

Pubblicato il 27/02/2017

**N. 00351/2017 REG.PROV.COLL.**  
**N. 02160/2016 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 staccata di Salerno (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso, numero di registro generale 2160 del 2016, proposto dalla:  
Confederazione Nazionale delle Misericordie d'Italia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avv. Paolo Sanchini C. F. SNCPLA47M31D612G, Filippo Donati C. F. DNTFPP61E18F656M, Pasquale Ribecco C. F. RBCPQL78S23D122Y e Costanza Sanchini C. F. SNCCTN82M70D612A, con domicilio eletto, in Salerno, alla piazza Sant'Agostino, 29, presso l'Avv. Salvatore Paolino;

*contro*

Azienda Sanitaria Locale Avellino, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Pasquale Giovannelli C. F. GVNPQL41R21A399P, con domicilio eletto, in Salerno, al Corso Vittorio Emanuele, 126, presso lo studio dell'Avv. Caprio;

U. O. C. Provveditorato A. S. L. Avellino, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

*e con l'intervento di*

*ad adiuvandum:*

Comitato Regionale A. N. P. A. S. della Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Claudio Tamburini C. F. TMBCLD53C09B684G, con domicilio eletto, in Salerno, Largo San Tommaso d'Aquino, 3, presso la Segreteria del T. A. R. Salerno;

*per l'annullamento*

- 1) della proposta di deliberazione (a firma del Direttore ad interim U. O. C. Provveditorato di Avellino) e conseguente deliberazione n. 1409 del 22/11/2016, pubblicata all'Albo Pretorio in data 23/11/2016, e successivamente conosciuta, emessa dal Direttore Generale dell'A. S. L. Avellino, concernente: "Procedura aperta per l'affidamento del Servizio trasporto infermi in emergenza – 118 sul territorio dell'ASL Avellino" per i vizi, che saranno successivamente rubricati;
- 2) del bando di gara, pubblicato sulla G. U. R. I. in data 7/12/2016, avente ad oggetto: "Procedura aperta per l'affidamento del "Servizio trasporto infermi in emergenza – 118 sul territorio dell'ASL Avellino", numero gara attribuito dall'A. N. A. C.: 6595623 – CIG: 6895033939, per i vizi che verranno rubricati nel presente atto;
- 3) del capitolato speciale d'appalto della gara ANAC n. 6595623 ("Procedura aperta per l'affidamento del "Servizio trasporto infermi in emergenza – 118 sul territorio dell'ASL Avellino"), anche con particolare riferimento alla parte, in cui individua il personale adibito al servizio, nonché le modalità operative dello stesso, ed il suo costo;
- 4) del disciplinare di gara, anch'esso pubblicato sulla G. U. R. I. in data 7/12/2016, n. 6595623 ANAC ("Procedura aperta per l'affidamento del Servizio trasporto infermi in emergenza – 118 sul territorio dell'ASL Avellino");
- 5) del provvedimento, d'estremi ignoti, ove esistente, con cui è stato effettuato il calcolo complessivo, posto a base d'asta;

- 6) dei modelli allegati per la domanda di partecipazione alla gara, mediante “Procedura aperta per l’affidamento del Servizio trasporto infermi in emergenza – 118 sul territorio dell’ASL Avellino” – numero gara attribuito dall’A. N. A. C.: 6595623 – CIG: 6895033939, con particolare riferimento al punto in cui – per ogni luogo ove risulta operante e indicata una postazione medicalizzata – viene previsto un importo annuo a base d’asta e l’importo mensile della stessa, senza previamente indicare i criteri, attraverso i quali la stazione appaltante è giunta all’individuazione di tali valori, e che risulta decisamente incongrua, e fuori di ogni parametro riferibile al costo del personale, in particolare quello infermieristico;
- 7) di tutti gli atti necessari, presupposti, connessi e conseguenti, ivi compresi quelli a carattere generale, mai conosciuti o comunicati a chi ricorre;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio dell’A. S. L. Avellino;

Visto l’atto d’intervento *ad adiuvandum*;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, nell’udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2017, il dott. Paolo Severini;

Uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue;

## FATTO

La Confederazione Nazionale ricorrente, organizzazione di volontariato costituita in forma associativa, operante, senza scopi di lucro, a fini di assistenza e solidarietà, in esecuzione delle prescrizioni del proprio statuto sociale, raggruppante le Associazioni denominate “Misericordia”, d’origine remota, costituite in struttura confederale nazionale alla fine del secolo scorso, le quali rappresentano una realtà, radicata su tutto il territorio italiano,

nazionale, “quali istituzioni di aiuto e soccorso fondate sul principio volontaristico, che collaborano con le P. A. per interventi di carattere assistenziale nel settore sanitario, nei servizi sociali ed in quelli della protezione civile”; premesso che l’attività svolta, al pari di quella di altre Associazioni impegnate nel medesimo settore, quali l’A. N. P. A. S. e altre, si connotava per la “promozione della cooperazione per la tutela dei diritti sociali e servizi alla persona, fornendo un importante e qualificato apporto con particolare riguardo all’attività di primo soccorso e soccorso avanzato su mezzi di trasporto (ambulanze) con strumentazione e personale per consentire il rapido prelievo di pazienti dal luogo di richiesto intervento al più vicino presidio ospedaliero o a quello più idoneo per l’assistenza medica necessitata, coordinandosi secondo gli indirizzi forniti anche dal servizio di pronto soccorso “118”; che, in tale contesto, vari Dicasteri e PP. AA. avevano generalmente valutato, in senso favorevole, l’attività svolta dalla ricorrente, “inserendola costantemente tra i principali soggetti destinatari d’iniziativa deliberate per l’espletamento di servizi ed attività di primario interesse sociale e sanitario”; che, per tali ragioni, la stessa Confederazione aveva partecipato a molte procedure ad evidenza pubblica, per la selezione dei soggetti, cui affidare servizi rientranti nell’ambito socio – sanitario; che, in particolare, la ricorrente aveva prestato la propria attività nel settore trasporto sanitario (in genere e trasporto infermi in emergenza – 118) in varie A. S. L. italiane, “a chiamata delle stesse e/o a seguito di regolare procedura concorsuale”; osservava come, nella specie, l’A. S. L. resistente avesse indetto una procedura di gara, con le modalità della procedura aperta ed il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, per l’affidamento per dodici mesi (ed eventuale rinnovo per altri dodici mesi), del servizio Trasporto Infermi in Emergenza – 118, sul territorio della stessa Azienda, per un importo annuo di € 2.778.000,00 ed un ulteriore, uguale, importo per eventuale rinnovo, e, così, per una somma complessiva pari ad € 5.556.000,00, oltre IVA, se dovuta; e lamentava che, “da un attento esame

degli atti della procedura (...) emergevano evidenti violazioni di legge che rendevano di fatto inapplicabile (...) il bando e gli atti ad esso collegati, come pubblicati, da ultimo, in data 6/7 dicembre 2016”; in estrema sintesi, segnalava come fossero state individuate 30 postazioni S. T. I. E. (Servizio Trasporto Infermi in Emergenza) di cui 15 medicalizzate e le altre 15 non medicalizzate, distribuite su tutto il territorio dell’A. S. L. resistente, e come, per ogni postazione, fosse stato individuato un importo a base d’asta, e un importo mensile variabile da postazione a postazione, “senza la completa e corretta indicazione dei criteri stabiliti per la base d’asta prevista”; si doleva, inoltre, del fatto che il capitolato speciale, nell’indicare i requisiti previsti per gli autisti soccorritori e per gli infermieri professionali con caratteristiche di tempo, di ore e d’impegno, oltre che di retribuzione (laddove non fosse possibile la copertura del servizio, con l’attività di volontariato), individuava “parametri e criteri decisamente incongrui e contrari a tutte le disposizioni normative e regolamentari sia di carattere statale che di autorità amministrative indipendenti”; il che, a suo avviso, potrebbe indurre i partecipanti alla gara “a dover pensare al recupero delle somme necessarie per l’effettuazione del servizio secondo canoni non conformi a parametri di legittimità e comunque contrari ai principi cui deve ispirarsi il corretto comportamento di chi presta un’opera tanto delicata”; tanto premesso e considerato, articolava, avverso gli atti in epigrafe specificati, le seguenti censure:

