

Pubblicato il 16/01/2023

**N. 00353/2023 REG.PROV.COLL.
N. 04700/2022 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 4700 del 2022, proposto da Heart Life Croce Amica S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Francesco Fidanza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesco Fidanza in Napoli, viale A. Gramsci 19;

contro

Asl 106 - Napoli 1 - Centro, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Scalfati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Luciana Pacifici n. 6;

per l'annullamento:

del bando di gara avente ad oggetto “Procedura aperta per l'affidamento del servizio di Trasporto Primario per l'Emergenza Territoriale 118 per: nr. dodici postazioni H24 tipo B; nr. tre postazioni H 12 tipo B e Trasporto Secondario

per il Servizio dializzati per: nr. sei postazioni H12 Tipo B da effettuarsi nell'ambito territoriale dell'ASL Napoli 1 Centro” (CIG: 9349203661) del Disciplinare, del Capitolato Speciale d'Appalto e di tutti i documenti facenti parte della lex specialis; dei chiarimenti pubblicati dall'ASL Napoli 1 Centro; di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ivi compresi la delibera di indizione e l'eventuale aggiudicazione nelle more disposta.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Asl 106 - Napoli 1 - Centro;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2022 il dott. Fabio Maffei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- L'odierna ricorrente ha impugnato il bando di gara, pubblicato in GUCE S150 in data 5.08.2022 e in GURI n. 94 in data 12.08.2022, con cui l'ASL Napoli 1 Centro aveva indetto la procedura aperta, avente ad oggetto l'affidamento “del servizio di Trasporto Primario per l'Emergenza Territoriale 118 per: nr. dodici postazioni H24 tipo B; nr. tre postazioni H 12 tipo B e Trasporto Secondario per il Servizio dializzati per: nr. sei postazioni H12 Tipo B da effettuarsi nell'ambito territoriale dell'ASL Napoli 1 Centro”, stabilendo, quale base d'asta, l'importo complessivo triennale pari a € 16.907.734,71, nonché il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In particolare, il Disciplinare aveva stabilito, all'art. 3, che “Il valore dell'appalto è calcolato tenendo conto degli stipendi medi del personale impiegato per categoria di appartenenza la cui stima è pari a circa il 72% (settantaduepercento) dell'appalto al netto degli oneri di sicurezza dovuti a rischi di interferenza. Di conseguenza il valore del costo della manodopera

triennale quantificato dalla Stazione appaltante, tenuto conto del valore dell'appalto, sarebbe stato pari a circa € 12.173.569,00.

Inoltre, l'art. 22 del Capitolato Speciale d'appalto aveva precisato che "L'importo omnicomprensivo e triennale a base d'asta, per tutte le attività ricomprese nel presente capitolato, stimato in base al dato storico rivalutato secondo gli indici ISTAT, è di € 16.907.734,71 per 36 (trentasei) mesi".

A supporto della spiegata impugnazione, la società ricorrente ha, in primo luogo, dedotto l'illegittimità dell'intera procedura di gara, in quanto, a suo avviso, indetta in palese violazione e falsa applicazione degli artt. 23 e 30 D.Lgs. 50/2016 nonché del Decreto Direttoriale Min. Lavoro n° 25 del 6 giugno 2022, emergendo peraltro il difetto di istruttoria in cui era incorsa la stazione appaltante nel determinare l'importo posto a base d'asta. Quest'ultimo, infatti, essendo stato del tutto sottostimato, avrebbe di fatto impedito agli aspiranti concorrenti di formulare un'offerta seria e sostenibile, in ragione dei costi da affrontare per le richieste prestazioni, senz'altro superiori alla suddetta base d'asta.

