in caso di eventuale accoglimento del ricorso, data la durata quinquennale del servizio oggetto di affidamento.

4. Il ricorrente-OMISSIS- ha, poi, depositato in giudizio, il 19 marzo 2021, ricorso per motivi aggiunti, con cui deduce il seguente motivo aggiunto di ricorso:

III) Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 comma 5 lett. c e c) bis) del d. lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 comma 4, nonché comma 6 e 14 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2049 c.c.. Violazione e falsa applicazione dei doveri di vigilanza. Violazione e falsa applicazione del principio di clare loqui. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del disciplinare di gara. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, sviamento e difetto di istruttoria. Violazione dei principi di buon andamento dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, sviamento e difetto di istruttoria. Violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per irragionevolezza, perplessità, illogicità, sviamento, falsi presupposti in fatto. Difetto assoluto di motivazione.

Con tale motivo aggiunto, parte ricorrente deduce, in sostanza, che la stazione appaltante non avrebbe valutato una serie di circostanze - come meglio specificate nel ricorso in cui si fa riferimento a notizie di stampa relative all'inchiesta in corso a -OMISSIS- sull'affidamento dei servizi di ambulanza e al procedimento penale in corso a -OMISSIS- nei confronti di un dipendente di -OMISSIS-, impiegato quale autista soccorritore del 118, cui sarebbe stata applicata la misura della custodia cautelare in carcere per i reati di cui 314 del codice penale -OMISSIS- e 648 -OMISSIS- - che avrebbero dovuto portare all'esclusione di -OMISSIS-, in applicazione delle norme citate in rubrica, considerato che, anche rispetto a condotte sopravvenute rispetto alla presentazione dell'offerta nella procedura di gara, sussisterebbe sempre, da un lato, l'onere per il concorrente di dichiarare fatti e circostanze idonee ad incidere sul possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 e, dall'altro, l'onere della Stazione appaltante di valutarle, come confermato anche dalle Linee Guida ANAC n. 6 al par. 2.1.2.3, co. 3. Nel caso di specie le vicende evidenziate da parte ricorrente non sarebbero state affatto valutate dalla stazione appaltante, con un evidente difetto di istruttoria, travisamento ed erroneità del provvedimento di aggiudicazione e dei provvedimenti ad esso successivi. Le stesse considerazioni varrebbero con riferimento ad una ulteriore circostanza, emersa in occasione della disamina della relazione del RUP in una procedura di gara analoga a quella in questione indetta dalla ULSS -OMISSIS-, da cui emergerebbe che -OMISSIS- avrebbe carichi pendenti sia definitivamente accertati che non definitivamente accertati con l'Agenzia delle Entrate.

La ricorrente ha, inoltre, presentato ulteriore istanza ex art. 116, comma 2, contro il differimento all'accesso per alcuni atti oppostogli dalla stazione appaltante "sino alla conclusione dei procedimenti in relazione ai quali è stato richiesto".

5. A seguito dell'ostensione della documentazione di gara trasmessa da parte della Stazione appaltante, la ricorrente ha depositato, in data 16 aprile 2021,

ulteriori motivi aggiunti, di seguito sinteticamente esposti:

IV) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 86, comma 2 lett. a) del d. lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 commi 1, 2 e 3, del d. lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dei doveri di vigilanza. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, sviamento e difetto di istruttoria. Violazione e falsa applicazione delle linee guida ANAC, n. 6 (vincolanti). Violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa.*

Con tale motivo, la ricorrente lamenta, in sostanza, che la stazione appaltante avrebbe illegittimamente omesso di espletare i doverosi controlli sugli amministratori di -OMISSIS-, inclusi quelli cessati dalla carica nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando di gara, incorrendo così nella violazione dell'art. 86, comma 2, lett. a) e dell'art. 80, comma 3 del D.Lgs. n. 50/2016. In particolare, dalla documentazione ostesa all'odierna ricorrente emergerebbe anzitutto che l'unica interrogazione rivolta al competente ufficio del casellario giudiziale avrebbe avuto ad oggetto esclusivamente le sanzioni amministrative dipendenti da reato e non anche il complesso delle fattispecie delittuose enucleate ai sensi dell'art. 80, comma 1, D. Lgs. n. 50/2016; inoltre, la suddetta interrogazione non sarebbe stata condotta nei confronti di tutti i soggetti rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016;

V) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 comma 5 lett. c) e lett. c-bis) del d. lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 comma 3, violazione e falsa applicazione dell'art. 80 comma 6, d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 comma 10 bis, d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 108 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dei doveri di vigilanza. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, sviamento e difetto di istruttoria. Violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa.*

La stazione appaltante avrebbe disposto l'aggiudicazione in favore di -OMISSIS-in violazione dell'art. 80, comma 5, lett c) D.Lgs. n. 50/2016, avendo omesso di considerare le vicende occorse nei confronti di uno dei rappresentanti legali della società, idonee a incidere sull'affidabilità e