1° MOTIVO: VIOLAZIONE DI LEGGE D. LGS. 50/2016 – VIOLAZIONE LEGGE 241/1990 – ECCESSO DI POTERE – CARENZA DI CRITERI PER L’ATTRIBUZIONE DEI VALORI POSTI A BASE D’ASTA – ERRORE NEI PRESUPPOSTI – DIFETTO D’ISTRUTTORIA – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI IN MATERIA DI GIUSTO PROCEDIMENTO E DI TRASPARENZA – VIOLAZIONE LINEE GUIDA ANAC: l’A. S. L. di Avellino avrebbe dovuto indicare, con esattezza, i criteri in forza dei quali aveva stabilito gli importi posti a base

d'asta nonché rendere intelligibile l'iter logico – giuridico per cui era giunta, per ogni postazione medicalizzata o meno, ad individuare, nei documenti di gara, un importo mensile e/o annuale; infatti, i punti di soccorso sarebbero stati attivati, ad opera della Centrale Operativa “118”, competente per territorio, “in risposta alle chiamate di soccorso provenienti dal territorio provinciale”; lo stesso capitolato, peraltro, all'art. 3 specificava che “la definizione dei confini operativi di ciascuna unità di soccorso risponde ad esigenze logistico – operative ed è determinata considerando a) il numero di abitanti; b) la superficie del territorio; c) l'indice demografico dato dal rapporto abitanti/territorio; d) la viabilità”; l'art. 3 proseguiva, disponendo che “l'ambulanza, insieme al personale dell'aggiudicatario, sosta presso i punti di soccorso individuati dall'azienda, in considerazione degli aspetti logistico – operativi del servizio e della programmazione aziendale”; con riferimento al rapporto tra l'articolazione territoriale e gli importi che dovranno essere corrisposti per la realizzazione del servizio (laddove, come riferito, il c. s. a. prevedeva alcuni criteri), nulla veniva detto, per comprendere “il ragionamento logico seguito dall'A. S. L. nella specificazione degli importi, posti a base d'asta”; infatti, se da un lato si prevedeva di prendere in considerazione “(...) a) il numero di abitanti, b) la superficie del territorio, c) l'indice demografico dato dal rapporto abitanti/territorio, d) la viabilità”, dall'altro non venivano affatto esplicitate le modalità, con cui il valore economico del singolo servizio si rapportava ai parametri suindicati; d'altronde, “la carenza di chiarezza nei criteri utilizzati applicata al valore posto a base d'asta equivaleva, in una gara a procedura aperta con criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, all'impossibilità per i concorrenti di presentare un'offerta concreta e realistica, specie se le somme poste a base d'asta sono assolutamente incongrue ed insufficienti”; era quindi citata giurisprudenza, anche di questo Tribunale, a sostegno; nella specie, in sostanza, la stazione appaltante non aveva fornito contezza su quali fossero, ad esempio, gli aspetti logistico – operativi del servizio, né il tipo di

programmazione aziendale, ricordata nel capitolato speciale d'appalto; tale indeterminatezza faceva sì che la gara si palesasse affetta da violazioni anche della l. 241/1990, sotto il profilo, affermato in giurisprudenza e in dottrina, che la P. A. deve porsi i cd. "autolimiti", ovvero taluni vincoli che circoscrivono il proprio potere discrezionale, al fine d'evitare che lo stesso possa degenerare in arbitrio, "al fine d'assicurare la parità di trattamento nonché la trasparenza della propria azione e l'effettività della tutela giurisdizionale"; ciò, in particolare, nei settori dei concorsi pubblici e, soprattutto, delle gare di appalto; in tal senso, la normativa prevede che la P. A. debba perseguire i propri fini, in base a criteri d'efficacia, d'imparzialità, pubblicità e trasparenza, oltre che d'economicità; detta ultima nozione era prevista, quale caposaldo dell'azione amministrativa, dall'art. 1 della l. 241/1990; in pratica, la ricorrente affermava che "quanto previsto dalla stazione appaltante non può prescindere da alcuni valori fissi cui la stessa deve attenersi in relazione all'operatività di quella certa postazione che vuole ricoprire"; e, "ponendo a confronto l'assoluta carenza d'indicazioni, per quanto riguarda gli aspetti logistico – operativi del servizio, in ciascun punto S. T. I. E., con riferimento all'importo annuo o mensile posto a base d'asta", appariva "del tutto evidente che il solo valore per il costo degli infermieri professionali supera di gran lunga l'importo complessivo annuo previsto da parte dell'A. S. L. nei documenti di gara; doveva, ancora, considerarsi che "le ambulanze vengono messe a disposizione da parte del concorrente, dovendosi computare non solo il valore annuale del costo della disponibilità di una ambulanza h24 ma anche, in generale, tutto quanto è collegato al funzionamento della stessa, tra cui il costo delle coperture assicurative, della manutenzione e della disponibilità di mezzi sostitutivi (per gli imprevisti del caso) nonché dell'usura degli stessi veicoli. Queste voci sono peraltro imposte dallo stesso capitolato speciale d'appalto unitamente a tutti i protocolli di sanificazione e di mantenimento delle attrezzature e dei materiali di consumo all'interno dei mezzi che devono essere utilizzati; sicché ben si comprendeva,

“anche alla luce della documentazione e della relazione tecnica che verrà prodotta in allegato al presente atto, che i valori posti a base d’asta per le varie postazioni sono incongrui ed insufficienti, di tal che risulta impossibile presentare offerte che siano assolutamente al di sotto del valore medio delle spese realmente sostenute”; in tal senso, risultava anche violata, secondo la ricorrente, la delibera A. N. A. C. del 20.01.2016, n. 32 (“Linee guida dell’ANAC per l’affidamento di servizi ad enti del terzo settore ed alle cooperative sociali”), con particolare riferimento ai punti 6.2 e 11: significativamente, e con riguardo proprio al settore del volontariato, il punto 11 della citata delibera prevedeva 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”; orbene, le indicazioni dell’Autorità erano poste proprio “per evitare quell’abuso di discrezionalità tecnica – oggi assimilata alla discrezionalità amministrativa – che, ancorché non impedisca in senso assoluto un controllo giurisdizionale, tuttavia facilmente determina una compressione dei principi di logicità e ragionevolezza delle scelte amministrative”; nella specie, l’illogicità era “di tutta evidenza”, come pure “la violazione delle norme del D. Lgs. 50/2016 e delle indicazioni A. N. A. C. in materia di gare d’appalto;

