

Publicato il 21/03/2018

N. 01770/2018 REG.PROV.COLL.
N. 04758/2017 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 4758 del 2017, proposto da:

Tbs It Telematic & Biomedical Services S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Tufarelli, Mario Di Carlo, con domicilio eletto presso lo studio Luigi Cesaro in Napoli, piazza Giovanni Bovio n. 14;

contro

Asl 107 - Napoli 2, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Sorrentino, con domicilio digitale presso avv.sorrentinodomenico@legalmail.it ;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

degli atti relativi alla procedura aperta finalizzata all'affidamento del servizio di supporto alle attività di front office, backoffice e call center del cup aziendale della Asl Napoli 2 Nord, ed in particolare:

- della deliberazione n. 1085 del 11.10.2017;
- della deliberazione n. 930 del 8.09.2017;

- dell'avviso di gara, Bando, disciplinare, capitolato tecnico e chiarimenti;
- di qualsiasi altro atto e/o documento presupposto, connesso e conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asl 107 - Napoli 2;

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 27 febbraio 2018 la dott.ssa Diana Caminiti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato a mezzo pec in data 28 novembre 2017 e contestualmente depositato la società TBS IT Telematic & Biomedical Services S.r.l. ha impugnato gli atti relativi alla procedura aperta finalizzata all'affidamento del servizio di supporto alle attività di front office, backoffice e call center del cup aziendale della Asl Napoli 2 Nord, ed in particolare: la deliberazione n. 1085 del 11.10.2017, la deliberazione n. 930 del 8.09.2017, l'avviso di gara, il Bando, il disciplinare, il capitolato tecnico e relativi chiarimenti e tutti gli atti eventualmente presupposti e consequenziali.

2. A sostegno del ricorso deduce in punto di fatto che nel novembre 2016 l'ASL Napoli 2 aveva provveduto ad indire la gara per l'erogazione del servizio di supporto alle attività di front office, backoffice e call center del cup aziendale della ASL Napoli 2 Nord, individuando in 1.012.000,00 euro /anno (per totali 3.036.000 in tre anni) la base d'asta, dando mandato al Provveditorato interregionale Oo.Pp. per l'espletamento della gara quale stazione unica appaltante in convenzione.

2.1. Peraltro tale provvedimento era stato in seguito revocato con deliberazione n. 930 del 8.09.2017, in quanto il Provveditorato non vi aveva dato seguito. Con la medesima deliberazione si avviava una nuova gara,

oggetto della presente impugnativa, i cui atti erano stati poi approvati con la deliberazione n. 1085 del 11.10.2017.

2.2. In data 3 novembre 2017 l'ASL Napoli 2 aveva pertanto spedito alla G.U.C.E. il Bando di gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di supporto alle attività di front office, backoffice e call center del cup (centro unificato prenotazione) aziendale per la durata di un anno e la base d'asta di 777.920,00 euro.

Il bando di gara era stato quindi pubblicato il 7 novembre 2017, fissando il termine per la presentazione delle offerte al 30 novembre 2017.

2.3. La lex specialis di gara era altresì formata dal disciplinare, dal capitolato tecnico e dai chiarimenti nelle more intervenuti.

3. A sostegno del ricorso parte ricorrente - che deduce di svolgere attualmente il servizio oggetto della procedura di gara, nel quale la componente manodopera ha un ruolo predominante, con personale dislocato presso 40 sportelli di front office, 5 di back office e 3 postazioni di call center, per un totale di 48 unità lavorative impiegate, per un costo di 1.285.920,00 euro/anno, con un costo orario medio parametrato alle unità lavorative di 20,61 euro - ha articolato, in tre motivi di ricorso, le seguenti censure avverso il bando oggetto di impugnativa:

Motivo I) il bando prevede un termine di presentazione delle offerte inferiore a quello minimo previsto dall'art. 60, D.lgs. n. 50/2016;

Motivo II) il bando presenta plurime incongruenze negli elementi quantitativi del servizio fra cui l'importo stesso a base d'asta, il monte ore richiesto per ciascun impiegato ed il numero di giornate lavorative richieste;

Motivo III) il bando pone un prezzo a base d'asta che viola i minimi salariali previsti dalla contrattazione collettiva, peraltro in un appalto ad alta intensità di manodopera.