sull'integrità professionale dell'aggiudicataria, e, in particolare, le vicende relative al Sig. -OMISSIS-, come meglio specificate nel ricorso, cui si rinvia (emissione dell'ordinanza di applicazione della misura cautelare degli arresti domiciliari, disposta nell'ambito di un'inchiesta relativa all'esecuzione dell'appalto per l'affidamento del servizio di trasporto in autoambulanza indetto dalla ASL -OMISSIS- e aggiudicato alla -OMISSIS-nel 2012) che, sebbene formalmente cessato dalla carica di Presidente del consiglio di amministrazione, risulterebbe ancora titolare di incarichi con funzioni direttive, in grado di impegnare e rappresentare la società nei rapporti con i terzi (in data 9 febbraio 2021 è stato incaricato, in qualità di Direttore Amministrativo, di rappresentare la società nell'incontro con le OO.SS tenutosi proprio per discutere e conoscere le tempistiche e le modalità di avvio dell'appalto in oggetto). Nonostante la molteplicità di episodi e la concordanza di gravi indizi di scarsa affidabilità, la stazione appaltante non avrebbe condotto alcuna verifica, mentre, anche rispetto a notizie sopravvenute in un momento successivo alla presentazione dell'offerta nella procedura di gara, sussisterebbe sempre, da un lato, l'onere per il concorrente di dichiarare fatti e circostanze idonee ad incidere sul possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 e, dall'altro, ai sensi dell'art. 80, comma 6 del D.lgs. n. 50/2016, l'onere della stazione appaltante di valutarle, dovendo il possesso integrale dei requisiti di qualificazione dichiarati nella procedura di gara essere mantenuto per tutta la durata dell'appalto. E, comunque, il provvedimento di aggiudicazione andrebbe annullato anche perché disposto in favore di un operatore economico che avrebbe dovuto essere escluso per non aver adempiuto agli obblighi dichiarativi su di esso incombenti ai sensi dell'art. 80 comma 5, lett. c-bis) del d.lgs. n. 50/2016.

6. Con ordinanza n. -OMISSIS- del 2021, il collegio, considerato il deposito del secondo ricorso per motivi aggiunti e la fissazione al 26 maggio 2021 della camera di consiglio per la trattazione dell'ulteriore istanza di accesso ex art. 116, comma 2, c.p.a., ha rinviato l'udienza, originariamente fissata al 12

maggio 2021, per la trattazione di merito del ricorso, come integrato da motivi aggiunti, alla data del 6 ottobre 2021.

7. Con ordinanza n. -OMISSIS- del 2021, il collegio, considerata la richiesta di rinvio della trattazione della causa depositata da parte ricorrente, confermata anche in sede di udienza del 6 ottobre 2021, in ragione della necessità di proporre motivi aggiunti con riferimento alla relazione del RUP depositata in giudizio il 14 settembre 2021, ha disposto il rinvio della trattazione della causa alla pubblica udienza del 15 dicembre 2021.

8. Parte ricorrente, ha, quindi, notificato alle controparti ulteriori motivi aggiunti, depositati il 19 ottobre 2021, di seguito sinteticamente esposti:

VI) *Violazione e falsa applicazione della lex di gara ed in particolare dell'art. 12 e 15 del disciplinare di gara in merito all'anomalia dell'offerta ed alla vincolatività della stessa. Violazione e falsa applicazione degli artt. 97 comma 5 lett. d) e comma 6 e seguenti del codice dei contratti d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 comma 10 del d. lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 comma 4 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 23 comma 16 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art 6 del capitolato d'onori. Violazione e falsa applicazione art. 3 e 6 l. n. 241/1990. Difetto e contraddittorietà della motivazione. Eccesso di potere per inattendibilità delle valutazioni tecniche espletate. Eccesso di potere per difetto di istruttoria in relazione alla valutazione delle giustificazioni prodotte. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 2 della legge n. 381 del novembre 1991 che disciplina le cooperative sociali ed in particolare il regime dei soci volontari. Violazione e falsa applicazione dell'art. 13 e 13 comma 2 bis del d.lgs. n. 112/2017. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, sviamento e difetto di istruttoria. Violazione dei principi di buon andamento dell'azione amministrativa. Difetto assoluto di motivazione in ordine alla valutazione di congruità dei costi della manodopera. Irragionevolezza e illogicità del giudizio di congruità espresso dal responsabile unico del procedimento. Eccesso di potere per violazione dei principi generali di par condicio, trasparenza, concorrenzialità e buona amministrazione.*

Parte ricorrente lamenta che già nel ricorso introduttivo aveva eccepito la completa omissione delle verifiche sulla congruità del costo della manodopera, mentre solo a seguito della notifica del ricorso introduttivo e in un momento successivo rispetto al provvedimento di aggiudicazione impugnato, e dunque illegittimamente, la stazione appaltante ha provveduto alla verifica di congruità e ad adottare quello che viene denominato “atto ricognitivo” (e non si comprenderebbe ricognitivo di quali elementi), a cura del Responsabile del Procedimento, e ciò comproverebbe l’illegittimità del provvedimento di aggiudicazione impugnato, visto il mancato rispetto della disposizione di cui all’art. 95 comma 10 del d.lgs. n. 50/2016, che obbliga le stazioni appaltanti a procedere ad una attività di verifica, di carattere sostanziale e non meramente formale, prima di pronunciare il provvedimento di aggiudicazione in favore del soggetto risultato primo nella graduatoria, e non in un momento successivo, quando l’aggiudicazione è già intervenuta e si è in una fase procedimentale ben diversa e successiva. In ogni caso, pur volendo tralasciare le modalità procedimentali di conduzione di tale istruttoria, parte ricorrente lamenta che la valutazione di congruità del costo del lavoro da parte del RUP sarebbe palesemente illogica e incongrua per una serie di regioni dettagliate nel ricorso per motivi aggiunti, cui si rinvia (in sintesi: palese sottostima del costo del lavoro per le figure dell’autista soccorritore e dell’operatore socio sanitario, in quanto -OMISSIS- ha dichiarato di applicare per il calcolo del costo orario le tabelle ministeriali del Contratto Collettivo Nazionale Cooperative del settore socio sanitario relative al mese di maggio 2013, ben sette anni prima della pubblicazione della presente procedura di gara, mentre avrebbe dovuto applicare il vigente Contratto Collettivo dei lavoratori delle cooperative socio sanitario assistenziale rinnovato in data 28 marzo 2019 ed efficace al momento della pubblicazione del bando di gara e della presentazione della relativa offerta; palese sottostima del costo orario del centralinista per il quale -OMISSIS- ha applicato il Collettivo Nazionale CISAL, Livello inquadramento D 1, relativo