**2° MOTIVO: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 30 e 35 del D. LGS. 50 DEL 2016 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 3 DELLA LEGGE 241 DEL 1990 – ECCESSO DI POTERE PER MANIFESTA ILLOGICITÀ, INGIUSTIZIA, IRRAGIONEVOLEZZA, SPROPORZIONALITÀ, INADEGUATEZZA, CONTRADDITTORIETÀ, TRAVISAMENTO**

DEI FATTI E CARENZA DEI CRITERI POSTI A BASE D'ASTA: il prezzo, posto a base d'asta, non permetteva, secondo la ricorrente, “di formulare un’offerta che rispetti, in generale, l’esatta esecuzione delle prestazioni dedotte nel capitolato speciale di appalto e, più in particolare, il costo del lavoro relativo agli infermieri professionali”; premesso che l’art. 30 D. Lgs. n. 50/2016 – in continuità con quanto precedentemente previsto dall’art. 2 D. Lgs. n. 163/2006 – impone la garanzia della qualità delle prestazioni e il rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, prevedendo altresì che debba essere assicurato che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, fissando al comma 1, quale criterio da seguire nelle scelte della stazione appaltante, il principio di proporzionalità, a garanzia di un ragionevole equilibrio tra mezzi e fini, attraverso il minor sacrificio economico per gli operatori concorrenti; e che i commi 4, 5 e 6 fissano i profili di tutela del personale, impiegato nei lavori oggetto dell’appalto (il comma 4 del richiamato articolo statuendo che “al personale impiegato nei lavori oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l’attività oggetto dell’appalto o della concessione svolta dall’impresa anche in maniera prevalente”, elevando quindi, nel riprodurre testualmente l’art. 4 dell’abrogato d. P. R. 207/2010, il principio, posto a tutela dei lavoratori, dal rango secondario al rango primario, e ciò attesa la centralità degli obblighi in materia sociale e del lavoro gravanti sull’affidatario); la ricorrente lamentava che, nella specie, il prezzo a base d’asta – pari a € 5.556.000,00 per il biennio d’affidamento – era “del tutto inadeguato rispetto alle prestazioni dedotte nel capitolato speciale di gara” ed appariva “*ictu oculi* insufficiente per garantire il fabbisogno complessivo di

ore per l'attività infermieristica"; l'impugnato capitolato speciale di gara prevedeva, infatti, che il trasporto di infermi in emergenza dell'ASL di Avellino dovesse essere garantito in 30 postazioni S. T. I. E. (postazioni di Servizio Trasporti In Emergenza) presenti su tutto il territorio provinciale; che l'equipaggiamento doveva essere formato da un'ambulanza per ogni punto S. T. I. E., con un autista – soccorritore e un infermiere professionale, con diploma di laurea triennale in scienze infermieristiche e iscrizione al collegio IPASVI di residenza; che il servizio dovesse essere garantito per 24 ore su 24; benché, poi, l'ASL di Avellino avesse riservato la partecipazione alla gara alle organizzazioni di volontariato, aveva tuttavia inserito, per ciò che concerneva il personale infermieristico, una serie di clausole restrittive, che impedivano, di fatto, di garantire il predetto servizio, mediante l'esclusivo impiego di volontari; dalla lettura del capitolato, in particolare, si poteva verificare come la copertura infermieristica non potesse essere garantita da personale volontario – o potesse esserlo solo casualmente – bensì da infermieri in regime di libera professione, con titoli accademici e professionali ben precisi; inoltre, l'ASL aveva previsto “una turnazione del personale infermieristico su un numero ridotto di professionisti, palesando una certa reticenza (...) nell'inserimento di nuove figure, tale da rendere ancor più complicato l'apporto di personale volontario”; si leggeva, infatti, all'art. 5 del capitolato, che l'inserimento in servizio di nuovo personale, successivamente alla stipula del contratto, oltre ad essere richiesto al Direttore dell'U. O. C. Emergenza Territoriale, dovesse far seguito ad un corso d'affiancamento, di 10 turni, da parte di un infermiere esperto dell'ASL, e che al termine di tale affiancamento, l'attitudine al servizio dovesse essere attestata dal Direttore dell'U.O.C. Emergenza Territoriale”; in ogni caso, sull'impossibilità di utilizzare (solo: nde) personale volontario per il servizio infermieristico era “dirimente la previsione del medesimo art. 5 del capitolato speciale, che precisa che i turni degli operatori non possano prolungarsi per oltre dodici ore. Per meglio chiarire il (...) concetto giova precisare che un infermiere

professionale, dipendente generalmente, di una struttura pubblica o privata, è soggetto – dato il proprio tipo di rapporto di lavoro – a turnazioni di un certo tipo (per es. il cd. turno in 4" o in 5") che, ovviamente, variano di settimana in settimana, secondo le esigenze dell'Amministrazione sanitaria pubblica. Pertanto, per assicurare la presenza di personale infermieristico professionale, che operi in ambulanza per il servizio di trasporto in emergenza, l'aggiudicatario non potrà rivolgersi a infermieri professionali con rapporti di lavoro dipendente già instaurati ma dovrà, esclusivamente trattare con infermieri professionali che esercitino la libera professione o che, comunque, non abbiano già in essere rapporti lavorativi. Diversamente non è garantita la presenza di un personale così qualificato come quello richiesto dal bando e che porterebbe inevitabilmente alla violazione del punto 5 del Capitolato di appalto laddove si asserisce che: "I turni di servizio non possono prolungarsi oltre le 12 ore (...)". D'altra parte vi era anche da precisare che le ASL "hanno sempre contestato al personale infermieristico professionale lo svolgimento della propria attività al di fuori del rapporto di impiego pubblico in quanto, essendo gravoso il turno presso la ASL (ad es. anche un giorno e mezzo continuativo) e pur tenendo presente che nei due giorni successivi di riposo l'operatore sanitario è libero da impegni con la ASL, ciò non significa che in quel periodo debba prestare opera presso altre strutture. Difatti ne andrebbe compromessa l'integrità dell'infermiere sia dal punto di vista fisico che di lucidità e di corretta reattività in genere per lo svolgimento di un'attività tanto delicata"; chiarito, pertanto, che il servizio d'infermiere professionale doveva essere svolto da personale qualificato, la ricorrente rilevava come, a questo, dovesse essere applicato il contratto di lavoro dell'organizzazione concorrente, e in tal caso il CCNL Misericordie; orbene, dalla relazione peritale prodotta s'evinceva che, in applicazione del contratto collettivo nazionale dei dipendenti delle Misericordie, il costo ad ora, lordo, di un infermiere professionale era di € 21,00; sicché era sufficiente moltiplicare il predetto costo orario, anche solo per le ore teoricamente necessarie per