A supporto della spiegata censura, ha innanzitutto evidenziato l'asserito palese difetto di istruttoria inficiante l'operata quantificazione con specifico riguardo alla determinazione dei costi implicati dallo svolgimento del servizio, non essendo stati gli atti di gara corredati dalla preliminare redazione né del progetto dei servizi, né della prescritta relazione tecnico-illustrativa, né, infine, dei documenti di calcolo relativi agli importi richiesti con l'indicazione dei parametri che avevano concorso alla determinazione della base d'asta. La stazione appaltante, infatti, aveva determinato la base d'asta limitandosi a richiamare i dati economici della precedente gara avente ad oggetto il medesimo servizio, aggiornando gli stessi tramite l'applicazione degli indici ISTAT, senza considerare che lo svolgimento del servizio da affidare con l'odierna gara avrebbe imposto di sostenere costi aggiuntivi rispetto a quelli implicati dal servizio in corso. L'attuale bando, per la prima volta, aveva imposto l'allestimento di attrezzature ed apparecchiature di elevato profilo

tecnologico di cui doveva essere munita ciascuna delle ventuno ambulanze da dedicare all'appalto.

In secondo luogo, ha stigmatizzato l'operata sottostima del costo della manodopera, essendosi l'ASL limitata esclusivamente a rivalutare l'importo a tal fine determinato per lo svolgimento del servizio oggetto della precedente analoga gara, senza tener conto degli stipendi medi del personale impiegato per categoria di appartenenza, in violazione del disposto di cui all'art. 23, co. 16 D.Lgs. 50/2016, secondo cui il costo della manodopera da porre in gara dev'essere necessariamente determinato sulla scorta delle Tabelle Ministeriali aggiornate e relative ai CCNL pertinenti.

Tanto articolato con la prima doglianza, la società ricorrente ha ulteriormente censurato l'indetta procedura, in quanto caratterizzata da una disciplina di gara contrastante con i principi di concorrenza e par condicio tra gli operatori economici.

Al riguardo, ha sottolineato come la *lex specialis*, all'art. 17, da un lato, aveva obbligato tutti i concorrenti ad esplicitare i costi della manodopera, prevedendo che quest'ultimi non potessero essere quantificati in ribasso e, dall'altro, aveva esonerato da tale obbligo le organizzazioni del **terzo settore** limitatamente al costo del personale volontario impiegato per l'esecuzione dell'appalto. In tal modo strutturata, la disciplina di gara doveva ritenersi connotata da profili anticoncorrenziali e discriminatori, poiché aveva esonerato una determinata categoria di operatori dall'obbligo di considerare, ai fini della formulazione del prezzo offerto, il costo della manodopera, pari al 72% del valore dell'appalto.

Si è costituita in resistenza l'azienda sanitaria, eccependo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso poiché la ricorrente aveva partecipato alla gara mediante la presentazione di un'offerta, così smettendo in fatto la fondatezza del dedotto impianto censoria. Inoltre, il proposto gravame aveva sostanzialmente domandato un'inammissibile sindacato giurisdizionale sostitutivo in ordine alla congruità della base d'asta. Nel merito, poi, ha

sostenuto l'infondatezza di entrambe le articolate censure, essendo stata la base d'asta determinata in un importo ampiamente congruo ad assicurare la copertura dei costi necessari per l'utile svolgimento del servizio, senza che potesse rinvenirsi nella consentita partecipazione delle organizzazioni del **terzo settore** una violazione del principio della par condicio.

Previo scambio delle memorie ex art. 73 c.p.a., la causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza del 13 dicembre 2022.

2.- In via preliminare, dev'essere negativamente scrutinata l'eccezione di irricevibilità e di inammissibilità del ricorso formulata dal difensore della parte resistente, sull'asserito presupposto che in presenza di clausole impeditive della formulazione dell'offerta, e quindi immediatamente escludenti, la presentazione dell'offerta da parte della ricorrente, come nella specie avvenuto, avrebbe dovuto comportare la sopravvenuta acquiescenza alle contestate previsioni di gara.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, non deve essere immediatamente impugnato un bando di gara che non contenga clausole impeditive della partecipazione alla gara, sorgendo tale onere soltanto alla conclusione della procedura in capo ai concorrenti non aggiudicatari. L'impugnazione immediata del bando rappresenta pertanto l'eccezione, visto che al momento dell'avvio della procedura, di regola, la lesione per il soggetto concorrente è potenziale, assumendo la stessa i caratteri della concretezza e dell'attualità, di norma, soltanto a conclusione della gara (Consiglio di Stato, III, 4 marzo 2019, n. 1491; 26 febbraio 2019, n. 1350). Pur essendo stata fornita dalla giurisprudenza una nozione alquanto ampia di clausola di natura escludente - ovvero, (i) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati, (ii) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile, (iii) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica, (iv) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente

non conveniente -, nondimeno ne è stata ribadita la portata tassativa, al fine di non snaturare i presupposti necessari per poter avviare un'azione giudiziale, caratterizzata, in linea generale, dalla personalità e dal principio dispositivo, nonché dall'attualità e dalla concretezza dell'interesse azionato (Consiglio di Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4; 25 febbraio 2014, n. 9).