al personale non medico delle case di cura, invece del Contratto Collettivo dei lavoratori delle cooperative del settore socio sanitario assistenziale sottoscritto in data 28 marzo 2019 dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; mancato conteggio delle ore medie annue per le c.d. pause videoterminale; utilizzo di un tasso di assenteismo più basso di quello delle Tabelle (2,50%) senza aver fornito alcun documento ufficiale a comprova delle proprie affermazioni).

Si ribadisce, inoltre, che anche nelle giustificazioni -OMISSIS-ha dichiarato che, sia per la figura dell'autista soccorritore che per la figura dell'operatore socio sanitario, avrebbe utilizzato personale volontario (dunque non retribuito) per una percentuale pari al 32% corrispondenti a 9.371 ore per l'autista soccorritore ed a 7.558 ore per l'operatore socio sanitario, confermando che il personale volontario non viene utilizzato per attività complementari o integrative ma per la composizione del monte ore totale delle attività principali di cui è composto l'appalto, in violazione della disciplina di settore.

VII) Eccesso di potere per difetto di istruttoria in relazione alla valutazione del possesso dei requisiti generali di qualificazione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 comma 2, 3, 5 e 10 bis del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione delle linee guida ANAC n. 6. eccesso di potere per travisamento dei fatti, sviamento e difetto di istruttoria. eccesso di potere per violazione dei principi di buon andamento, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa. Eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche. violazione e falsa applicazione dei principi di imparzialità dell'azione amministrativa. Difetto assoluto di motivazione in ordine alla valutazione dei requisiti generali di qualificazione della -OMISSIS-. violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990 in combinato disposto con l'art. 30, comma 8, d.lgs. n. 50/2016.

Parte ricorrente lamenta che il provvedimento del RUP denominato "atto ricognitivo", che sembrerebbe chiudere l'istruttoria avviata dalla stazione appaltante a seguito della notifica del ricorso introduttivo e dei successivi motivi aggiunti, sarebbe illegittimo in considerazione di un evidente difetto di

istruttoria relativo alla totale omissione di qualunque valutazione in ordine al possesso, da parte di -OMISSIS-dei requisiti generali di qualificazione: la stazione appaltante, a seguito delle numerose iniziative giurisdizionali intraprese da parte ricorrente, si sarebbe limitata a depositare la documentazione costituente l'istruttoria condotta in ordine all'accertamento del possesso dei requisiti di idoneità generale senza tuttavia, nel provvedimento finale del RUP, dare conto, con adeguata motivazione, delle risultanze dell'istruttoria condotta, nonché delle ragioni poste a fondamento del superamento di ogni perplessità proprio in ordine al possesso di tali requisiti.

9. Si è costituita in giudizio la stazione appaltante, che, richiamando il sistema di accreditamento di cui alla l.r. n. 26 del 2012 e alla d.g.r. n. 1515 del 2015 e il sistema della lex di gara, che sarebbe di essa attuativa, ha eccepito l'inaammissibilità del primo motivo di ricorso per mancata impugnazione degli atti presupposti che avrebbero integralmente conformato (per il profilo integrante thema decidendum) l'atto di aggiudicazione; e ha contrastato nel merito le avverse pretese chiedendo la reiezione del ricorso.

10. Si è costituita in giudizio la controinteressata aggiudicataria -OMISSIS-, che ha eccepito l'inaammissibilità delle doglianze di cui al primo motivo di ricorso, in quanto parte ricorrente non avrebbe espressamente impugnato le prescrizioni della lex di gara che prevedevano la possibilità di utilizzare anche i soci volontari (capitolato e chiarimento in risposta al quesito n. 12 dove si è detto che "la percentuale massima di utilizzo del personale volontario rispetto al totale del personale impiegato è del 32,7%"); e ha contrastato nel merito le avverse pretese chiedendo la reiezione del ricorso.

11. La stazione appaltante e la controinteressata, in vista dell'udienza di merito, hanno depositato ulteriori memorie, argomentando per il rigetto del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti, cui ha replicato parte ricorrente, insistendo nelle sue pretese.

12. All'udienza pubblica del 15 dicembre 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In primo luogo, si dà atto della sopravvenuta carenza di interesse alla decisione della domanda di accesso in corso di causa ex art. 116, comma 2, a seguito del deposito dei documenti nel corso del presente giudizio da parte della stazione appaltante.