garantire il fabbisogno degli infermieri per i due anni di gestione, determinati dall'art. 5 del capitolato in n. 254.040,00 h per ogni anno di attività, per ottenere il costo complessivo, per il servizio infermieristico, pari a € 10.669.680,00 (254.040,00 x 2 x 21 €); era evidente, per la ricorrente, “la sottostima da parte dell’A. S. L. di Avellino del costo infermieristico e, più in generale, l’illogicità dei criteri di determinazione del prezzo posto a base di gara”; come chiarito dalla relazione tecnica prodotta, e in conformità alla costante giurisprudenza, ai fini del calcolo del costo standard per ora lavorata erano stati utilizzati: a) il netto lavorato risultante dalle disposizioni contrattuali C. C. N. L. Misericordie, per la figura dell’infermiere professionale, decurtato delle ore di assenza per formazione, malattia, permessi e ferie stabilite per legge; b) il costo contrattuale medio di un dipendente, cui è stato applicato un coefficiente moltiplicativo pari a 1,3648 comprendente gli oneri e sommata una quota forfettaria pari a € 5.000 annui per le indennità; in conclusione, per la ricorrente, “il prezzo posto a base di gara si discosta eccessivamente dal C. C. N. L. di riferimento e non vengono, di fatto, salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, come stabilito in sede di contrattazione collettiva e previsto dall’art. 30 del D. Lgs. n. 50/2016”; donde “l’illegittimità dell’impugnato bando di gara, in quanto il prezzo posto a base d’asta è incongruo e inadeguato e comunque non in grado di garantire la copertura delle retribuzioni degli infermieri professionali”; d’altronde era ovvio che “in un giudizio avverso un bando di gara, la misura del prezzo a base d’asta non debba implicare una mera scelta di convenienza e opportunità bensì una valutazione alla stregua di cognizioni tecniche (andamento del mercato nel settore di cui trattasi, tecnologie che le ditte devono adoperare nell’espletamento dei servizi oggetto dell’appalto, numero di dipendenti che devono essere impiegati, rapporto qualità – prezzo per ogni servizio)”; e l’A. N. A. C., con delibera 20.01.2016, n. 32 (“Linee guida per l’affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali), al punto 11, aveva evidenziato 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. Pertanto, l'importo a base di gara deve trovare dimostrazione in un dettagliato computo delle attività che devono essere svolte e dei loro costi, ciò che risulta funzionale anche a stabilire i requisiti tecnici necessari per gli operatori e a consentire una più efficace verifica della congruità delle offerte. Le stazioni appaltanti devono quindi 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. Per assicurare una corretta stima dei costi, le amministrazioni devono ricorrere, sempre in fase di programmazione, a indagini conoscitive anche con il coinvolgimento dei soggetti coinvolti nella programmazione, operanti nello specifico campo di intervento. Nella determinazione del costo del servizio si deve tener conto anche del trattamento economico da prendere a riferimento, determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi"; in molte occasioni, del resto, sia l'Autorità giudiziaria, sia quella amministrativa, avevano evidenziato la necessità che le procedure di gara fossero poste in essere sulla base di prezzi aggiornati, con valori economici coerenti con il costo del lavoro e l'andamento del mercato, a pena d'intuibili carenze d'effettività delle offerte e d'efficacia dell'azione della P. A., oltre che di sensibili alterazioni della concorrenza tra imprese"; laddove, nell'impugnata delibera a contrarre, sia nel bando di gara sia nel capitolato speciale, non v'era "traccia della stima dei costi, e in particolare, dei criteri di determinazione del costo del lavoro"; era pertanto ammissibile "il sindacato del giudice amministrativo, con la precisazione che esso è limitato ai casi di complessiva inattendibilità delle operazioni e valutazioni tecniche operate

dall'amministrazione, all'illogicità manifesta, alla disparità di trattamento, non potendo il giudizio, che il Tribunale compie, giungere alla determinazione del prezzo congruo"; la determinazione del prezzo, posto a base di gara, non poteva insomma prescindere, per il rispetto dei basilari principi di efficienza, efficacia e correttezza, da una verifica reale della loro congruità in relazione alle condizioni di lavoro; tale scelta, inoltre, si rendeva ancora più necessaria, "quando l'appalto ha per oggetto la gestione di servizi essenziali quali il servizio di trasporto infermi in emergenza 118 sul territorio, dove le prestazioni da erogare rilevano non soltanto da un punto di vista quantitativo ma soprattutto sotto il profilo qualitativo"; la conclusione, secondo la ricorrente, era che "un partecipante alla gara di cui trattasi non è in grado di presentare un'offerta seria e ponderata", in violazione dei principi generali in materia d'appalto, espressi anche dal D. Lgs. 50/2016, e segnatamente dall'art. 30; alla luce delle considerazioni precedenti, risultava evidente "come non possa sussistere quell'equilibrio economico finanziario che rende legittima una gara in quanto, se l'offerta risulta inferiore alla base d'asta (come nel caso di specie non può non essere, per le ragioni sopra indicate) l'operatore risulterà in perdita e quindi ci troveremmo di fronte ad una circostanza che non può né deve verificarsi", e anche se l'operatore era un'organizzazione di volontariato, che per definizione non deve mirare al lucro, "tuttavia, la stessa deve far in modo di non andare in perdita e cioè deve fare attenzione a svolgere la propria azione in pareggio"; tanto era anche in linea con l'art. 30 del nuovo Codice degli Appalti che riserva una particolare attenzione al principio di economicità al fine di conseguire prestazioni contrattuali ad un costo contenuto ma comunque congruente con il mercato di riferimento;

**3° MOTIVO: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 51 e 83 del D. LGS. 50 DEL 2016 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 3 DELLA LEGGE 241/1990 – DIFETTO DI MOTIVAZIONE – ECCESSO DI POTERE PER MANIFESTA ILLOGICITÀ, INGIUSTIZIA, IRRAGIONEVOLEZZA,**

SPROPORZIONALITÀ, INADEGUATEZZA E CONTRADDITTORIETÀ: l'A. S. L. non aveva suddiviso l'appalto in lotti, come avrebbe dovuto e come era ben possibile, e non aveva motivato tale scelta, come invece imposto dall'art. 51 del D. Lgs. n. 50/2016 (disposizione aderente ai principi comunitari in maniera ancor più intensa rispetto al pregresso art. 2, comma 1 bis, del D. Lgs. n. 163/2006); l'art. 51 comma 1 del D. Lgs. n. 50/2016 prescrive infatti che “nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg), in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139”; la predetta disposizione, in recepimento di direttive UE, ha innovato sostanzialmente il quadro della disciplina nazionale, costituendo, ora, la regola generale, al fine di favorire l'accesso alle micro, piccole e medie imprese; inoltre, la prescritta motivazione, circa le ragioni della mancata suddivisione dell'appalto in lotti, mancava completamente nell'impugnata delibera a contrarre, n. 1409 del 22.11.2016, come del resto non veniva fatto alcun cenno delle ragioni che avevano determinato la P. A. a procedere all'indizione di una gara a lotto unico, anche se la natura dell'appalto (servizio di trasporto in emergenza in 30 punti S. T. I. E.), per l'importanza e l'articolazione territoriale, nonché per le ingenti risorse umane e strumentali necessarie per garantire la corretta esecuzione dello stesso, avrebbe suggerito una suddivisione in lotti, in maniera tale da favorire la migliore partecipazione di più organizzazioni; e la scelta di un solo lotto, per oltre 30 postazioni di ambulanza, con turni h24, tendeva “a ridurre notevolmente il novero dei soggetti – tra l'altro associazioni di volontariato molte volte poco strutturate

tecnicamente e logisticamente per formulare da sole una proposta progettuale così complessa – in grado di partecipare alla predetta gara”; se era vero allora che, come ribadito più volte dalla giurisprudenza, le stazioni appaltanti hanno il potere di fissare nei bandi di gara parametri di capacità tecnica dei partecipanti e requisiti soggettivi specifici di partecipazione attraverso l’esercizio di un’ampia discrezionalità, era anche vero che tale potere incontra i limiti (...) imposti dai principi di ragionevolezza e proporzionalità, che consentono il sindacato giurisdizionale sull’idoneità ed adeguatezza delle clausole del bando, rispetto alla tipologia e all’oggetto dello specifico appalto; nella specie, secondo la ricorrente, detti limiti sarebbero stati travalicati, posto che l’A. S. L. di Avellino, da una parte, aveva riservato la partecipazione alla gara alle associazioni di volontariato, utilizzando gli strumenti che il nuovo codice gli consente ma, dall’altra (mediante la predisposizione di una gara ad unico lotto per 30 postazioni di emergenza), aveva contraddetto la propria scelta iniziale, “precludendo a tante piccole organizzazioni di volontariato di concorrere per l’affidamento del servizio di soccorso in emergenza”,