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 1 del 2003, i cui principi sono stati confermati di recente con la sentenza 26 aprile 2018, n. 4, ha poi chiarito che devono essere considerati immediatamente impugnabili i bandi di gara allorché contengano clausole impeditive della partecipazione alla selezione, con la conseguenza che la partecipazione alla gara e la presentazione della domanda non costituiscono acquiescenza e non impediscono la proposizione di un eventuale gravame (Consiglio di Stato, V, 5 agosto 2022, n. 6934, che richiama C.d.S. 3 febbraio 2021, n. 972).

In altri e conclusivi termini, negli appalti pubblici, allorquando la disciplina di gara rivesta una portata direttamente ed autonomamente lesiva, la legittimazione ad impugnare spetta indipendentemente dalla presentazione o meno della domanda di partecipazione alla procedura selettiva.

3.- Tanto chiarito in limine, il ricorso è infondato dovendo essere disattese entrambe le articolate censure.

3.1. - In ordine alla prima doglianza, - con cui la ricorrente ha impugnato le clausole della lex specialis che, a suo dire, hanno previsto un importo a base d'asta insufficiente alla copertura dei costi, inidoneo cioè ad assicurare un pur minimo margine di utilità o addirittura tale da imporre l'esecuzione della stessa in perdita -, reputa il Collegio non condivisibili i profili di criticità adottati al fine di asseverare la sostenuta incongruità.

Per lo scrutinio della riportata censura, appare opportuno muovere dal costante insegnamento giurisprudenziale secondo cui "la determinazione del contenuto del bando di gara costituisce espressione del potere discrezionale in base al quale l'Amministrazione può effettuare scelte riguardanti gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del

corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare; le scelte così operate, ampiamente discrezionali, impingono nel merito dell'azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano *ictu oculi* manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie o sproporzionate, specie avuto riguardo alla specificità dell'oggetto e all'esigenza di non restringere la platea dei potenziali concorrenti e di non preconstituire situazioni di privilegi".

Con particolare riferimento alle valutazioni tecniche che riguardano la determinazione della base d'asta, tali valutazioni, "in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti" (C.d.S., Sez. V, n. 6006/2018, cit.; v. pure Sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081).

Detto travisamento "non può dedursi dalla presentazione di conteggi e simulazioni, unilateralmente predisposti dalla ricorrente, che non evidenzino alcun manifesto errore logico o di ragionevolezza e che, comunque, non dimostrino un'impossibilità oggettiva, a carico di ogni potenziale concorrente, di presentare un'offerta, ma asseverino semplicemente l'impossibilità soltanto per l'attuale ricorrente, di presentare un'offerta, il che è irrilevante ai fini della valutazione della legittimità della procedura di gara" (C.d.S., Sez. V, n. 6006/2018).

Quanto appena ricordato non toglie, tuttavia, che, come affermato dalla più autorevole giurisprudenza, è necessario che la determinazione della base d'asta sia effettuata dalla stazione appaltante facendo riferimento a criteri verificabili ed acquisendo attendibili elementi di conoscenza, al fine di scongiurare il rischio di una base d'asta arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza (cfr. C.d.S., Sez. III, 24 settembre 2019, n. 6355, e 10 maggio 2017, n. 2168; Sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081).

Va rimarcato, sul punto, come nel Codice degli appalti le stazioni appaltanti debbano garantire la qualità delle prestazioni, non solo nella fase di scelta del contraente (v. art. 97 del d.lgs. 50/2016 in tema di esclusione delle offerte anormalmente basse), ma anche nella fase di predisposizione dei parametri della gara (v. art. 30, comma 1).