3.1 In particolare la ricorrente ha evidenziato, quanto al primo motivo di ricorso, che tra la data di invio del bando in G.U.C.E. e quella di

presentazione delle offerte della gara in esame intercorrevano solamente 27 giorni, con evidente violazione dell'art. 60, D.Lgs. 50/2016.

3.2. In relazione al secondo motivo di ricorso ha dedotto che:

- a) il bando indicava il prezzo a base d'asta in € 777.920,00, mentre il capitolato indicava all'allegato 2 il prezzo di € 770.920,00;
- b) Il disciplinare indicava un monte ore annue per ciascun operatore di 1.144, mentre il capitolato ne prevedeva 1.300;
- c) il capitolato prevedeva un impiego lavorativo di 5 giorni a settimana da una parte e di "tutti i giorni dell'anno" dall'altra;
- d) un chiarimento indicava l'erogazione del servizio in 25 ore a settimana, mentre il Capitolato all'art. 1 richiedeva 26 ore a settimana;
- e) l'allegato 2 al Capitolato indicava un "fabbisogno giornate annue" quantificato in 220, ma se si divideva il monte ore per persona di 1300 ore per le 5,2 ore richieste per giornata si giungeva a 250 giornate annue;
- f) ulteriori vizi si rinverrebbero nei chiarimenti, pubblicati con la sola indicazione delle "risposte ai quesiti", senza pubblicare anche le domande formulate in precedenza alla Stazione Appaltante. Ciò non consentirebbe pertanto, ad avviso della ricorrente, una adeguata comprensione delle disposizioni su cui i candidati chiedevano lumi, non ponendo tutti i concorrenti su un piede di parità, come espressamente richiesto dall'art. 74, comma 4, D.lgs. n. 50/2016.

3.3. In relazione al terzo motivo di ricorso la ricorrente evidenzia che la stazione appaltante aveva posto a base d'asta un prezzo che se diviso per il personale richiesto portava al valore irrisorio di € 10,69/ora contro un costo orario previsto dalle tabelle ministeriali per il CCNL Metalmeccanici applicabile al caso di specie di € 17,97, come rilevato anche dalle rappresentanze sindacali; aveva indicato nel capitolato un costo orario del servizio (€ 17,00), comunque inferiore al minimo salariale di € 17,97; aveva errato nei calcoli per quantificare la base d'asta ed aveva modificato il valore a

base d'asta fra la prima e la seconda delibera di indizione della gara senza alcuna motivazione.

4. Si è costituita in resistenza la A.S.L. Na 2 nord concludendo per la reiezione del ricorso.

4.1. In particolare la stessa ha evidenziato, quanto al primo motivo di ricorso, di non essere incorsa in alcuna violazione dell'art. 60 D.L.gs. 50/2016, in quanto il comma 2° del richiamato articolo prevede la possibile riduzione del termine in caso di pre-informazione, fornita, a suo dire, con la precedente pubblicazione relativa alla procedura di gara poi revocata e che comunque, in subordine, alcuna violazione era stata posta in essere, dovendo applicarsi sicuramente il comma 3 del richiamato art. 60, il quale concede la possibilità di fissare un termine non inferiore a gg. 15 a decorrere dalla data di invio del bando di gara se, per ragioni di urgenza, non possono essere rispettati i termini di cui al comma 1, ragioni d'urgenza chiaramente enunciate nella nota prot. 55042 del 30.08.2017 citata nella Deliberazione n. 930 dell'8.09.2017.