4° MOTIVO: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE LEGGE 231/2002 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 30 D. LGS. N.50/2016 – ECCESSO DI POTERE PER IRRAGIONEVOLEZZA, CONTRADDITTORIETÀ E TRAVISAMENTO DEI FATTI: l’art. 16 del capitolato, in materia d’interessi moratori, prescriveva che “in caso di ritardata corresponsione, superiore ai 60 (sessanta) giorni di cui sopra, per cause non imputabili alla ASL, non decorreranno, a carico della stessa, gli interessi di mora”: detta disposizione era, per la ricorrente, illegittima, in quanto contrastante con quanto prescritto dall’art. 7 della l. 231/2002: per i contratti pubblici di servizi e forniture esiste, infatti, una specifica normativa nazionale, di contrasto al fenomeno dei ritardati pagamenti, che è racchiusa nel D. Lgs. 231/2002, con cui è stata recepita la direttiva europea 2000/35/CE (finalizzata alla lotta contro i ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali); era stato evidenziato, dalla giurisprudenza, che devono

considerarsi inique le clausole di un bando di gara con cui la stazione appaltante stabilisca unilateralmente un termine di pagamento ed una decorrenza degli interessi moratori, difformi da quelli stabiliti dall'art. 4 del suddetto decreto, nonché un saggio d'interesse, diverso da quello previsto dall'art. 5 del decreto medesimo; l'imposizione della dilazione dei termini per il pagamento introdurrebbe infatti, come nella specie, "un indebito vantaggio per l'Amministrazione, che è considerata alla stregua di parte contrattuale forte, per i poteri autoritativi di cui dispone nella fase pubblicistica dell'attività negoziale"; ebbene, l'art. 4 del D. Lgs. 231 del 2002 prevede, a carico della P. A., il termine di 30 giorni per eseguire il pagamento in favore delle imprese appaltatrici e ciò indipendentemente dalle modalità di corresponsione concreta delle somme dovute, stabilite dalle parti; tale disciplina trova applicazione anche nell'ipotesi di pagamento rateale, posto che il comma 7 della richiamata norma contempla la "facoltà delle parti di concordare termini di pagamento a rate. In tali casi, qualora una delle rate non sia pagata alla data concordata, gli interessi e il risarcimento previsti dal presente decreto sono calcolati esclusivamente sulla base degli importi scaduti" (decorso il predetto termine di 30 giorni iniziano a maturare gli interessi moratori); è poi previsto, per le P. A., la possibilità d'elevare tale termine a 60 giorni, in casi particolari tassativamente indicati all'art. 4, comma 4, D. Lgs. 231/2002; se era vero che, in virtù delle clausole in esame, l'A. S. L. di Avellino poteva procedere al saldo delle fatture, emesse dal gestore del servizio, nel momento in cui aveva la disponibilità delle necessarie risorse, era però altrettanto vero che tale facoltà non incideva sul quantum dovuto, secondo legge comprensivo anche degli interessi moratori, fino al momento dell'effettivo pagamento; sicché, nella specie, era applicabile esclusivamente il termine di 60 giorni per il pagamento delle prestazioni rese; ancora, all'art. 7 del D. Lgs. n. 231/2002 è espressamente prevista la nullità delle clausole contrattuali che derogano: 1) ai termini di pagamento, 2) al pagamento degli interessi di mora, 3) al risarcimento dei costi di recupero del credito (tali clausole sono nulle qualora

risultino gravemente inique in danno del creditore); e infatti, il richiamato art. 7, al fine di tutelare le ragioni delle imprese creditrici, prevede l'applicazione degli art. 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile; in virtù del richiamo all'art. 1339, le clausole contrattuali che appaiono difformi rispetto alla normativa sono sostituite di diritto, mentre l'art. 1419 dispone la nullità parziale delle singole clausole contrattuali che violino la legge; quindi le predette clausole erano "evidentemente nulle in quanto attribuiscono all'A. S. L. di Avellino la facoltà di differire unilateralmente il termine per eseguire il pagamento e di stabilire, sempre unilateralmente, il termine di decorso degli interessi moratori, con ciò alterando inevitabilmente il sinallagma contrattuale con grave pregiudizio del gestore del servizio. Esse dovrebbero, pertanto, essere considerate nulle con conseguente applicazione delle disposizioni generali di cui all'art. 4 D. Lgs. n. 231/2002";

5° MOTIVO: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 30 DEL D. LGS. N. 50/2016 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART.1460 C. C. – ECCESSO DI POTERE SOTTO IL PROFILO DELL'IRRAGIONEVOLEZZA, PROPORZIONALITÀ, CONTRADDITTORIETÀ – TRAVISAMENTO DEI FATTI: l'impugnato bando di gara, all'allegato capitolato speciale, art. 6, prescrive che: "Atteso che le prestazioni previste dal presente CSA integrano gli estremi del pubblico servizio, l'aggiudicatario rinuncia espressamente al diritto di cui all'art. 1460 c. c., obbligandosi ad adempiere le prestazioni contrattuali anche in caso di mancata, tempestiva controprestazione (erogazione del rimborso) da parte dell'A. S. L. Avellino"; era evidente, ad avviso di parte ricorrente, che la predetta disposizione introduceva una clausola preventiva d'irrisolubilità del futuro contratto d'appalto di servizi, in virtù della quale gli operatori economici rinunciavano preventivamente, in caso di grave inadempimento da parte della P. A., ad attivare gli strumenti di tutela, previsti dall'art. 1460 c. c.; era peraltro altrettanto evidente la nullità della cennata disposizione, non essendo ammissibile il patto, con cui i contraenti rinunciano preventivamente

a far valere, a fronte dell'inadempimento della controparte, il diritto alla risoluzione (cd. clausola d'irrisolubilità), in quanto tale accordo trasformerebbe quello originario in due promesse "autonome" e gratuite; in altre parole, promettere una prestazione per ottenere una controprestazione, consentendo nel contempo l'irrisolubilità, significherebbe mettersi nell'ottica della donazione o del gioco, accettando di arricchire la controparte ove questa sia inadempiente al contratto e insolubile rispetto a un'obbligazione risarcitoria; la clausola, infatti, avrebbe l'effetto di far rivivere le due promesse in modo autonomo, introducendo nel contratto un elemento di aleatorietà che verrebbe a sovvertire la funzione stessa dei contratti a prestazioni corrispettive; in sostanza, la clausola de qua, come concepita dall'A. S. L., escludeva "la causa stessa del contratto a prestazioni corrispettive, introducendo inoltre un'aleatorietà, nel senso che gli operatori economici sono "costretti" ad accettare una condizione meramente potestativa in virtù della quale la P. A. può decidere arbitrariamente quando e come corrispondere le somme per i servizi resi dai privati, esponendoli ad un rischio imprenditoriale imponente"; proprio la rilevanza del servizio di trasporto d'urgenza, e dunque la natura delle prestazioni dedotte contrattualmente, nonché la determinazione della stazione appaltate di procedere all'affidamento con unico lotto di 30 postazioni, in luogo della suddivisione in più lotti, avevano reso economicamente rilevante l'appalto in oggetto; ciò avrebbe suggerito "d'escludere una previsione eccessivamente gravosa, oltre che illegittima, vessatoria ed illecita".