Orbene, il Collegio intende richiamare l'indirizzo della prevalente giurisprudenza amministrativa, cui si ritiene anche in questa sede di aderire, fermo nell'affermare che la determinazione del prezzo posto a base d'asta non può prescindere da una verifica della reale congruità in relazione alle prestazioni e ai costi per l'esecuzione del servizio, comprese le condizioni di lavoro che consentano ai concorrenti la presentazione di una proposta concreta e realistica, a rischio, in caso contrario, sia di carenze di effettività delle offerte e di efficacia dell'azione della Pubblica Amministrazione, sia di alterazioni della concorrenza tra imprese: profili tutti giudizialmente scrutinabili (C.d.S., Sez. III, n. 6355/2019).

Si è affermato, al riguardo, che 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, sulla quale può incentrarsi il sindacato del giudice amministrativo, con la precisazione che tale sindacato è limitato ai casi di complessiva inattendibilità delle operazioni e valutazioni tecniche operate dall'amministrazione, alla illogicità manifesta, alla disparità di trattamento", non essendo consentito al giudice di giungere egli stesso alla determinazione del prezzo congruo (T.A.R. Sardegna, Sez. I, 18 ottobre 2011, n. 992).

Sono state richiamate in argomento anche le linee guida espresse dall'A.N.A.C. con deliberazione n. 32 del 20 gennaio 2016, che, attenendo all'affidamento di servizi ad Enti del **terzo settore** ed alle cooperative sociali, contengono al paragrafo n. 11 un'indicazione di principio, lì dove affermano che "le stazioni appaltanti, nella determinazione dell'importo a base di gara per l'affidamento dei servizi, non possono limitarsi ad una generica e sintetica

indicazione del corrispettivo, ma devono indicare con accuratezza e analiticità i singoli elementi che compongono la prestazione e il loro valore. Le stesse devono procedere già in fase di programmazione alla stima del fabbisogno effettivo in termini di numero di ore di lavoro/interventi/prestazioni e alla predeterminazione del costo complessivo di ciascuna prestazione".

Da ultimo, si è sottolineato che "la correttezza della determinazione della base d'asta con attinenza alla situazione di mercato rileva ai fini dell'utilizzazione di tutto il potenziale differenziale previsto per il prezzo nell'ambito delle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di evitare uno svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta" (cfr. Cons. Stato, V, 7 giugno 2017, n. 2739, 22 marzo 2016, n. 1186, 15 luglio 2013, n. 3802, 31 marzo 2012, n. 1899; C.d.S., Sez. III, n. 6533/2019).

Sul punto, vale soggiungere che l'onere della prova circa l'irragionevolezza, l'arbitrarietà e l'abnormità delle regole di gara, gravante sul ricorrente, non può che essere declinato in termini particolarmente rigorosi, implicando che la contestazione sia effettuata sulla base di imprescindibili e univoci elementi probatori suscettibili di evidenziare, in maniera oggettiva e manifesta, la sussistenza di eventuali palesi errori logici nelle decisioni adottate dalla stazione appaltante.

3.2.- Orbene, orientando il proprio sindacato all'interno della cornice giuridica di riferimento come appena ricostruita, ritiene il Collegio che nel costrutto giuridico attoreo una dimostrazione dei presunti vizi che inficerebbero, nei termini suesposti, gli atti organizzativi della gara non sia stata adeguatamente offerta, non potendo essere condivisi i profili di criticità rimarcati dalla ricorrente con la prima delle articolate censure.

Invero, la prospettazione della ricorrente appare piuttosto voler accreditare come dato obiettivo e cogente la propria posizione soggettiva di non condivisione delle scelte discrezionali dell'Amministrazione, di fatto tentando di sovrapporre le proprie valutazioni, non adeguatamente suffragate da basi

dimostrative inoppugnabili, alle determinazioni assunte dalla stazione appaltante, che, per le ragioni di seguito esposte, risultano a ben vedere immuni da evidenti vizi di irragionevolezza, arbitrarietà e abnormità.