4.2. Quanto al secondo motivo di ricorso ha evidenziato che l'indicazione esatta della cifra posta a base d'asta era stata più volte ripetuta nella delibera d'indizione della gara, per cui appariva palese il mero errore materiale riscontrato nell'allegato capitolato, comunque superabile con la semplice proposizione di un quesito. Inoltre, contrariamente a quanto assunto dalla ricorrente, la base d'asta non era stata stabilita sulle unità di personale, ma sulle ore da garantire. L'indicazione delle postazioni esistenti era stata menzionata esclusivamente per fornire al partecipante offerente la chiara rappresentazione territoriale dell'Azienda, pertanto, l'allocazione dei siti dove gli operatori sarebbero potuti essere chiamati a svolgere l'attività lavorativa, ciò, proprio per eliminare la infondata indeterminatezza denunciata dalla ricorrente.

4.3. Quanto al terzo motivo di ricorso deduce che, in mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro era determinabile in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in

considerazione, circostanza già verificatasi in analoga gara esperita dalla S.U.A., a norma del comma 16 dell'art. 23 D.lgs. 50/2016 e che, in rispetto all'art. 50 D.lgs. 50/2016, era stata inserita la clausola sociale.

5. L'istanza di sospensiva è stata accolta dapprima con decreto cautelare n. 1875/2017 e successivamente con ordinanza cautelare n. 2062/2017.

6. Parte ricorrente ha prodotto documenti e memoria difensiva in vista dell'udienza di discussione del ricorso.

7. Il ricorso è stato trattenuto in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 27 febbraio 2018.

8. In via preliminare va vagliata d'ufficio la questione dell'ammissibilità dell'odierna impugnativa, essendo stato impugnato il bando di gara.

8.1. Infatti, come noto, per acquisizione consolidata, i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato» (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 29 gennaio 2003, n. 1) ma a queste regole, che discendono dalla piana applicazione alle procedure di gara dei principi generali in materia di legittimazione e interesse a ricorrere, fanno eccezione le ipotesi in cui si contesti che la gara sia mancata o, specularmente, che sia stata indetta o, ancora, si impugnino clausole del bando immediatamente escludenti, o, infine, clausole che impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati o che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta (Consiglio di Stato, sezione III, 10 giugno 2016, n. 2507; Consiglio di Stato, sezione V, 30 dicembre 2015, n. 5862; Consiglio di Stato, sezione V, 12 novembre 2015, n. 5181; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 4 e Corte cost., Sent., 22/11/2016, n. 245.).

8.2. Nell'ipotesi di specie parte ricorrente lamenta l'impossibilità di formulazione stessa dell'offerta, in considerazione del rilievo che non risulterebbe rispettato il termine previsto dall'art. 60 D.lgs. 50/2016 e che non ricorrerebbero le ipotesi derogatorie previste dal medesimo disposto normativo, nonché per la contraddittorietà stessa della *lex specialis* e per la non conformità del prezzo a base d'asta rispetto al prezzo orario fissato quale minimo sindacale dal C.C.N.L. di settore, peraltro in un appalto ad alta intensità di manodopera. Da ciò la piena ammissibilità dell'odierna impugnativa.

9. Nel merito il ricorso appare fondato, come già evidenziato in sede cautelare, avuto riguardo innanzitutto al primo motivo, non essendo le ipotesi derogatorie rispetto al termine di cui all'art. 60 D.lgs. 50/2016 previste *expressis verbis* nella *lex specialis* di gara.

Ed invero, a norma dell'art. 60 Dlgs. 50/2016 “1. Nelle procedure aperte, qualsiasi operatore economico interessato può presentare un'offerta in risposta a un avviso di indizione di gara. Il termine minimo per la ricezione delle offerte è di trentacinque giorni dalla data di trasmissione del bando di gara. Le offerte sono accompagnate dalle informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa.

2. Nel caso in cui le amministrazioni aggiudicatrici abbiano pubblicato un avviso di preinformazione che non sia stato usato come mezzo di indizione di una gara, il termine minimo per la ricezione delle offerte, come stabilito al comma 1, può essere ridotto a quindici giorni purché siano rispettate tutte le seguenti condizioni:

- a) l'avviso di preinformazione contiene tutte le informazioni richieste per il bando di gara di cui all'allegato XIV, parte I, lettera B, sezione B1, sempreché queste siano disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso di preinformazione;
- b) l'avviso di preinformazione è stato inviato alla pubblicazione da non meno di trentacinque giorni e non oltre dodici mesi prima della data di trasmissione

del bando di gara.

2-bis. Le amministrazioni aggiudicatrici possono ulteriormente ridurre di cinque giorni il termine di cui al comma 1 nel caso di presentazione di offerte per via elettronica.

3. Le amministrazioni aggiudicatrici possono fissare un termine non inferiore a quindici giorni a decorrere dalla data di invio del bando di gara se, per ragioni di urgenza debitamente motivate dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini minimi stabiliti al comma 1 non possono essere rispettati”.

9.1. Non può sul punto accogliersi la prospettazione della resistente A.S.L. in merito alla circostanza che fosse legittima la riduzione del termine, essendo stato pubblicato un avviso di preinformazione, in considerazione della pubblicazione degli atti della precedente gara, poi revocata, in quanto la gara precedente, poi non indetta, era del tutto diversa per importo, durata e Stazione Appaltante (individuata in precedenza nella S.U.A.).

9.2. Pertanto, in assenza di avviso di preinformazione, non era consentito alla A.S.L. di ridurre i termini minimi di presentazione delle offerte, fissato dal D.lgs. 50/2016 in 35 gg., in osservanza di quanto previsto dall'art. 27 dir. 2014/24 e 45 dir. 2014/25 (sulla cogenza del termine minimo di presentazione delle offerte previsto in precedenza dall'art. 70 D.lgs. 163/2006 cfr parere AVCP 20 dicembre 2007, n. 159, nonché in relazione al termine previsto dall'art. 122, comma 6° lett. a) D.lgs. 163/2006 TAR Puglia, Lecce, 18.02.2014, n. 490).

Peraltro la cogenza del disposto normativo de quo è ravvisabile nella ratio di esigenza di fissazione ex lege di una disciplina dei termini di ricezione delle offerte, rispondente per un verso all'esigenza di assicurare la più ampia partecipazione delle imprese al confronto concorrenziale, per altro verso ad un'esigenza di garanzia per le stesse stazioni appaltanti, mirando ad assicurare che le imprese concorrenti formulino le proprie offerte in modo ponderato.

Neppure appare meritevole di considerazione la ventilata urgenza di bandire la gara de qua, quale rappresentata dalla ASL resistente, giacché alcuna

previsione in tal senso risulta inserita nella delibera di indizione, né le ipotesi derogatorie rispetto al termine di cui all'art. 60 D.lgs. 50/2016 risultano previste nella lex specialis di gara, come innanzi osservato e già rilevato in sede cautelare.

10. Parimenti fondato appare il secondo motivo di ricorso, non avendo la A.S.L. resistente esaurientemente controdedotto, come suo onere, in base al principio di non contestazione di cui all'art. 64 comma 2 c.p.a., secondo cui il giudice può porre a fondamento della decisione <<i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite>>, in ordine a tutti i profili di contraddittorietà della lex specialis di gara evidenziati da parte ricorrente.

Né si può ritenere che le incongruenze medesime potessero essere superate con la formulazione di chiarimenti, i quali come noto non possono sanare radicali carenze della disciplina di gara e modificarne l'oggetto (ex multis, Cons. Stato, Sez. VI, 2.03.2017, n. 978), essendo necessaria la pubblicità nelle medesime forme del bando e la riassegnazione del termine di presentazione dell'offerta.

11. Parimenti l'A.S.L. resistente non ha assolto al suo preciso onere di contestazione in merito al terzo motivo di ricorso, avendo la ricorrente dedotto che rapportando il costo medio orario indicato dall'ASL Napoli 2 con la quantità di personale necessaria per erogare i servizi di gara, il prezzo per

ora lavorata sarebbe pari ad euro 10,69, enormemente inferiore alla retribuzione oraria minima di cui al C.C.N.L. Metalmeccanici attualmente applicato dalla ricorrente, che in precedenza erogava i servizi di quibus, nonché ai minimi del livello contrattuale di minore retribuzione

Peraltro la precisa contestazione della ricorrente risulta supportata anche dalla produzione del Comunicato sindacale UILM nel quale si legge "La ASL Na2 ha indetto una gara per il rinnovo del Servizio di Supporto del CUP Aziendale, dopo il rimpallarsi delle responsabilità con la stazione unica

appaltante del Provveditorato Interregionale competente che era stata incaricata a svolgere questo compito.

Ebbene con tutto il tempo a disposizione, a nostro giudizio mal speso, sono riusciti a produrre un capitolato tecnico vergognoso e ancor peggio una base economica che non ha nulla a che fare con il Contratto Nazionale dei Metalmeccanici attualmente applicato ai dipendenti delle Aziende che svolgono le prestazioni.

Il costo orario messo a base d'asta risulta inferiore agli 11 Euro su base oraria, è questo che si deduce dal bando, ben lontano dagli importi indicati nelle tabelle Ministeriali del Lavoro, anche se facciamo un paragone con il livello contrattuale di minore retribuzione.

E' nostra intenzione salvaguardare la dignità del lavoro e dei lavoratori coinvolti in questa vicenda, la clausola di salvaguardia, non salvaguardia un bel niente se non viene garantita l'applicazione dei minimi tabellari.

Questa logica di approntare gli appalti è fuori da ogni regola, non si può giocare al ribasso sulla pelle dei lavoratori.

Chiediamo quindi alla Direzione Sanitaria di volere riproporre un bando gara in linea con le aspettative economiche e siamo pronti a dichiarare un fermo delle attività per far sentire la nostra voce e far valere i diritti dei lavoratori”.

11.1 Ciò posto, non possono valere quali esatte contestazioni le deduzioni contenute nella memoria di costituzione della A.S.L. relativamente alla circostanza che sarebbe stato applicato il contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione, né il mero rinvio alla presenza della clausola sociale, in osservanza a quanto previsto dall'art. 50 D.lgs. 50/2016.

Al riguardo si evidenzia che dalla lettura del paragrafo 6 del capitolato tecnico si evince che la clausola sociale è stata intesa solamente nel senso che l'appaltatore subentrante, qualora avesse avuto l'esigenza di disporre di ulteriore manodopera rispetto a quella di cui si avvaleva per lo svolgimento delle attività rientranti fra quelle oggetto del contratto, avrebbe dovuto

prioritariamente assumere gli operatori addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica fossero armonizzabili con l'organizzazione dell'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante, mentre alcun riferimento vi è all'applicazione dei contratti collettivi di settore di cui all'art. 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, secondo la chiara indicazione contenuta nell'art. 50 D.lgs. 50/2016.

Inoltre si osserva che è pur vero che la scelta del contratto collettivo da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, col solo limite che esso sia coerente con l'oggetto dell'appalto (Consiglio di Stato, sez. V, 1 marzo 2017 n. 932), e che i costi del lavoro, ai sensi dell'art. 30 comma 4 D.lgs. 50/2016, devono essere valutati in base a quanto previsto dalla contrattazione collettiva nazionale, senza che debbano essere stabiliti i modi di individuazione dei contratti applicabili, ma all'interno di questa indeterminatezza sottesa alla clausola sociale, il limite minimo alla discrezionalità dell'Amministrazione è la richiesta di calcolo del costo del lavoro in base ad un contratto collettivo di settore, quale esso sia, laddove secondo quanto dedotto da parte ricorrente e non efficacemente contestato dalla resistente A.S.L., nell'ipotesi di specie il costo del lavoro sarebbe comunque inferiore al livello contrattuale di minore retribuzione.

12. In considerazione della fondatezza di tutte le censure, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento degli atti in epigrafe indicati.

13. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la A.S.L. Na 2 nord alla refusione delle spese di lite nei confronti di parte ricorrente, liquidate in complessivi euro 2.000,00 (duemila/00), oltre a

quanto già liquidato in sede cautelare e alla refusione di quanto già versato a titolo di contributo unificato ed oltre ad oneri accessori, se dovuti, come per legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 27 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

Gabriella Caprini, Consigliere

L'ESTENSORE

Diana Caminiti

IL PRESIDENTE

Santino Scudeller

IL SEGRETARIO