La ricorrente formulava istanze istruttorie (la contestazione relativa al prezzo posto a base d'asta, con particolare riferimento alla spesa necessaria per il personale infermieristico professionale, era stata determinata anche a seguito di una relazione tecnica redatta dalla Confederazione Nazionale delle Misericordie d'Italia; al fine di un'eventuale verifica da parte del Collegio, si chiedeva che, ove ritenuto opportuno, fosse disposta una c. t. u., per accertare

l'effettivo costo orario di un infermiere professionale, e conseguentemente il costo annuo dello stesso) e cautelari.

Seguiva il deposito di documentazione, nell'interesse della Confederazione ricorrente.

Si costituiva in giudizio l'a. S. L. di Avellino, con memoria in cui eccepiva, anzitutto, l'inammissibilità dell'avverso gravame, in quanto le censure, ivi esposte, erano tutte accomunate dal "fondamentale difetto di voler intaccare l'autonomia discrezionale della stazione appaltante", che non poteva essere sottoposta a sindacato di legittimità; nonché l'inammissibilità del ricorso, per la genericità nella prospettazione dei motivi; nonché, in ogni caso, nel merito, concludendo per l'infondatezza del medesimo.

Con ordinanza, resa all'esito della camera di consiglio del 10 gennaio 2017, la Sezione così decideva, circa la richiesta di misure cautelari, presentata nell'atto introduttivo del giudizio: "RITENUTO che, ad una sommaria delibazione propria della fase cautelare, i criteri formulati dalla stazione appaltante per la formulazione delle offerte economiche non appaiono prima facie inintelligibili né obiettivamente incongrui od irragionevoli, avuto riguardo alle finalità sociali delle organizzazioni del terzo settore, alla prefigurata inoperatività della logica del profitto ed alla sufficienza del criterio dell'integrale rimborso dei costi;

CONSIDERATO che le gravate clausole di bando non esibiscono un carattere *ictu oculi* immediatamente escludente, in quanto non impositive di oneri manifestamente incomprensibili od obiettivamente sproporzionati, nè prefigurative di condizioni negoziali eccessivamente onerose ovvero obiettivamente ed assolutamente non convenienti (cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 febbraio 2015, n. 491);

RITENUTO, peraltro, che i profili di immediatezza, attualità ed irreparabilità del paventato e prospettico pregiudizio non appaiono tali da legittimare una immediata sospensione, in fase liminare, della procedura, fermo restando il più compiuto e pieno apprezzamento delle formalizzate doglianze nella

congrua sede di merito, a fissarsi con la sollecitudine imposta dal rito accelerato operante in subiecta materia, nei sensi di cui al dispositivo che segue;

CONSIDERATO che le spese della presente fase processuale possano essere integralmente compensate;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), respinge l'articolata istanza cautelare e fissa, per la trattazione nel merito della controversia, la pubblica udienza del 7 febbraio 2017".

Interveniva, quindi, in giudizio, *ad adiuvandum*, il Comitato Regionale ANPAS della Campania, con atto, in cui riepilogava le censure del ricorso introduttivo, concludendo per il loro accoglimento.

Seguiva il deposito di memorie conclusionali, nell'interesse delle parti (ivi compreso l'interveniente *ad adiuvandum*); seguiva il deposito di repliche, nell'interesse della Confederazione ricorrente e dell'Azienda Sanitaria resistente (nella propria, l'A. S. L. eccepiva l'inammissibilità dell'intervento dell'ANPAS, perché: a) non notificato; b) espressione d'un interesse diretto all'impugnativa degli stessi atti, gravati dalla Confederazione, il quale avrebbe dovuto determinare la proposizione, in proprio, del ricorso, nel rispetto dei relativi termini di decadenza).

All'udienza pubblica del 7 febbraio 2017, il ricorso era trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Preliminarmente, va esaminata l'eccezione d'inammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum*, spiegato dal Comitato Regionale ANPAS della Campania, sollevata dalla difesa dell'A. S. L. di Avellino.

L'eccezione è fondata.

L'Azienda Sanitaria Locale resistente, in particolare, ha osservato come l'intervento in questione non (le) sia stato notificato; tale eccezione, nella sua assolutezza, va rettificata, nel senso che il Comitato interveniente ha, in realtà,

provveduto a spedire per la notifica l'atto de quo, sia alla Confederazione ricorrente, sia all'A. S. L. di Avellino, a mezzo raccomandata a. r.; sta di fatto, però, che lo stesso Comitato non ha, poi, provveduto a depositare, in giudizio, l'avviso di ricevimento di detta raccomandata (segnatamente, per quanto qui rileva, di quella, spedita all'Azienda Sanitaria Locale di Avellino).

Poiché l'Azienda Sanitaria resistente, nelle proprie difese, ha espressamente eccepito l'omessa notifica dell'atto in questione, l'intervento non può, di conseguenza, sottrarsi alla sanzione dell'inammissibilità, in applicazione dell'art. 45, 2° e 3° comma, c. p. a. (“2. È fatta salva la facoltà della parte di effettuare il deposito dell'atto, anche se non ancora pervenuto al destinatario, sin dal momento in cui la notificazione del ricorso si perfeziona per il notificante. 3. La parte che si avvale della facoltà di cui al comma 2 è tenuta a depositare la documentazione comprovante la data in cui la notificazione si è perfezionata anche per il destinatario. In assenza di tale prova le domande introdotte con l'atto non possono essere esaminate”).

In giurisprudenza, s'è osservato: “Alla stregua di quanto dispone l'art. 45, comma 3, cod. proc. amm., l'adempimento dell'onere del deposito della prova dell'avvenuto perfezionamento della notifica del ricorso per il destinatario è indispensabile perché la domanda introdotta possa essere esaminata. Infatti, la parte che si avvale della facoltà di cui al comma 2 (ossia del deposito del ricorso senza la prova dell'avvenuta notificazione) è tenuta a depositare la documentazione comprovante la data in cui la notificazione si è perfezionata anche per il destinatario. In assenza di tale prova le domande introdotte con l'atto non possono essere esaminate. Pur mancando, nel comma 3 dell'art. 45, una formulazione quale «a pena di decadenza», o «a pena di inammissibilità», in presenza di un divieto esplicito per il giudice di « esaminare » le domande processuali contenute in atti introduttivi in riferimento ai quali non sia stato comprovato il buon esito della notifica al destinatario entro il termine ultimo del passaggio della causa in decisione, si deve ritenere che, a fronte della mancata costituzione in giudizio della parte

resistente, o appellata, entro il momento ultimo suddetto, l'omessa produzione dell'avviso di ricevimento del plico contenente l'atto d'appello, avviato alla notificazione per mezzo del servizio postale, entro il termine suindicato, comporti l'inesaminabilità — e quindi l'inammissibilità — del gravame” (Consiglio di Stato, Sez. VI, 2/05/2016, n. 1678).