Dall'art. 22 del Capitolato Speciale si evince come la stazione appaltante abbia determinato l'importo posto a base d'asta avvalendosi del criterio del costo storico, ovvero sia muovendo dall'importo della base d'asta indicato per la precedente gara avente ad oggetto il medesimo affidamento.

Tale importo è stato rivalutato secondo gli indici Istat in modo tale da conseguire un incremento annuo del costo del servizio rispetto a quello precedente pari ad € 965.170,87, con l'ulteriore precisazione che il costo della manodopera, costituente il 72% della base d'asta, è stato parametrato "tenendo conto degli stipendi medi del personale impiegato per categoria di appartenenza" (art. 3 del disciplinare di gara).

Orbene, la scelta della Stazione Appaltante di utilizzare i costi stimati per la precedente procedura di gara triennale, sostanzialmente identica alla presente, come elemento di riferimento per la quantificazione dei corrispettivi da porre a base d'asta della nuova procedura, appare tutt'altro che illogica e ingiustificata.

Ed infatti, le caratteristiche organizzative del servizio da affidare, con riguardo sia ai mezzi che al personale da impiegare, come puntualmente rimarcato dalla difesa della resistente azienda, appaiono sostanzialmente sovrapponibili a quello oggetto della precedente gara, peraltro attualmente svolto dall'odierna ricorrente con le medesime dotazioni organiche e strumentali richieste per la partecipazione della gara oggetto della presente impugnazione.

Le uniche differenze rilevabili dalla lettura del capitolato di gara riguardano l'aggiuntiva richiesta, quali caratteristiche minime per ciascuna ambulanza da impiegare, di sedie e barelle elettrificate; tuttavia, la ricorrente non ha offerto una congrua dimostrazione dell'entità del costo necessario per realizzare il richiesto aggiornamento tecnologico/dotazionale. Inoltre, a fronte della specifica contestazione sollevata dalla difesa della resistente, non ha offerto

dei convincenti riscontri documentali asseveranti la prospettata tesi, ovverosia che l'onere economico a tal fine da sostenersi fosse tale che, non potendo essere assorbito dall'avvenuta rivalutazione della base d'asta, imponesse la formulazione di un'offerta in perdita.

3.3.- Parimenti, non coglie nel segno la sostenuta prospettazione censoria nella parte in cui la ricorrente ha lamentato l'incongruità della base d'asta in ordine all'operata stima del costo della manodopera, essendo stata quest'ultima determinata in misura inferiore rispetto ai minimi stabili dalle corrispondenti tabelle ministeriali.

In ordine al denunciato scostamento nella determinazione del costo del lavoro dalle apposite tabelle del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, rammenta il Collegio come le predette tabelle costituiscono dei parametri medi e non vincolanti, frutto dell'attività di elaborazione del Ministero, desunti dall'analisi e dall'aggregazione di dati molteplici inerenti a più istituti contrattuali.

Con riferimento alla base d'asta, come reiteratamente affermato dalla giurisprudenza, l'individuazione da parte della stazione appaltante di un costo del lavoro inferiore a quello risultante dalle Tabelle ministeriali produce effetti diversi a seconda della fattispecie. Si è infatti precisato che, se minimi scostamenti non integrano di per sé un indice di illegittimità del bando, difformità rilevanti possono invece inficiare la validità della *lex specialis*; nel contempo, la legittimità della legge di gara viene meno ove la base d'asta non presenti una consistenza tale da garantire ragionevolmente la congruità delle offerte presentate: "Il semplice fatto che la stazione appaltante si sia discostata dalle tabelle ministeriali, nella determinazione della base d'asta, non è indice ex se di illegittimità della disciplina di gara, almeno laddove tale scostamento non sia rilevante e la base d'asta sia tale da garantire ragionevolmente la congruità dell'offerta economica" (TAR Lazio, Roma, II, 14 aprile 2016, n. 4404). Il bando risulterà parimenti annullabile allorquando l'importo soggetto a ribasso non si ponga nel pieno rispetto degli standard

minimi fissati dal CCNL applicabile nel settore di riferimento: " nella determinazione del prezzo a base d'asta nei bandi di gara, i dati sul costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono un limite inderogabile: la previsione di inderogabilità riguarda solamente il trattamento normativo e retributivo del lavoratore in base ai minimi previsti dalla contrattazione collettiva" (TAR Campania, Napoli, V, 2 febbraio 2021, n. 700).