2. Passando all'esame del ricorso, ammissibili e fondate, nei termini che seguono, sono le censure con cui il-OMISSIS- lamenta, in sostanza, che l'aggiudicataria, contrariamente a quanto disposto dall'art. 2 della legge n. 381/91 e in violazione dei principi ispiratori delle cooperative sociali e del principio di par condicio delle procedure di gara, ha previsto di impiegare, per effettuare tutti i servizi previsti dalla procedura di gara, e del tutto indifferentemente - ovvero senza alcuna indicazione o specificazione delle modalità di impiego - anche i propri volontari, che quindi vengono destinati ad effettuare le prestazioni dedotte in contratto anche in sostituzione degli addetti non volontari, senza che vi sia alcuna distinzione tra addetti remunerati e con regolare contratto e volontari, e ciò per un numero di ore rilevante, che non può essere considerato marginale e complementare, per cui l'offerta andava esclusa.

Si rileva, infatti, che il richiamo da parte della lex di gara ai requisiti professionali stabiliti dalla delibera della Giunta Regionale n. 1515/2015 e il riferimento alla possibilità di utilizzo di volontari (in particolare, il capitolato prestazionale all'art. 4, nella parte relativa alla "*COMPOSIZIONE DEGLI EQUIPAGGI*") prevede che "*L'Operatore Economico dovrà assicurare il servizio:- nel trasporto con ambulanza di tipo B (trasporti ordinari) con la presenza a bordo dell'equipaggio previsto dall'allegato A alla DGR n. 1515/2015 con le abilitazioni e le competenze previste per la specifica attività (Operatore Socio Sanitario - OSS, volontario soccorritore);- nel trasporto per trattamento dialitico con pulmino attrezzato con la presenza minima a bordo dell'autista. In ogni caso, tutto il personale di accompagnamento nei servizi*

di trasporto con ambulanza dovrà essere in possesso del certificato BLSD, compreso l'autista", e anche il capitolato d'oneri all'art. 7 si limita a dire che *“le figure professionali richieste per l'espletamento dei servizi del presente appalto sono: - Autista-soccorritore esperto certificato BLSD; - Soccorritore con le abilitazioni e le competenze previste per la specifica attività, come previsto dalla DGR 1515/15 (OSS, volontario soccorritore)”*) non possano essere intesi come una espressa deroga alla specifica disciplina di legge che regola le cooperative sociali, né, considerata la formulazione del disciplinare e del capitolato, a tal fine può valere quanto indicato nel chiarimento n. 12, considerato che per costante giurisprudenza, i *“chiarimenti”* resi in sede di gara possono avere la mera funzione di illustrare le regole già formate e predisposte dalla disciplina di gara, senza poter invece incidervi, modificando o integrando le condizioni di gara (cfr., in tale senso, C.d.S., VI, 2 marzo 2017, n. 978; III, 13 gennaio 2016, n. 74; III, 20 aprile 2015, n. 1993; VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; V, 31 ottobre 2012, n. 5570; cfr. anche c.d.S., sent. n. 4441 del 2015, secondo cui *“in tema di gare d'appalto le uniche fonti della procedura sono costituite dal bando di gara, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati: ne consegue che i chiarimenti auto-interpretativi della stazione appaltante non possono né modificarle, né integrarle, non assumendo dunque alcun carattere vincolante per la Commissione giudicatrice...”*).

Né, come vorrebbe la stazione appaltante, il solo fatto che la Regione Veneto abbia individuato i requisiti per lo svolgimento dell'attività di soccorso in ambulanza, poi richiamati negli atti di gara in questione, può comportare l'inapplicabilità delle disposizioni di cui alla legge n. 381 del 1991 che disciplina lo specifico settore delle cooperative sociali, dettando le regole generali applicabili alle stesse, e, in particolare dell'articolo 2 della medesima legge.

Ed infatti, va in primo luogo sottolineato che la disciplina di cui alla legge n. 381 del 1991 è disciplina tutt'ora in vigore, come emerge dalla lettura delle disposizioni di cui al d.lgs. n.112 del 2017, che, all'art. 1 comma 4, prevede

che “4. Le cooperative sociali ed i loro consorzi di cui alla legge 8 novembre 1991 n. 381, acquisiscono di diritto la qualifica di imprese sociali. Alle cooperative sociali ed ai loro consorzi, le disposizioni del presente decreto si applicano nel rispetto della normativa specifica delle cooperative ed in quanto compatibili, fermo restando l’ambito di attività di cui all’articolo 1 della citata legge n. 381 del 1991”, e di cui al d.lgs. n. 117 del 2017, Codice del **Terzo Settore**, che all’art. art. 40 testualmente dispone: “1. Le imprese sociali sono disciplinate dal decreto legislativo recante revisione della disciplina in materia di impresa sociale, di cui all'articolo 1, comma 2, lettera c), della legge 6 giugno 2016, n. 106. 2. Le cooperative sociali e i loro consorzi sono disciplinati dalla legge 8 novembre 1991, n. 381” e, all’articolo 3, comma 1, che “1. Le disposizioni del presente Codice si applicano, ove non derogate ed in quanto compatibili, anche alle categorie di enti del **Terzo settore** che hanno una disciplina particolare”.

Per cui, le specifiche norme sulle cooperative sociali continuano ad applicarsi anche dopo l’entrata in vigore del d.lgs. n. 112 del 2017, sulle imprese sociali, e del d.lgs. n.117 del 2017, recante Codice del **Terzo Settore**, come riconosciuto dall’ordinanza del Consiglio di Stato n. 536 del 2021 (“... Venendo specificamente alle cooperative sociali - che, come visto, l’art. 4 del d.lgs. n. 117/2017 ricomprende tra gli enti del **Terzo settore** - la disciplina di esse si ritrova nella l. 8 novembre 1991, n. 381 ("Disciplina delle cooperative sociali"), la quale è stata fatta salva dal Codice del **Terzo settore**. Questo, infatti, ha previsto che le cooperative sociali restino disciplinate dalla l. n. 381/1991 (art. 40), aggiungendo che le disposizioni del medesimo Codice si applicano agli enti del **Terzo settore** oggetto di una disciplina speciale solo in quanto compatibili e non derogate da tale disciplina (art. 3, comma 1)).