Alla situazione, considerata in detta massima, di mancata costituzione in giudizio della parte, cui la notifica era diretta, va, ad avviso della Sezione, equiparata quella, in cui tale controparte, pur costituita in giudizio, abbia tuttavia esplicitamente eccepito, come nella specie, “l'inesistenza della notifica” dell'atto (e, quindi, nella specie, dell'intervento in esame).

Ciò posto, vanno esaminate le eccezioni d'inammissibilità dell'atto introduttivo della causa, sollevate – sempre dalla difesa dell'A. S. L. resistente – sotto diversi profili, e segnatamente: a) perché il G. A. non potrebbe sindacare la legittimità delle scelte discrezionali, operate dall'Azienda Sanitaria Locale; b) per genericità, nella prospettazione dei motivi.

La prima eccezione è infondata: come s'è ritenuto, in giurisprudenza: “La determinazione del contenuto del bando di gara *in ordine alle prestazioni delle parti e, dunque, a quelle da eseguire dall'aggiudicatario e alle somme dovute dalla stazione appaltante*, costituisce espressione di un 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” (Consiglio di Stato, sez. V, 17/07/2014, n. 3770).

Non esiste (non può esistere), quindi, un divieto assoluto, per il G. A., di sindacare la legittimità delle scelte, di discrezionalità tecnica, operate dall'Amministrazione in sede di predisposizione dei bandi, bensì tale sindacato è ristretto, ovviamente, ai soli casi, in cui le scelte operate si palesino come evidentemente irragionevoli od irrazionali.

L'eccezione, quindi, nella sua assolutezza, non si presta ad essere accolta, e nel seguito della motivazione si darà conto della verifica, eseguita dal Collegio, circa la razionalità, o meno, delle scelte, concretamente effettuate dall'Amministrazione appaltante.

La seconda eccezione d'inammissibilità è priva di pregio: dalla lettura dell'atto introduttivo del giudizio, come sopra riportato, ci si rende agevolmente conto che le censure, ivi dispiegate, sono tutto, tranne che generiche.

Stabilito, quindi, che il ricorso è pienamente ammissibile, osserva il Tribunale che esso è anche fondato.

Carattere dirimente, con assorbimento d'ogni altra doglianza, riveste la considerazione della censura, rubricata sub 2), nell'atto introduttivo del giudizio.

Richiamando, sotto il profilo fattuale, l'ampia esposizione operata in narrativa, rileva il Tribunale come la censura in oggetto sia – conformemente al *petitum* del ricorso – tale, da determinare l'annullamento degli atti gravati, sotto il particolare profilo, che si andrà di seguito a dettagliare.

Il punto di partenza dell'analisi è, di necessità, costituito dalla ricognizione dell'assetto normativo che disciplina l'esecuzione degli appalti pubblici, e segnatamente, per quanto qui rileva, dall'art. 30 del d. l.vo 50 del 2016, rubricato "Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni", che al comma 1, stabilisce: "L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di

libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. *Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico*".

La stessa disposizione di legge, al comma 4, stabilisce: "Al personale impiegato nei lavori oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente".

Le norme, sopra riportate, fissano, da un lato, al primo comma, la regola, secondo cui il principio di economicità può essere, nei casi previsti dalla legge, subordinato ai criteri, fissati dal bando, ispirati ad esigenze sociali; e, nel quarto comma, la regola, altrettanto cogente, secondo cui "al personale impiegato nei lavori oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro".

Nel confronto dialettico delle due norme citate si riassume, in sintesi, la controversia in esame; sostenendosi, da parte della Confederazione ricorrente, che la previsione di spesa dell'A. S. L., in relazione all'appalto in esame, non sarebbe sufficiente neppure a coprire i costi per il personale infermieristico, che, pure, deve necessariamente essere presente nelle ambulanze del servizio 118, dislocate su tutto il territorio provinciale; e dall'altro replicandosi, da parte dell'Azienda Sanitaria, che trattandosi di gara, espressamente riservata alla partecipazione delle sole associazioni di volontariato, prive – per definizione – di scopi lucrativi, la regola del rispetto dei contratti collettivi

sarebbe recessiva, operando le suddette associazioni di volontariato, per il fine solidaristico che le caratterizza, in regime di sola copertura dei costi, senza la possibilità, neppure teorica, di realizzare alcun profitto.

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).

Insomma, pare al Collegio che ben può l’Azienda Sanitaria Locale di Avellino consentire la partecipazione alla gara in oggetto alle sole associazioni di volontariato, purché – la condizione è essenziale – il budget di spesa previsto serva, almeno, a coprire i costi del servizio (essendo evidentemente improponibile che le associazioni di volontariato concorrenti possano formulare offerte in perdita, ovvero offerte che non consentano loro neppure di pagare le spese).

Ritiene il Tribunale che porre la questione nei sensi suddetti non rappresenti una banalizzazione della questione, senz’altro sfaccettata e complessa, oggetto del presente gravame, ma serva a fare chiarezza in una vicenda, che altrimenti rischia di perdersi tra incerti confini.

Ciò posto, rileva il Tribunale che la Confederazione ricorrente, in sostanza, ha affermato, nel proprio gravame e negli scritti difensivi successivi, che:

pur trattandosi di gara, riservata alle sole organizzazioni del volontariato, pur tuttavia, nel capitolato, erano presenti una serie di clausole restrittive, impeditive dell'espletamento del servizio in questione, mediante l'esclusivo impiego di volontari;

in particolare, il prezzo posto a base d'asta – pari a € 5.560.000,00 per il biennio d'affidamento – sarebbe stato del tutto inadeguato rispetto alle prestazioni, comprese nel capitolato speciale, e segnatamente insufficiente a coprire il fabbisogno complessivo di ore per l'attività infermieristica (posto che l'equipaggiamento d'ogni ambulanza prevedeva, oltre all'autista soccorritore – figura di volontario per la quale non sorgono particolari problemi – anche un infermiere professionale, con diploma in laurea triennale in scienze infermieristiche e iscrizione al collegio IPASVI di residenza);

in pratica, richiedendo espressamente, il capitolato, un infermiere professionale, e non un volontario (apparendo davvero incontestabile, al Tribunale, che una cosa è un infermiere “professionale”, altra cosa è un infermiere “volontario”, atteso che il primo è un professionista del proprio settore, con la conseguenza che non può non essere assunto regolarmente e non può non essere retribuito, secondo i parametri previsti dai contratti collettivi vigenti nell'area, ove lo stesso è chiamato a prestare la propria opera), poiché il costo all'ora di un infermiere professionista, secondo i contratti collettivi vigenti, è pari a 21 euro l'ora, nonché tenendo altresì presente che la legge prevede come minimo 11 ore al giorno di riposo consecutivo, per gli infermieri professionali, già soltanto tale costo sarebbe tale, da superare ampiamente il budget di spesa per l'intero appalto;

non solo, perché anche a voler applicare, in linea ipotetica e contra legem, a tali infermieri “professionali” la somma prestabilita, attualmente prevista dalla convenzione vigente tra l'A. S. L. di Avellino e le organizzazioni di volontariato, a titolo di rimborso del costo del servizio ad ora, vale a dire 12 euro all'ora, anche soltanto tale costo avrebbe superato, sia pur di poco, il totale dell'appalto, fissato in € 5.556.000,00.

ciò, senza neppure considerare gli altri rilevanti costi, gravanti sulle associazioni di volontariato concorrenti, per la gestione “h 24” del servizio in oggetto (principalmente quello per la messa su strada, la manutenzione, la copertura assicurativa e il funzionamento delle autoambulanze, che – del pari – devono essere messe a disposizione dell’A. S. L. dalle stesse associazioni concorrenti).