In sintesi, una base d'asta che si fondi su un costo della manodopera più basso rispetto a quello che emerge dalle Tabelle ministeriali non è di per sé causa di illegittimità della legge di gara; lo diventa allorquando vi deroghi in termini macroscopici, tali da non garantire ragionevolmente la possibilità di presentare offerte congrue, ovvero quando violi il trattamento normativo e retributivo previsto dalla contrattazione collettiva nei confronti del lavoratore.

I costi medi della manodopera, indicati nelle tabelle ministeriali, del resto, svolgono una funzione indicativa, suscettibile di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali, laddove si riesca, in relazione alle peculiarità dell'organizzazione produttiva, a giustificare la sostenibilità di costi inferiori, fungendo gli stessi da esclusivo parametro di riferimento da cui è possibile discostarsi, in sede di giustificazioni dell'anomalia, sulla scorta di puntuale e rigorosa dimostrazione (cfr. TAR Lazio, Roma, II bis, n. 6869/2018).

n definitiva, il semplice fatto che la stazione appaltante si sia discostata dalle tabelle ministeriali, nella determinazione della base d'asta, non è indice ex se di illegittimità della disciplina di gara, sia alla luce di quanto prevedono, in termine di "congruità, sufficienza ed adeguatezza" le richiamate disposizioni del codice dei contratti, sia in ragione del valore statistico - indicativo delle tabelle ministeriali, perlomeno laddove tale scostamento non sia rilevante e la base d'asta sia tale da garantire ragionevolmente la congruità dell'offerta economica (Cons. St., sentenza n. 491/2015, cit.)

La remuneratività dell'appalto dipende infatti dal valore complessivo delle voci costituenti il contenuto del rapporto contrattuale con la conseguenza che l'eventuale mancata remuneratività di una parte del suo oggetto può essere compensata dal complessivo beneficio ricavabile dallo svolgimento dell'appalto.

Orbene, non richiedendo la *lex specialis* dell'odierna gara un incremento di personale, in quanto, rispetto alla precedente gara, sono rimasti invariati sia l'organico numerico che le qualifiche professionali dei lavoratori da impiegare nell'espletamento del servizio, appare logica la scelta operata dall'azienda resistente di utilizzare come criterio determinativo del costo della manodopera "gli stipendi medi del personale impiegato per categoria di appartenenza", a tal fine muovendo dal costo del lavoro ritenuto congruo per l'aggiudicazione della precedente analoga gara, incrementato della necessaria rivalutazione.

In tal modo, la correttezza della determinazione della base d'asta emerge in ragione della sua concreta attinenza alla situazione di mercato, così da consentire l'utilizzazione di tutto il potenziale differenziale previsto per il prezzo nell'ambito delle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di evitare uno svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta (cfr. Cons. Stato, V, 7 giugno 2017, n. 2739, 22 marzo 2016, n. 1186, 15 luglio 2013, n. 3802, 31 marzo 2012, n. 1899).

D'altronde, è costante l'insegnamento della giurisprudenza amministrativa (ved. Consiglio di Stato sez. V, sentenza 28 agosto 2017 n. 4081) secondo cui per la determinazione della base d'asta occorre esclusivamente il riferimento a criteri economici verificabili, evidenziando che "la base d'asta stessa, sebbene non debba essere corrispondente necessariamente al prezzo di mercato, tuttavia non può essere arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza (Cons. Stato, III, 10 maggio 2017, n. 2168).

Va rimarcato, infine, come, anche nella disciplina del nuovo codice degli appalti, le stazioni appaltanti debbano garantire la qualità delle prestazioni, non solo nella fase di scelta del contraente (cfr. art. 97 in tema di esclusione delle offerte anormalmente basse), ma anche nella fase di predisposizione dei parametri della gara (cfr. art. 30, co. 1 d.lgs. 50/2016).