Orbene, la legge n. 381 del 1991, “Disciplina delle cooperative sociali”, all’art. 1 prevede che: “1. Le cooperative sociali hanno lo scopo di perseguire l’interesse generale della comunità alla promozione umana e all’integrazione sociale dei cittadini attraverso:

a) la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi, incluse le attività di cui all'articolo 2, comma 1, lettere a), b), c), d), l), e p), del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112;

b) lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

2. Si applicano alle cooperative sociali, in quanto compatibili con la presente legge, le norme relative al settore in cui le cooperative stesse operano...”; e all’art. 2 stabilisce che: “1. Oltre ai soci previsti dalla normativa vigente, gli statuti delle cooperative sociali possono prevedere la presenza di soci volontari che prestino la loro attività gratuitamente.

2. I soci volontari sono iscritti in un'apposita sezione del libro dei soci. Il loro numero non può superare la metà del numero complessivo dei soci.

3. Ai soci volontari non si applicano i contratti collettivi e le norme di legge in materia di lavoro subordinato ed autonomo, ad eccezione delle norme in materia di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, con proprio decreto, determina l'importo della retribuzione da assumere a base del calcolo dei premi e delle prestazioni relative.

4. Ai soci volontari può essere corrisposto soltanto il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate, sulla base di parametri stabiliti dalla cooperativa sociale per la totalità dei soci.

5. Nella gestione dei servizi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera a), da effettuarsi in applicazione dei contratti stipulati con amministrazioni pubbliche, le prestazioni dei soci volontari possono essere utilizzate in misura complementare e non sostitutiva rispetto ai parametri di impiego di operatori professionali previsti dalle disposizioni vigenti. Le prestazioni dei soci volontari non concorrono alla determinazione dei costi di servizio, fatta eccezione per gli oneri connessi all'applicazione dei commi 3 e 4.”.

La normativa che regola le cooperative sociali, quindi, nell’ambito del quadro regolatorio previsto per i volontari delle cooperative sociali, espressamente

prevede al comma 5 dell'articolo 2 citato, che: “Nella gestione dei servizi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera a), da effettuarsi in applicazione dei contratti stipulati con amministrazioni pubbliche, le prestazioni dei soci volontari possono essere utilizzate in misura complementare e non sostitutiva rispetto ai parametri di impiego di operatori professionali previsti dalle disposizioni vigenti”. In questo modo, da un lato, viene impedito che i soci volontari possano essere utilizzati per abbassare i costi nelle gare, a scapito della qualità e professionalità del servizio; dall'altro, viene valorizzata la funzione dei volontari di arricchimento del servizio e di sostegno all'utenza.

E tali disposizioni sulle cooperative sociali e sull'utilizzo dei volontari da parte delle stesse, non appaiono derogate né dalla legge regionale del Veneto n. 26 del 2012 né dalla delibera di giunta regionale n. 1515 del 2015, che operano su di un piano diverso e si occupano della diversa questione dei requisiti per l'accreditamento dei soggetti per l'attività di soccorso e trasporto sanitario e dei requisiti formativi e professionali che devono possedere gli addetti per poter svolgere un determinato servizio. Una diversa interpretazione, del resto, porterebbe, di fatto, all'abrogazione dei limiti di legge previsti per le cooperative sociali per il solo fatto che siano individuati dei requisiti formativi anche per i volontari che svolgano l'attività di soccorso, mentre la prestazione dell'attività da parte dei soci lavoratori e da parte dei soci volontari delle cooperative sociali restano invece ontologicamente diverse e sono diversamente disciplinate proprio in virtù della diversa natura e delle diverse caratteristiche e finalità delle stesse (“...Il volontario è una persona che, per sua libera scelta, svolge attività in favore della comunità e del bene comune, anche per il tramite di un ente del **Terzo settore**, mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere risposte ai bisogni delle persone e delle comunità beneficiarie della sua azione, in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà”, così l'art.17 del d.lgs n.117 del 2017, Codice del **terzo settore**).