A fronte di tali osservazioni, l’Azienda Sanitaria Locale di Avellino ha replicato, essenzialmente, sulla base di due argomenti, tra loro complementari, nel senso che la congruità del budget di spesa, previsto nella lex specialis in oggetto, sarebbe garantita: - a) dalla riserva dell’appalto, in favore delle sole associazioni di volontariato (e, quindi, nelle finalità sociali, proprie del cd. “terzo settore”), e, in particolare, dal “carattere solidaristico e gratuito delle prestazioni riferite al servizio di cui trattasi, fatto salvo il solo rimborso delle spese”; - b) dalla circostanza che “le clausole e gli importi individuati nel c. s. a.” sarebbero state rispettose del criterio dell’integrale rimborso dei costi, posto che il costo di € 21,00 all’ora, indicato dalla ricorrente, e ricavato dal C. N. L. delle Misericordie, non vincolerebbe affatto la stazione appaltante, né – tanto meno – attribuirebbe “alcuna pretesa” alle associazioni, che volessero partecipare alla gara.

Orbene, quanto alla prima osservazione, non può che ribadirsi che la stessa lex specialis richiede non un volontario, in affiancamento all’autista – soccorritore, bensì un “infermiere professionale”, e quindi un professionista del settore (essendo francamente impensabile che le associazioni concorrenti possano garantire la presenza di “infermieri professionali”, e per di più “volontari” (ovvero che accettassero di non essere retribuiti, a norma di C. C. N. L.), su tutte le ambulanze, per tutti i turni di servizio e per tutte le postazioni del “118” dedotte in appalto); e, quanto alla seconda, va rimarcato che se, certamente, il C. C. N. L. “Misericordie” non può costituire un vincolo assoluto per l’A. S. L., né può fondare “pretese” delle associazioni concorrenti, ciò nonostante esso rappresenta, senz’altro, un valido parametro

per dimostrare l'incongruità del budget di spesa previsto; e, comunque, da parte dell'Azienda resistente non è stato fornito un calcolo alternativo, in grado di dimostrare, viceversa, l'adeguatezza dell'importo a base d'asta prescelto.

Ciò, senza considerare che – neppure quanto all'affermato, da parte ricorrente, superamento di detto tetto, già soltanto mercé l'applicazione del costo – di mero rimborso spese – di appena € 12.00 l'ora (ammesso, e non concesso, che un infermiere “professionale” possa accontentarsi di tanto) – alcuna difesa è stata spiegata, da parte dell'Azienda Sanitaria Locale di Avellino.

Alla successiva memoria di replica, l'A. S. L. ha poi allegato la relazione del R. U. P., nella quale – di là dal richiamo preliminare alla legittimità della scelta di bandire una gara riservata alle sole organizzazioni del terzo settore, che non è in discussione – il firmatario della stessa fornisce una serie di osservazioni, circa la coesistenza del carattere della professionalità della propria qualifica, e al contempo della volontarietà della propria opera, da parte dell'infermiere, che dovrebbero giustificare l'indicazione dell'importo a base d'asta, secondo quanto riportato nel c. s. a., ma che invece, francamente, non convincono (“Quanto poi alla circostanza, affermata dalla ricorrente, che l'infermiere professionale aderente ad una organizzazione di volontariato (e rinvenendo in tale organizzazione il proprio titolo ad effettuare il servizio trasporto infermi in emergenza) non può essere considerato un “volontario” ma un professionista da retribuirsi secondo tariffe di legge, dobbiamo rilevare che, *per quanto possano essere legittime in linea di principio le richieste e le aspettative degli infermieri professionali, non è l'appalto indetto dall'ASL Avellino (si ribadisce, riservato alle sole organizzazioni di volontariato) che può diventare terreno di rivendicazione per tacciare di illegittimità la procedura di gara* atteso che, a tutt'oggi, l'asserzione (rectius: la pretesa) che l'infermiere che presta la propria opera di volontario sotto le insegne di questa o quella organizzazione di volontariato non possa comunque essere considerato tale (vale a dire volontario con

diritto al solo rimborso delle spese) non trova alcun riscontro nella Legge Quadro sul Volontariato né in pronunce giurisprudenziali sia delle Corti italiane che della stessa Corte di Giustizia Europea. Inoltre, l'obiezione della ricorrente secondo cui il servizio di trasporto infermi in emergenza debba essere necessariamente svolta da infermieri professionali (quindi in possesso di capacità professionali adeguate) non può essere tale da giustificare una richiesta di una contribuzione secondo contratto collettivo”).

Da un lato, quindi, nella citata relazione s'afferma che le aspettative degli infermieri professionali sono “legittime” (e non si vede, del resto, come potrebbe affermarsi il contrario), dall'altro, però, si sostiene che, nel caso specifico, le stesse non dovrebbero, purtuttavia, venire in risalto; la verità è che l'A. S. L. non è in grado di conciliare, altro che con argomentazioni, scarsamente appropriate e assai poco convincenti, il rilevato, intimo, contrasto tra la natura professionale delle prestazioni, che l'Azienda stessa pretende dagli infermieri, che dovranno prestare il primo soccorso agli infermi, sulle ambulanze del “118” della provincia di Avellino (la quale richiede d'essere congruamente remunerata), e la pretesa semi – gratuità della loro opera (id est, il solo rimborso delle spese sostenute, senza alcun margine di profitto) che, pure, contemporaneamente s'esige dalle associazioni di volontariato concorrenti, che tale “manodopera” dovranno reperire, nonché “compensare”.

Insomma, non è seriamente sostenibile, secondo il Collegio, che l'intero spettro delle prestazioni lavorative, di carattere infermieristico – professionale, che l'A. S. L. richiede alle associazioni volontarie concorrenti, stante l'ampiezza dell'oggetto dell'appalto, possa essere colmato con infermieri “volontari” (e, al contempo, “professionali”, ovvero dotati delle necessarie competenze specialistiche, debitamente attestate), i quali accettino di essere “remunerati” con un, poco più che simbolico, rimborso spese.

In definitiva, il Collegio ritiene che questa l'intima contraddizione, che s'è cercato sopra d'evidenziare, vizi irrimediabilmente, allo stato, la procedura di

gara de qua, richiedendo una riformulazione del bando, e dei relativi allegati, sotto il profilo delle previsioni di spesa, che sia in grado di sanarla.

Le considerazioni che precedono si presentano assorbenti d'ogni altra doglianza e importano l'accoglimento del ricorso e l'annullamento degli atti gravati, in parte qua.

La complessità e la novità della decisione importano l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – Sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

dichiara inammissibile l'atto d'intervento del Comitato Regionale A. N. P. A. S. della Campania;

accoglie il ricorso, nei sensi di cui in motivazione, e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso, in Salerno, nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2017, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Giovanni Sabato, Consigliere

Paolo Severini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Paolo Severini**

**IL PRESIDENTE**

**Francesco Riccio**

## IL SEGRETARIO