In altri termini, la determinazione del prezzo posto a base di gara non può prescindere dall'impiego di criteri che, come il ricorso al costo storico, consentano una verifica della reale congruità in relazione alle prestazioni e ai costi per l'esecuzione del servizio, ivi comprese le condizioni di lavoro tali da permettere 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.

Il fatto, poi, che la stazione appaltante abbia progettato la base d'asta senza riferirsi, come stigmatizzato dalla ricorrente, alla contrattazione collettiva nel settore Multiservizi è irrilevante, posto che, come noto, la normativa vigente consente che si possa applicare più di una tipologia di C.C.N.L. esistente, a condizione che il tipo di contratto scelto sia connesso e compatibile con l'effettiva attività da espletare.

Più in particolare, l'applicazione di un determinato C.C.N.L. non può essere imposta dalla lex specialis alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione, né la mancata applicazione di questa può essere a priori sanzionata dalla Stazione appaltante con l'esclusione, sicché deve negarsi in radice che l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro possa costituire, in sé, un concludente elemento da cui far discendere l'incongruità della base d'asta. La scelta del contratto collettivo da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, con il solo limite che esso risulti coerente con l'oggetto

dell'appalto (T.a.r. Lazio, sez. III, 2 marzo 2021, n. 2518). T.A.R. Sardegna, sez. I, 29/09/2021).

Invero, per la giurisprudenza (da ultimo, Cons. Stato, III, 15 marzo 2021, n. 2168) l'elemento "costo del lavoro" è composito e non deve essere considerato atomisticamente e rigidamente, ma va valutato nel complesso dell'organizzazione imprenditoriale, specie per imprese di notevoli dimensioni e ampia operatività che possono, quindi, compensare gli oneri derivanti da un maggior costo del lavoro con offerte qualitativamente migliori e soluzioni organizzative appropriate; a questo riguardo, si distingue tra "costo reale" - costituito da quanto dovuto dal datore di lavoro per il singolo lavoratore quale sia il numero di ore effettivamente lavorate - e "costo della specifica commessa", il quale, per svariate ragioni, può essere inferiore al "costo totale reale", vale a dire alla somma del costo reale di ogni singolo lavoratore (Cons. Stato, V, 18 dicembre 2017, n. 5939; 4 dicembre 2017, n. 5700), in quanto l'operatore economico, mediante l'organizzazione dell'impresa, può sempre realizzare economie di scala (Cons. Stato, V, 17 maggio 2018, n. 2951) che rendono il costo del lavoro offerto inferiore a quello di altro operatore pur a parità di ore lavorate, essendo vicenda normale che il costo del lavoro non sia uguale per tutte le imprese che partecipano alla stessa procedura di gara (Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2017, n. 2844; id., sez. III, 12 febbraio 2016, n. 589).

Non può, infine, trascurarsi di considerare che, alla gara per cui è causa, hanno partecipato differenti operatori, così come già occorso con riguardo a gare aventi un oggetto analogo, tra i quali figura anche la ricorrente; ciò risulta indicativo della circostanza che sul mercato interessato dalla commessa pubblica in questione operano soggetti caratterizzati da modelli imprenditoriali e strutture di costo differenziate che hanno loro consentito la formulazione di un'offerta effettiva. Da questo angolo visuale giova rilevare che, nei giudizi in cui viene in rilievo la tutela dell'interesse strumentale alla

riedizione della procedura di gara mediante la proposizione di un'azione a carattere demolitorio indirizzata nei confronti della legge di gara, non possono trovare accoglimento pretese rette da interessi di natura diversa - quale, ad esempio, quello al conseguimento della proroga del precedente affidamento da parte del gestore uscente - posto che la caducazione della lex specialis non può avere luogo quando il ricorrente lamenti, in maniera più o meno implicita, l'impossibilità di formulare un'offerta vincente invocando una riformulazione della lex specialis che gli consenta di superare i limiti inerenti alla propria organizzazione imprenditoriale, anche sotto il profilo della struttura dei costi. La tutela giurisdizionale non può sopperire alle eventuali inefficienze derivanti dalle scelte che rientrano nella insindacabile area dell'autonomia imprenditoriale, pena la violazione della par condicio nelle procedure di gara, nonché dei principi che reggono l'azione dei pubblici poteri.