Non divisibile, inoltre, è l'assimilazione che la controinteressata vorrebbe fare tra le cooperative sociali, quali -OMISSIS-, che prevedono la possibilità di ripartizione degli utili in forma di ristorni tra i soci, e le associazioni di volontariato, che invece sono tenute a reinvestire tutti gli utili nelle attività sociali e godono di un particolare regime in considerazione delle loro caratteristiche peculiari sotto il profilo sia funzionale che organizzativo (cfr. sul punto la recente ordinanza del Consiglio di Stato n. 1797 del 2021, che nel rimettere alla Corte di Giustizia la questione relativa alla deroga al regime dell'evidenza pubblica fissata dall'art. 10 lett. h) della direttiva n. 2014/24/UE che concerne le organizzazioni e le associazioni senza scopo di lucro, ha integrato il quesito comunitario già sottoposto alla Corte, al fine di verificare se nell'ambito di tale deroga possano essere ricomprese le cooperative sociali, come -OMISSIS-, che distribuiscono utili in forma di ristorni, e ciò perché tali ristorni "costituiscono uno degli strumenti tecnici per attribuire ai soci il vantaggio mutualistico e hanno in comune con gli utili l'aleatorietà, in quanto la società potrà distribuire ristorni soltanto se la gestione mutualistica dell'impresa si è chiusa con una eccedenza dei ricavi rispetto ai costi", per cui "...L'unica differenza rispetto ai dividendi è il criterio di riparto, ma le somme attribuite ai soci a titolo di ristorni sarebbero utili di esercizio" ; cfr. anche Tar Veneto, sent. n. 1230 del 2020 " Come osservato in giurisprudenza, infatti, le organizzazioni di volontariato hanno come scopo la promozione umana e l'integrazione sociale dei cittadini, senza scopo di lucro, mentre le cooperative sociali si basano sulla cooperazione e, quindi, su una forma lavorativa comune rivolta a provocare un vantaggio economico a coloro che fanno parte della cooperativa stessa, sicché solo l'organizzazione di volontariato non persegue, neppure in modo indiretto, un vantaggio economico per i suoi associati (C. Stato, sez. III, 22.11.2016, n. 4902; C. Stato, sez. III, 10.8.2016, n. 3615; T.A.R. Ancona, sez. I, 15.4.2016, n. 244)...Le cooperative sociali, infatti, sono enti che, sebbene senza scopi di lucro, si basano sulla cooperazione e, quindi, su una forma lavorativa comune, rivolta a provocare un vantaggio economico

a coloro che fanno parte della cooperativa (C. Stato, sez. III, ord., 11/09/2020, n. 5313), e per loro natura perseguono una finalità imprenditoriale sia pure caratterizzata da scopo mutualistico, con ciò differenziandosi dalle organizzazioni di volontariato”).

Per tutto quanto sopra esposto, pertanto, le censure di cui al primo motivo di ricorso, con cui la ricorrente, nel caso di specie, non contesta ex se il requisito di professionalità richiesto, ma la possibilità di utilizzo dei volontari da parte di Italy cooperativa sociale nel modo specificato nella sua offerta, in violazione della disciplina sulle cooperative sociali e del principio di par condicio dei concorrenti, sono da ritenersi ammissibili e le stesse sono altresì fondate, in quanto, come emerge dagli atti di gara, -OMISSIS-, per quanto concerne il monte ore giornaliero, settimanale, mensile e annuale del personale impiegato, ha proposto per gli autisti soccorritori un totale di ore annue pari a 29.283, volontari inclusi, che svolgeranno 9.371 ore (pari al 32 % delle ore offerte) e per i soccorritori un totale di ore 23.649, volontari inclusi, che svolgeranno 7.568 ore (pari al 32 % delle ore offerte) e, anche dall'esame della relazione tecnica di -OMISSIS-, e come confermato dalle giustificazioni rese in sede di verifica di anomalia, emerge che i volontari sono inseriti nel piano organizzativo della aggiudicataria a pieno titolo, indifferentemente rispetto ai “dipendenti”, facendo parte del personale addetto al fine di svolgere, in modo del tutto analogo a quello dei “dipendenti”, le attività principali oggetto dell'appalto e non per svolgere attività trasversali o complementari, concorrendo allo svolgimento dei servizi posti a gara per un numero consistente di ore (32% circa del totale offerto in gara). Per cui, sia per le modalità organizzative del servizio sia per l'entità del monte ore dei volontari, emerge che i volontari non vengono utilizzati in maniera “complementare” ma finiscono per rientrare a pieno titolo nell'ordinaria struttura tecnico - organizzativa adibita per il servizio in questione. L'aggiudicataria, quindi, contrariamente a quanto impone la vigente normativa sulle cooperative sociali, ha previsto di impiegare, per effettuare i

servizi previsti dalla procedura di gara, e del tutto indifferentemente, anche i propri volontari che vengono destinati ad effettuare le prestazioni dedotte in contratto in misura non marginale e complementare, bensì sostitutiva degli addetti professionali, in violazione dell'art. 2, comma 5, della legge n. 381 del 1991 (cfr. Tar Piemonte, sent. n. 368 del 2016 "... la suddetta, particolare disciplina limita l'utilizzo di prestazioni di soci volontari che non deve essere sostitutiva rispetto ai parametri di impiego di operatori professionali previsti dalle disposizioni vigenti nella gestione di servizi da effettuarsi in applicazione dei contratti stipulati con amministrazioni pubbliche"; Tar Veneto, sent. n. 319 del 2018 "l'attività dei volontari deve essere di norma complementare rispetto a quella dei lavoratori impiegati nel servizio e non può comunque spingersi sino a divenire strutturalmente sostitutiva dell'attività degli operatori professionali, essendo imprescindibile l'individuazione di ragionevoli limiti a tale ingerenza al fine di preservare un determinato standard qualitativo e di professionalità della prestazione offerta all'Amministrazione, e ciò anche al di fuori del campo dei servizi socio-sanitari ed educativi per i quali l'art. 1, comma 1 lett. a) legge 381/91 prevede un tassativo divieto di sostituzione..."; Tar Lombardia, Brescia, sent. n.1277 del 2017 "2.4 Un'ulteriore giustificazione è fondata sull'impiego di venti volontari ed in forma dichiarata complementare... Appare logica, sul punto, l'analisi della stazione appaltante che ravvisa un impiego di tipo sostitutivo, essendo le risorse dedicate allo svolgimento del servizio nella misura del 32% (si tratta di 54.592,80 ore), e dunque 1/3 della prestazione è svolta da volontari. E' ravvisabile la diretta violazione dell'art. 2 comma 5 della L. 381/91, il quale consente la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi a favore delle amministrazioni pubbliche avvalendosi di soci volontari, con prestazioni da rendere "in misura complementare e non sostitutiva rispetto ai parametri d'impiego di operatori professionali previsti dalle disposizioni vigenti"; sentenza confermata sul punto dal Consiglio di Stato con sentenza n. 2867 del 2018 "...il punto 2.4. della sentenza del Tar Brescia evidenzia poi - in

ordine allo specifico fattore “lavoro volontario”, addotto da First Aid - come quasi 1/3 della prestazione (il 32%) sia svolta da volontari: anche in questo caso si tratta di una soglia ampiamente superiore alla percentuale del 5% considerata, viceversa, marginale (e pertanto rientrante nella previsione di “complementarietà” di cui al quinto comma dell’art. 2 legge 381/1991) dalla sentenza n. 1369/2012 di questo Consiglio, citata al precedente capo 11.3...”; cfr., inoltre, Cons. di Stato, sent. n. 139 del 2019).

Nel caso di specie, quindi, l’offerta della controinteressata non può considerarsi rispettosa della disciplina delle cooperative sociali sopra richiamata e, in definitiva, appare violativa anche del principio di par condicio dei concorrenti, in quanto aver inserito nel proprio organico per l’erogazione dei servizi dedotti in contratto anche i soci volontari in una misura certamente non marginale né complementare, bensì in maniera sostitutiva degli addetti professionali, in violazione della specifica disciplina di settore, ha consentito a -OMISSIS-di formulare, tramite un escamotage non consentito dalla disciplina di settore, un’offerta con un consistente ribasso.

3. Quanto, inoltre, alla valutazione di congruità e di non anomalia dell’offerta, si rileva che le censure, di cui al ricorso introduttivo, con cui si lamentava la mancata verifica di congruità del costo del lavoro prima dell’aggiudicazione sono da considerare superate dalla successiva verifica di anomalia effettuata dalla Stazione appaltante i cui esiti sono riportati nella relazione del RUP del 12 agosto 2021, depositata in giudizio il 14 settembre 2021, e che è stata comunque oggetto di ulteriori censure da parte della ricorrente tramite la proposizione del terzo ricorso per motivi aggiunti, non potendo la violazione della tempistica della verifica di congruità del costo del lavoro rilevare ex sé una volta che, sia pure successivamente, la verifica sia stata effettuata, venendo meno l’attualità dell’interesse ad agire con riferimento allo specifico punto relativo alla mancata verifica di congruità prima dell’aggiudicazione (cfr., in tal senso, Tar Piemonte, sent. n.368 del 2016).

Tanto premesso, le censure di cui al terzo ricorso per motivi aggiunti relative alla valutazione di congruità del costo del lavoro e non anomalia dell'offerta, di cui all'atto del Rup del 12 agosto 2021, in quanto volte a far emergere la palese incongruità del costo del lavoro e la manifesta erroneità, irragionevolezza e inadeguatezza dell'istruttoria compiuta dal RUP con riferimento al giudizio di non anomalia dell'offerta, sono da ritenersi ammissibili e sono fondate, nei termini che seguono.

Fondate sono le censure con cui si lamenta che in modo palesemente erroneo e illogico il Rup abbia considerato congruo il costo del lavoro giustificato da - OMISSIS- per le figure professionali dell'autista soccorritore e dell'operatore socio sanitario, in quanto come emerge dalle giustificazioni rese da - OMISSIS-, la stessa ha evidenziato di aver applicato un costo orario di euro 15,56 per l'autista soccorritore e di euro 16,01 per l'operatore socio sanitario, dichiarando di applicare le tabelle ministeriali del Contratto Collettivo Nazionale Cooperative del settore socio sanitario pubblicate nel mese di maggio 2013, ben sette anni prima della pubblicazione della presente procedura di gara, in quanto, le nuove tabelle ministeriali, che indicano un costo orario superiore in maniera consistente e rilevante per le figure da utilizzare nel servizio in questione (per una differenza di costo orario di più di 4 euro per ciascuna figura), sono state pubblicate dal Ministero del Lavoro solo in data 17 febbraio 2020 e quindi successivamente alla pubblicazione del bando di gara ed anche al termine per la presentazione delle offerte, che andava a scadere in data 10 febbraio 2020.

Orbene, tale operazione è, ad avviso del Collegio, palesemente illogica e incongrua e denuncia uno scostamento rilevante e ingiustificato rispetto al costo del lavoro per le due figure, che va invece riferito al contenuto della contrattazione collettiva del 2019 che era già vigente al momento della pubblicazione del bando di gara e della formulazione dell'offerta, in relazione alla quale le tabelle ministeriali pubblicate il 17 febbraio 2020 hanno unicamente una funzione ricognitiva. I parametri da utilizzare per definire i

trattamenti salariali minimi inderogabili sono, infatti, quelli della contrattazione collettiva vigente (come indicato nel comma 16 dell'art. 23 del d.lgs. n. 50 del 2016) e sono questi che, a fini ricognitivi e di semplificazione della materia per settori merceologici, vengono poi riportati nelle tabelle ministeriali di cui all'art. 97, comma 5, lett. d) del d.lgs. n. 50 del 2016. Nel caso di specie, è accaduto che le tabelle ministeriali sono state pubblicate, in ritardo, il 17 febbraio 2020, ma il contratto collettivo dei lavoratori delle cooperative socio sanitario assistenziale è stato rinnovato con accordo del 28 marzo 2019 poi siglato in via definitiva in data 21 maggio 2019, ad esito dello scioglimento di una riserva, per cui, al momento della pubblicazione del bando di gara e della presentazione della relativa offerta, gli obblighi retributivi e contributivi del datore di lavoro nei confronti dei lavoratori delle cooperative sociali adibiti alle funzioni indicate nell'oggetto del contratto erano quelli stabiliti da tale contratto collettivo nazionale del 2019, che ha stabilito puntualmente anche gli aumenti contrattuali e le relative decorrenze (rispettivamente novembre 2019, aprile 2020 e settembre 2020). Quindi, nel calcolare il costo orario dell'autista soccorritore e dell'operatore socio sanitario, -OMISSIS- avrebbe dovuto fare riferimento ai trattamenti salariali minimi inderogabili, vigenti al momento dell'offerta, che era tenuta ad applicare nell'esecuzione dell'appalto, e non, invece, a quanto riportato nelle tabelle ministeriali pubblicate nel 2013, che si riferivano ad una tornata contrattuale ormai del tutto superata.

Inoltre, -OMISSIS-, per giustificare il costo del lavoro, ha anche dichiarato di aver applicato un tasso di assenteismo medio consistentemente più basso di quello previsto dalle tabelle ministeriali (2,50%, con riduzione delle ore di assenza annue, per malattie, infortuni, maternità, a 49 rispetto alle 120 stimate nelle tabelle ministeriali), il che consente una ulteriore riduzione del costo medio orario del lavoro, ma tale tasso di assenteismo è stato giustificato in maniera del tutto generica, senza invece che, come richiesto da giurisprudenza costante in materia, fosse stata fornita idonea documentazione aziendale a

supporto, documentazione che, inoltre, non è stata prodotta neppure in corso del presente giudizio, per cui anche tale scostamento non può ritenersi giustificato (cfr., tra le altre, Tar Veneto, sent. n. 659 del 2019, con la giurisprudenza ivi citata, “...è insegnamento della giurisprudenza che il dato delle ore annue mediamente lavorate dal personale coinvolge eventi (malattie, infortuni, maternità) i quali non rientrano nella disponibilità dell’impresa e che quindi, per definizione, necessitano di stime di carattere prudenziale (cfr. Cons. Stato, sez. III, 18 settembre 2018, n. 5444; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 5 marzo 2018, n. 1406). Si afferma, ancora, che lo scostamento rispetto alle tabelle ministeriali del costo del lavoro indicato dall’impresa partecipante alla gara d’appalto, per poter essere accettato dalla stazione appaltante ai fini del giudizio di congruità dell’offerta nel procedimento di verifica di anomalia, deve essere rigorosamente giustificato in relazione a ciascuno dei parametri di riferimento individuati in tali tabelle, ivi compreso il dato delle ore annue mediamente lavorate: questo, dunque, non solo necessita, come già detto, di una stima prudenziale, ma non può, in nessun caso, essere ridotto sulla base di mere dichiarazioni provenienti dalla società interessata...”).

Tali elementi, sono, pertanto, già indicativi di una considerevole e rilevante sottostima del costo del lavoro palesemente ingiustificata, nell’ambito di un’offerta relativa alla prestazione di un servizio in cui il fattore lavoro assume un rilievo preminente e le due figure dell’autista soccorritore e dell’operatore socio sanitario pesano per la maggior parte delle ore di lavoro offerte, per cui, anche per tali ragioni, l’offerta di -OMISSIS-andava esclusa, con assorbimento delle ulteriori censure relative alla congruità del costo del lavoro per la figura del centralinista.

4. In definitiva, considerato che, in accoglimento delle censure di cui sopra, nei termini e per le ragioni sopra esposte, l’offerta di -OMISSIS-andava esclusa, vanno annullati l’impugnata delibera dell’11 dicembre 2020, nella

parte in cui ha aggiudicato il lotto 2 alla controinteressata -OMISSIS-, nonché l'atto del Rup del 12 agosto 2021, con assorbimento delle ulteriori censure.

5. Inoltre, in accoglimento della domanda avanzata da parte ricorrente e valutati gli elementi previsti dall'art. 122 c.p.a., va dichiarata l'inefficacia del contratto ove stipulato dalla stazione appaltante con l'aggiudicataria -OMISSIS- e va disposto il subentro in favore di parte ricorrente, salve verifiche di legge, con decorrenza dal quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione della presente sentenza.

6. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono poste a carico della stazione appaltante e della controinteressata -OMISSIS- nella misura di euro 3.000,00 (tremila/00) ciascuna, oltre oneri di legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, integrato da motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla la delibera della Azienda Ulss 6 dell'11 dicembre 2020 nella parte in cui ha disposto l'aggiudicazione della gara per il lotto n. 2 in favore di -OMISSIS- e l'atto del Rup del 12 agosto 2021; dichiara inefficace il contratto ove stipulato a seguito dell'illegittima aggiudicazione e dispone il subentro in favore del ricorrente-OMISSIS-, salve verifiche di legge, con decorrenza dal quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione della presente sentenza.

Condanna la stazione appaltante e la controinteressata a rifondere le spese di lite a favore di parte ricorrente, che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00), ciascuna, oltre oneri di legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di

procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le parti e i soggetti citati.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Alessio Falferi, Consigliere

Mara Spatuzzi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Mara Spatuzzi

IL PRESIDENTE

Alessandra Farina

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.