Il Collegio, in definitiva, considerato che la ricorrente non ha dimostrato in modo rigoroso ed incontrovertibile il dedotto carattere immediatamente escludente delle gravate prescrizioni della lex specialis, ossia tale da impedire la partecipazione o l'utile presentazione di un'offerta sul piano del calcolo di convenienza economica o delle concrete possibilità di formulazione, sotto il profilo tecnico o economico, di un'offerta seria e attendibile, e che in ogni caso, sul piano empirico, le censure proposte risultano smentite dalla partecipazione di numerosi operatori economici alla procedura di gara in questione (tra i quali figura anche la stessa ricorrente), non può che respingere la prima censura siccome infondata.

4.- Infondato è anche il secondo motivo di ricorso, con cui la ricorrente ha ribadito l'illegittimità della clausola del bando che consentiva l'impiego di personale volontario da parte delle associazioni di volontariato ammesse alla gara, senza doverne indicare l'incidenza sul costo della manodopera da calcolare in occasione della formulazione dell'offerta.

Occorre premettere che risulta ormai recepito l'orientamento che ha riconosciuto 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 (cfr. Cons. St., Sez. III, 16 luglio 2015; n. 3685; Sez. VI, 23 gennaio 2013, n. 387).

L'ammissione (peraltro, in sé, non contestata dal ricorrente) delle associazioni di volontariato alla gara implica, quale logico corollario, la possibilità di impiegare nel servizio anche personale volontario (altrimenti la clausola partecipativa resterebbe priva di senso). La questione, così posta, trova, ad avviso del Collegio, una speculare espressione, nella massima che segue: "Nell'ambito delle gare per l'affidamento dei servizi di trasporto infermi ed assistenza delle urgenze, la partecipazione delle associazioni di volontariato non altera il confronto concorrenziale tra gli operatori, ma avvantaggia la stessa stazione appaltante consentendole di aggiudicare un servizio connotato da elevati profili socio - sanitari a condizioni più vantaggiose sia sotto il profilo finanziario che di accessibilità del servizio stesso. La circostanza che le associazioni di volontariato non perseguano uno scopo di lucro non preclude alle stesse di poter partecipare alle procedure ad evidenza pubblica essendo sufficiente che l'offerta economica sia ancorata al puntuale computo degli oneri derivanti dalla prestazione, indicando livelli di profitto pari a zero" (Consiglio di Stato, sez. III, 15/01/2016, n. 116).

Tanto premesso, non è seriamente sostenibile, come sembra ventilare il ricorrente, - alla luce anche del tenore dell'art. 3 del capitolato riguardante i requisiti professionali del personale da impiegare -, che la lex specialis consentisse che l'intero spettro delle prestazioni lavorative, di carattere infermieristico-professionale, richiesto dall'ASL alle associazioni volontarie concorrenti, stante l'ampiezza dell'oggetto dell'appalto, potesse 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, in tal azzerando o riducendo notevolmente per le associazioni i costi di manodopera da dichiarare nell'offerta economica (T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 27.02.2017 n. 351).

Ne consegue che il legittimo impiego dei volontari, per definizione non legati da rapporti contrattuali con le associazioni, comportava correttamente l'impossibilità di computare il rimborso spese ad essi spettanti nella determinazione del costo complessivo della manodopera, dovendo lo stesso comunque rientrare, al momento della formulazione dell'offerta economica, nell'ambito della quantificazione delle spese generali, atteso che, peraltro, l'impiego di soci volontari non retribuiti non implica di per sé una non rispondenza agli obiettivi di qualità del servizio esigibili dalla stazione appaltante, purché si tratti di un contributo "marginale" nell'economia complessiva del servizio (Consiglio di Stato, sez. III, 14/05/2018, n.2867).

Sulla base delle sovra esposte considerazioni, il ricorso dev'essere in definitiva respinto.

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

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Napoli (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge;

condanna la ricorrente alla rifusione, in favore della parte resistente, delle spese di giudizio che liquida in € 5.000,00, (cinquemila/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 13 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere

Fabio Maffei, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Fabio Maffei

IL PRESIDENTE

Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO