

sentenza Tar Lazio **TAR LAZIO, SEZ. II 11 febbraio 2016 n. 1969**

N. 01969/2016 REG.PROV.COLL.

N. 12333/2015 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12333 del 2015, proposto da:
Anfass Ostia Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Carmelo Deiana, con domicilio eletto presso lo studio del difensore, in Roma, viale Carso, 23;

contro

Roma Capitale, rappresentata e difesa dall'avv. Pier Ludovico Patriarca, con il quale domicilia in Roma, alla via Tempio di Giove 21, presso l'Avvocatura capitolina;

nei confronti di

Presenza Sociale Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Arturo Salerni e Tamara D'Agostini, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dei difensori, in Roma,

viale

Carso,

23;

Socio Sanitaria Futura Società Cooperativa Sociale Onlus, n.c.;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale rep CO/1735/2015 del 15.9.2015, prot. CO/104538/2015 avente ad oggetto: “aggiudicazione definitiva al servizio di assistenza educativa e culturale (AEC) per l'integrazione sociale degli alunni disabili nelle scuole del Municipio X per il periodo 15 settembre 2015 - 22 dicembre 2015”, non notificata;
- della determinazione dirigenziale rep CO/1744 in data 17.09.2015 prot. CO/1055590/2015, non notificata né pubblicata all'Albo Pretorio;
- nonché, per quanto occorra, della nota prot. CO/105078 in data 16.09.2015, relativa alla comunicazione delle motivazioni dell'esclusione;
- di ogni altro atto connesso, richiamato, presupposto o consequenziale ancorché non conosciuto per quanto lesivo dell'interesse della ricorrente;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale e di Società Cooperativa Sociale Onlus Presenza Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del giorno 13 gennaio 2016 il Cons. Silvia Martino;

Uditi gli avv.ti, di cui al verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente espone di essere un'associazione “no profit”, nata nei primi anni Ottanta per volontà di un gruppo di familiari di portatori di handicap mentali, dai

quali è tuttora costituita, al fine di dare un sostegno concreto e assistenza qualificata alla famiglie presenti sul territorio con situazioni di gravissimo disagio al loro interno, dando visibilità e voce al problema dell'handicap mentale, concorrendo ad alleviare e laddove possibile a migliorare le condizioni dei ragazzi seguiti e delle stesse famiglie.

Dal 1990, l'associazione è accreditata con il Servizio Sanitario Nazionale (in via definitiva dall'ottobre 2013).

Dall'anno 2001 è iscritta al Registro Unico Cittadino di Accreditamento di Roma Capitale, area Disabili, nonché nei Registri dei Municipi che operano nell'ambito territoriale di riferimento.

In virtù di tale accreditamento, Anffas Ostia Onlus opera per il servizio di assistenza domiciliare disabili nonché per il servizio di assistenza educative e culturale (A.E.C.) erogato nelle scuole.

Dal 2005 svolge attività di servizio educativo di sostegno mediante prestazioni di assistenza specialistica negli istituti secondari di secondo grado del Municipio Roma X, per alunni con disabilità intellettiva e/o relazionale e/o sensoriale e/o fisica, attraverso personale ad alta specializzazione socio – psico – pedagogica di area socio sanitaria.

Ha conseguito diverse certificazioni di qualità internazionale ISO.

Con d.d. n. 1622 del 26.8.2014, l'amministrazione capitolina, oggi convenuta, ha proceduto in via d'urgenza alla ricognizione nel RUC cittadino delle offerte per l'affidamento del servizio di AEC del Municipio X, suddiviso in tre lotti, per il periodo 15.9.2015 – 22.12.2015, per un importo pari, per ciascun lotto, ad euro 237.250.000, e per un importo complessivo di euro 771.750.000, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006.

L'associazione ricorrente ha partecipato alla procedura selettiva, ma è stata esclusa da tutti e tre i lotti con la seguente motivazione “il calcolo percentuale dei costi di coordinamento e gestione è influenzato dalla determinazione del rapporto con la tariffa oraria prevista per l'operatore definita non conforme. Si ritiene quindi di non potere attribuire alcun punteggio e si rimanda alla stazione appaltante per le successive determinazioni del caso”.

Il lotto 1, stante la partecipazione della sola associazione ricorrente, rimaneva non aggiudicato.

Il lotto 2 veniva aggiudicato alla Cooperativa Socio Sanitaria Futura, per un costo orario pari ad euro 21,59, iva esclusa.

Il lotto 3 veniva aggiudicato alla Cooperativa Presenza Sociale per un costo orario pari ad euro 20,54.

Il costo orario indicato dalla ricorrente, considerato non conforme, era pari ad euro 19,78.

Con successiva nota del 16.9.2015, l'amministrazione chiariva le ragioni dell'esclusione, precisando che l'associazione era stata esclusa per avere presentato alla voce “costo degli operatori”, un preventivo di spesa pari ad euro 17,12.

In particolare, per effetto della sentenza del Consiglio di Stato n. 1990/15 la DGC 355/2012 “viene parzialmente riformata con DGC 191/2015 con specifico riferimento alla parte relativa ai costi del personale con inquadramento contrattuale C1 del CCNL 2013 delle Coop. sociali, secondo il quale la retribuzione oraria minima per gli operatori è pari ad € 18,01. La ricognizione al punto 16 del bando, al secondo capoverso, prevede che l'impresa aggiudicataria applichi nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni contrattuali non inferiori a quelle risultanti dal CCNL, condizioni riportate nella citata DGC 191/2015. Stante quanto sopra, l'offerta economica per la parte relativa alla retribuzione degli operatori, pari ad

euro 17,12, non risulta conforme a quanto previsto dal bando e dalla DGC 191/2015. La commissione rileva che il calcolo percentuale dei costi di coordinamento e gestione è influenzato dalla determinazione del rapporto con la tariffa oraria prevista per l'operatore definita non conforme”.

In data 18.9.2015, l'odierna ricorrente inoltrava un'istanza in autotutela per il riesame della determinazione di esclusione, lamentando l'erronea e parziale lettura da parte della commissione sia della sentenza del Consiglio di Stato n. 1990/2015, sia delle delibere 355/2012 e 191/2015, non applicando né essendo applicabile ad ANFFAS il CCNL Cooperative sociali, bensì il differente CCNL per le lavoratrici ed i lavoratori dipendenti da strutture associative ANFFAS.

L'amministrazione non ha però dato riscontro positivo a tale istanza.

Nell'accedere agli atti di gara, parte ricorrente veniva poi a conoscenza di una ulteriore determinazione, con cui l'amministrazione aveva proceduto all'aggiudicazione del residuo lotto 1 a Presenza Sociale e Socio Sanitaria Futura, previo frazionamento in lotto 1A e lotto 1B.

Con il presente ricorso, deduce:

1. SULL'OFFERTA ECONOMICA E SULLA SCELTA DELLA EFFETTIVA OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA; SULL'ESCLUSIONE DELL'OFFERTA DELLA RICORRENTE: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 83 D.LGS. N. 163/2006, DELIBERA G.C. N. 355/2012, SICCOME NOVELLATA DALLA DELIBERA G.C. 191/2015; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 16 DEL BANDO DI GARA. ECCESSO DI POTERE PER ERRORE E TRAVISAMENTO DEI FATTI, MANIFESTA INGIUSTIZIA, ILLOGICITÀ, CARENZA DI MOTIVAZIONE, DIFETTO DI PROPORZIONALITÀ E

RAGIONEVOLEZZA, VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI BUON ANDAMENTO, IMPARZIALITÀ, CONTRADDITTORIETÀ.

Viene contestato all'associazione ricorrente la mancata applicazione nei confronti dei propri lavoratori di condizioni contrattuali non inferiori a quelle risultanti dal CCNL Cooperative sociali, laddove essa applica il differente CCNL per le lavoratrici ed i lavoratori dipendenti da strutture associative ANFFAS.

La DGC 355/2012, come novellata dalla DGC 191/2015, definisce il costo orario dell'assistenza individuale flessibile determinando attraverso una tabella di calcolo il tetto massimo riconoscibile dall'amministrazione nelle misura complessiva di euro 22,18/ora, misura oltre la quale le offerte risultano irricevibili dall'amministrazione.

Tale importo complessivo viene determinato prendendo a riferimento come parametro di calcolo il solo CCNL delle cooperative sociali, ritenendosi che tale CCNL sia quello di maggior diffusione ed applicazione tra gli organismi che forniscono servizi di assistenza diretta.

La delibera stabilisce dunque che gli interventi di assistenza diretta siano erogati mediante operatori inquadrati nel livello C1 di detto CCNL cooperative sociali, individuando la retribuzione di tutti gli operatori su base del CCNL cooperative sociali 2013, pari ad euro 18,01.

Tuttavia, l'amministrazione non poteva ignorare che non tutti gli organismi che forniscono servizi di assistenza diretta applicano il CCNL cooperative sociali, ragione per cui la D.G.C. 355/2012, sia nel testo originario che in quello novellato, stabilisce che "si considerano assimilabili alla figura C1, tutte le qualifiche professionali che abbiano funzioni e mansioni equipollenti o superiori a quelle previste dal CCNL per l'operatore C1, fermo restando il vincolo economico del

costo orario come sopra evidenziato che al netto dell'applicazione dell'IVA diventa il tetto massimo riconoscibile per ora di servizio”.

In nessuna parte tale delibera impone ai soggetti fornitori non aderenti al CCNL cooperative sociali di applicare la tariffa oraria dell'operatore quale prevista dal suddetto CCNL:

Ulteriore conferma di tale interpretazione, la fornisce la stessa *lex specialis*, laddove non cita mai il CCNL cooperative sociali, bensì utilizza la più generica locuzione “CCNL di riferimento” (ad es. art. 15 e art. 16, rubricato “Trattamento dei lavoratori”).

Per il CCNL ANFFAS la qualifica contrattuale C1 è equipollente alla qualifica C1 del CCNL cooperative sociali.

Pertanto, la valutazione del rispetto dell'applicazione nei confronti dei lavoratori dipendenti di condizioni contrattuali non inferiori a quelle risultanti dal CCNL di riferimento andava effettuata verificando se il costo orario di euro 17,12, indicato nell'offerta economica, fosse non inferiore al costo orario del CCNL ANFFAS.

Detto CCNL prevede, nella parte economica, rinnovata a giugno 2013, che la retribuzione minima oraria del lavoratore C1 è pari ad euro 16,46.

Pertanto, il parametro orario di euro 17,12 contenuto nell'offerta economica di ANFFAS OSTIA rispetta il punto 16 del bando.

Ne consegue che il calcolo percentuale del costo di coordinamento e gestione è in linea con quanto disposto dalla DCC n. 135/2000 e DGC 355/2000, siccome novellata, essendo determinato in misura non inferiore al 10% dell'importo complessivo del prezzo dell'aggiudicazione dell'appalto.

Nessun elemento dell'offerta economica della ricorrente, se rettamente valutato, consentiva di ritenere che la stessa fosse anormalmente bassa o posta in violazione del CCNL di riferimento e che, conseguentemente, l'associazione non fosse in

grado di assicurare una prestazione adeguata qualitativamente e quantitativamente alle esigenze del servizio.

Sul piano dell'interesse a ricorrere evidenzia infine che, laddove la sua offerta non fosse stata esclusa, sarebbe risultata aggiudicataria quantomeno del lotto 1.

II) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 86 E 88 DEL D.LGS. N. 163/2006, E ART. 9 DEL BANDO. MANCATO ESPERIMENTO DEL PROCEDIMENTO DI VERIFICA. ILLEGITTIMITÀ E SUSSISTENZA DI MACROSCOPICA IRRAGIONEVOLEZZA.

L'amministrazione non ha nemmeno consentito alla ricorrente di fornire chiarimenti, così come previsto dall'art. 88 del d.lgs. n. 163/2006, laddove il bando aveva previsto che l'amministrazione avrebbe proceduto alla verifica di anomalia delle migliori offerte, non oltre la quinta, ai sensi dell'art. 88, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006, fermo restando il disposto di cui all'art. 86, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006, essendosi riservata di valutare la congruità di ogni altra offerta "che in base ad elementi specifici appaia anormalmente bassa".

Ove l'amministrazione avesse svolto correttamente tale sub – procedimento avrebbe consentito alla ricorrente di fornire ogni chiarimento del caso.

Si costituivano, per resistere, Roma Capitale e la Cooperativa Sociale Onlus Presenza Sociale.

L'amministrazione capitolina ha sostenuto che il costo del lavoro, derivante dall'applicazione del CCNL Cooperative Sociali, è stato considerato incomprimibile. Sulla base di esso, la delibera n. 191/2015 ha applicato gli aumenti percentuali necessari per coprire i costi di coordinamento e gestione del servizio, e quindi al fine di escludere in radice il rischio dello svolgimento del servizio con operatori remunerati con un importo inferiore a quello contrattato a livello nazionale.

Presenza Sociale, dal canto suo ha sostenuto, allegando uno stralcio delle tabelle ministeriali 2013, che non vi è alcuna equipollenza tra la qualifica contrattuale C1 del CCNL ANFFAS e quella C1 del CCNL cooperative sociali.

Dalla lettura delle predette tabelle emergerebbe che in esse compaiono soltanto le categorie C3 e C4 e non C1 e C2. Ne deduce che la categoria minima C1 CCNL ANFFAS 2012 sia da ritenersi equivalente a quella C3 della tabella ministeriale, per la quale il costo minimo è di euro 21,62.

Sostiene poi che, sviluppando i calcoli esposti nel ricorso introduttivo, relativi ai punteggi per l'offerta tecnica ed economica che sarebbero stati conseguiti per tutti e tre i lotti, l'offerta di ANFFAS sarebbe risultata anomala, con conseguente necessità di verifica ai sensi dell'art. 86, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006.

Ricorda altresì che, ai sensi dell'art. 87, comma 3, del codice dei contratti, non sono ammesse giustificazioni in relazione ai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge.

Con ordinanza n.4848 del 5.11.2015, la Sezione ha respinto l'istanza cautelare, ritenendo prevalente, nella comparazione degli interessi, l'esigenza di continuità del servizio, in corso di svolgimento.

In punto di "*fumus*" ha peraltro fatto presente che "l'esclusione della ricorrente non appare adeguatamente motivata in quanto:

- la delibera di G.C. n. 191 del 18.6.2015, prevede che "per gli organismi fornitori non aderenti al CCNL delle Cooperative sociali, si considerano assimilabili alla figura del C1 tutte le qualifiche professionali che abbiano funzioni e mansioni equipollenti a quelle previste per l'operatore C1, fermo restando il vincolo economico del costo orario come sopra evidenziato che, al netto dell'applicazione dell'IVA, diventa il tetto massimo riconoscibile per ora di servizio";

- anche l'avviso pubblico di cui si verte non stabilisce espressamente il rispetto dei parametri di retribuzione per la qualifica di operatore AEC derivanti dal CCNL Cooperative sociali ma si limita a richiamare (cfr. il par. 9, pag. 7), il costo orario massimo di euro 22,18 (Iva esclusa); per converso, rimette alla Commissione la valutazione della congruità del preventivo di spesa, con particolare riguardo al costo della manodopera [...]"

Ha infine ritenuto che "l'esclusione automatica della ricorrente (che non applica il CCNL delle Cooperative sociali), sia in contrasto con le disposizioni contenute nell'avviso pubblico, nonché con i principi di partecipazione al procedimento amministrativo".

Le parti hanno quindi depositato memorie, in via della pubblica udienza del 13.1.2015.

Parte ricorrente ha ribadito che in nessuna parte la delibera G.C. n. 191/2015 impone il rispetto del solo CCNL cooperative sociali.

La puntuale verifica del rispetto delle condizioni stabilite dagli artt. 15 e 16 del bando era demandata alla commissione, la quale era tenuta a verificare sia lo specifico CCNL di riferimento applicato, sia il rispetto del trattamento retributivo minimo stabilito dal contratto applicato.

Ha poi evidenziato che l'art. 44 del CCNL ANFFAS nel testo vigente, indica chiaramente l'esistenza di un profilo di inquadramento e retributivo C1, a cui corrisponde e nel quale è inserita la figura dell'assistente educativo culturale.

Quanto all'invocata applicazione dell'art. 86, comma 2, del codice dei contratti, evidenzia che l'anomalia della propria offerta sarebbe stata sicuramente esclusa ove la p.a. l'avesse valutata rapportandola al CCNL ANFFAS, e anche laddove, anziché procedere all'esclusione, *ad nutum*, avesse proceduto alle verifiche previste e regolate dagli artt. 86 e 88 del d.lgs. n. 163/2006.

Quanto alla norma di cui all'art. 87, comma 3, del codice dei contratti, essa esclude la possibilità di giustificare una indebita riduzione dei trattamenti salariali rispetto a quelli garantiti dal CCNL di riferimento.

Nel caso di specie, il problema non riguarda però giustificazioni relative ad un trattamento salariale incongruo, bensì l'errore della commissione prima, e della stazione appaltante poi, nell'aver assunto criteri di raffronto erronei.

In ogni caso, le eventuali giustificazioni avrebbero dovuto riguardare la verifica dell'intera offerta economica, con riferimento al calcolo del costo di coordinamento in relazione al dato tabellare corretto risultante dal CCNL effettivamente applicato dall'ANFFAS.

Presenza sociale, dal canto suo, ha fatto presente che l'atto di ricognizione, all'art. 16, imporrebbe all'impresa aggiudicataria di rispettare le condizioni contrattuali, normative e retributive risultanti dal CCNL e dagli accordi integrativi, non solo con riferimento al proprio personale, ma anche a quello eventualmente assorbito in caso di cambio gestione e/o subentro.

Nel caso di specie, il servizio AEC nel lotto 3 e nel lotto 1 è stato gestito da soggetti che applicano il contratto collettivo nazionale di lavoro delle cooperative sociali.

In pratica, sostiene che ANFFAS, in casi di aggiudicazione, avrebbe dovuto applicare gli standard retributivi dei gestori uscenti.

Evidenza che consentire alle partecipanti che non sono cooperative sociali di applicare i propri CCNL potrebbe comportare che concorrenti aderenti a CCNL minimamente rappresentativi concorrano con i propri eventuali minori costi del lavoro a scapito delle cooperative sociali.

Ribadisce che dalle tabelle allegate al decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali del 10 giugno 2013 non si ricava alcuna equipollenza tra la

qualifica contrattuale C1 del CCNL ANFFAS e quella C1 del CCNL cooperative sociali.

Ha formulato, al riguardo, una istanza istruttoria.

In replica, parte ricorrente ha sottolineato che, in nessuna parte, la *lex specialis* obbliga al rispetto di altri CCNL se non quello di riferimento.

Il riassorbimento del personale, peraltro, è elemento meramente eventuale.

In ogni caso, anche ove accettato dal lavoratore, esso richiede la stipula di un nuovo contratto individuale alle condizioni contrattuali previste dal CCNL di riferimento dell'ente aggiudicatario.

Evidenzia comunque che la precedente gara, pur essendosi svolto il servizio, è stata integralmente annullata da questo stesso TAR e che l'amministrazione non può vincolare alcuno al rispetto degli effetti prodotti da atti dichiarati nulli.

Sostenere che l'amministrazione dovrebbe imporre l'applicazione del solo CCNL cooperative sociali a qualunque soggetto partecipante ad un gara per l'affidamento di servizi socio – assistenziali, si risolverebbe, comunque, in una indebita limitazione della concorrenza, con la conseguenza che gli unici soggetti che potrebbero accedervi sarebbero le cooperative sociali.

Ribadisce che la documentazione prodotta evidenzia il pieno rispetto dei trattamenti salariali minimi previsti dal CCNL di riferimento.

Il ricorso, infine, è stato trattenuto per la decisione alla pubblica udienza del 13 gennaio 2016.

2. Per una migliore comprensione dei fatti di causa, giova sintetizzare il contenuto della *lex specialis*, nella parte di interesse.

In considerazione della “specificità tecnica” dell'affidamento, l'amministrazione ha previsto di valutare le offerte, per ciascuno lotto, sulla base di punteggi “quali – quantitativi”, attribuendo un massimo di 60 punti all'offerta tecnica ed un massimo

di 40 a quella economica, e di procedere alla determinazione della soglia di presunta anomalia ai sensi dell'art. 86, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006.

L'atto di ricognizione precisa che "l'amministrazione procederà contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte, non oltre la quinta, ai sensi dell'art. 88, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006" e che, comunque, "resta fermo per ciascun lotto il disposto di cui all'art. 86, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 in merito alla facoltà dell'amministrazione di valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa".

L'offerta economica "deve contenere il preventivo di spesa, con analisi chiara e dettagliata dei costi del servizio, specificando: 1) costi del coordinamento; 2) costi degli operatori; 3) costi di gestione e generali; 4) Altro (specificare)".

E' previsto anche che "in sede di valutazione la Commissione terrà conto della congruità dello stesso e della sua rispondenza ai criteri di erogazione del servizio. [...] Resta inteso che il costo orario massimo di euro 22,18 (IVA esclusa) compresa l'attività di coordinamento è il costo orario massimo consentito. [...] L'aggiudicazione del servizio avverrà in favore dell'impresa che avrà conseguito complessivamente il punteggio più alto, previa eventuale verifica dell'anomalia dell'offerta" (par. 9).

Il par. 16 stabilisce poi che "In considerazione della necessità di assicurare la continuità educativa, a salvaguardia degli alunni, in sede di presentazione l'organismo partecipante dovrà impegnarsi formalmente, con apposita dichiarazione, a garantire la permanenza in servizio dei lavoratori già eventualmente operanti nel medesimo, salva diversa volontà dei lavoratori interessati, mediante assorbimento nella propria organizzazione.

L'impresa aggiudicataria è tenuta ad applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti e, se cooperative, anche nei confronti dei soci lavoratori, condizioni

contrattuali, normative e retributive non inferiori a quelle risultanti dal C.C.N.L. e dagli accordi integrativi territoriali sottoscritti dalle organizzazioni imprenditoriali e dei lavoratori maggiormente rappresentative.

L'impresa aggiudicataria è tenuta altresì all'osservanza e all'applicazione di tutte le norme relative alle assicurazioni obbligatorie e antinfortunistiche, previdenziali ed assistenziali, nei confronti del proprio personale e dei soci lavoratori, in caso di cooperative.

Questa amministrazione potrà richiedere all'impresa aggiudicataria, in qualsiasi momento, l'esibizione della documentazione atta a verificare la corretta attuazione degli obblighi inerenti l'applicazione del C.C.N.L. di riferimento, e delle leggi in materia previdenziale, assistenziale ed assicurativa”.

L'atto di ricognizione costituisce applicazione della delibere di Giunta n. 355 del 31 dicembre 2012 e n. 191 del 18.6.2015, recanti le Linee Guida di funzionamento dei “servizi per l'autonomia e l'integrazione della persona disabile” e di quelli per “l'autonomia e l'integrazione della persona anziana”.

La prima delibera, sotto la voce “Programmazione della spesa – valore economico dei pacchetti – Budget individuale” riporta le tabelle 2009 e 2012 della retribuzione oraria degli operatori inquadrati al livello C1 del contratto collettivo nazionale di lavoro delle cooperative sociali.

Su questa base è stato definito il costo medio orario di “assistenza individuale e flessibile”, in misura pari ad euro 21,08. Tale cifra risulta dall'applicazione degli ulteriori parametri “indennità di sostituzione e coordinamento pari al 9% del costo orario definito” e “quotazione delle attività previste e riconosciute dalla D.C.C. n. 135/2000 pari al 13% del costo totale”.

Viene peraltro specificato che “per gli Organismi fornitori non aderenti al CCNL Cooperative Sociali, si considerano assimilabili alla figura del C1, tutte le qualifiche

professionali che abbiano funzioni e mansioni equipollenti o superiori a quelle previste dal CCNL per l'operatore C1, fermo restando il vincolo economico del costo orario come sopra evidenziato che, al netto dell'eventuale applicazione dell'IVA, diventa il tetto massimo riconoscibile per ora di servizio”.

I suddetti valori sono stati poi rideterminati con delibera n. 191/2015, ed è stato ribadito che il costo medio orario, rideterminato in euro 22,18 costituisce “il tetto massimo riconoscibile per ora di servizio”.

L'esclusione della ricorrente è stata determinata dal fatto che, secondo la commissione di gara “il calcolo percentuale dei costi di coordinamento e gestione è influenzato dal rapporto con la tariffa oraria prevista definita non conforme. Si ritiene quindi di non potere attribuire alcun punteggio e si rimanda alla stazione appaltante, per le successive determinazioni del caso”.

La stazione appaltante, ha ritenuto di confermare quanto espresso dalla commissione, nei termini riportati in fatto.

2.1. Orbene, come già evidenziato in sede cautelare, la delibera n. 191/2015, non richiede affatto che gli organismi partecipanti alle procedure di selezione per l'affidamento dei servizi socio – assistenziali in esame, applichino il C.C.N.L. delle cooperative sociali.

Tale contratto viene preso soltanto quale parametro di riferimento per il calcolo del “tetto massimo riconoscibile per ora di servizio” da parte dell'amministrazione. Al contrario, è invece espressamente previsto che gli organismi fornitori, applichino il “contratto collettivo di riferimento”, con la precisazione che “si considerano assimilabili alla figura del C1 tutte le qualifiche professionali che abbiano funzioni e mansioni equipollenti a quelle previste per l'operatore C1”.

Analogamente, anche l'avviso pubblico della “ricognizione” in contestazione, non stabilisce il rispetto dei parametri di retribuzione per la qualifica di operatore AEC

derivanti dal CCNL Cooperative sociali, ma si limita a richiamare il costo orario massimo di euro 22,18 (iva esclusa), rimettendo alla commissione di gara sia la verifica della corrispondenza tra le figure professionali proposte con quella dell'operatore C1, sia la valutazione della congruità del preventivo di spesa (par. 9, pag. 7, del bando).

La circostanza che il tetto fissato dall'amministrazione sia stato calibrato sulla remunerazione dell'operatore AEC prevista dal CCNL delle cooperative sociali, depone poi in senso contrario a quanto affermato dalle parti resistenti, secondo le quali la deliberazione n. 191/2015, avrebbe inteso vincolare gli organismi partecipanti all'osservanza dei parametri retributivi previsti da tale contratto.

E' infatti evidente, a parere del Collegio, che l'amministrazione abbia preso in considerazione il contratto collettivo di maggiore diffusione al fine non già di limitare la partecipazione ai soli organismi che ne facciano applicazione, bensì, piuttosto, per consentire la partecipazione anche a quegli enti che abbiano hanno costi del lavoro più elevati, e che avrebbero potuto, di fatto, trovarsi nell'impossibilità di competere per l'incapienza del corrispettivo erogato dall'amministrazione per tale voce.

Aderendo, invece, all'opzione interpretativa sposata dal Municipio precedente, e dalla cooperativa resistente, si otterrebbe soltanto l'effetto di escludere dalla competizione soggetti parimenti qualificati, come ANFFAS Onlus, ma che applicano (legittimamente) contratti collettivi diversi da quello più diffuso.

Per quanto poi riguarda le argomentazioni difensive svolte dalla cooperativa Presenza Sociale, va in primo luogo rilevato che quelle incentrate sulla figura dell'operatore AEC ANFFAS, sulla sua assimilabilità all'operatore C1 del CCNL Cooperative sociali, e sulla sua effettiva remunerazione, quale risulta dalle tabelle ministeriali relative al "costo del lavoro per le lavoratrici ed i lavoratori dipendenti

dalle strutture associative ANFFAS Onlus”, avrebbero dovuto formare oggetto di ricorso incidentale.

La stazione appaltante ha infatti escluso la ricorrente non già in quanto ha proposto figure professionali non corrispondenti a quelle richieste, ovvero perché il costo orario dell’operatore AEC non rispetta i minimi salariali inderogabili del CCNL applicato dall’ANFFAS, bensì perché tale costo è stato ritenuto non in linea con quello preso a base dalla delibera n. 191/2015.

Pertanto, tali argomentazioni avrebbero dovuto formare oggetto non già di una semplice memoria difensiva ma di una specifica impugnativa, tendente a paralizzare l’azione di ANFFAS per difetto di legittimazione di agire.

Non sono poi condivisibili gli argomenti, particolarmente sviluppati nella memoria conclusionale di Presenza Sociale, tendenti a dimostrare che la necessità di applicare i minimi tabellari del contratto delle cooperative sociali, deriverebbe dal fatto che, in base all’art. 16 dell’Avviso pubblico, l’organismo aggiudicatario è tenuto a riassorbire i lavoratori precedentemente impiegati nel servizio, e, pertanto, dovrebbe considerare, nella sua offerta, anche la necessità di remunerare tali lavoratori secondo il contratto praticato dal precedente gestore, eventualmente più oneroso.

Il Collegio ha già rilevato che, nel caso di specie, la *lex specialis* non imponeva l’applicazione di un determinato contratto collettivo.

Ad ogni buon conto fa osservare, in linea generale, che l’applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione né la mancata applicazione di questo 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 determinare, in sé, l'inammissibilità dell'offerta" (Cons. St., sez. III[^], sentenza n. 5597 del 9.12.2015).

Anche la c.d. clausola sociale non può imporre all'impresa subentrante in una gara pubblica di prescegliere un determinato contratto collettivo, potendo essa applicare un contratto collettivo diverso, pertinente all'oggetto dell'appalto, che salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo (così, ancora, Cons. St., sent. ult. cit.).

Nel caso di specie, non vi è comunque alcuna prova del fatto che il contratto ANFFASS non preveda livelli retributivi adeguati e congrui, idonei a remunerare anche il personale da riassorbire.

3. Ciò posto, il ricorso, per quanto appena argomentato, è fondato e merita accoglimento.

Occorre tuttavia precisare che - poiché l'esclusione della ricorrente è avvenuta in modo automatico, senza operare alcuna delle verifiche demandate, rispettivamente, alla commissione e alla stazione appaltante - dalla presente decisione discende la necessità di rinnovare la procedura di selezione, a partire dalla valutazione delle offerte economiche, con conseguente rielaborazione, ora per allora, della graduatoria finale relativa a tutti e tre i lotti in contestazione ed eventuale verifica delle offerte anomale, ai sensi del par. 9 dell'atto di "ricognizione".

La necessità di rinnovare le operazioni di selezione, non consente di dichiarare l'inefficacia dei contratti già stipulati, e, peraltro, ormai integralmente eseguiti (cfr., al riguardo, l'art. 122, c.p.a.).

Rimane ovviamente salva la possibilità per la parte ricorrente di proporre l'azione risarcitoria, nel termine di 120 giorni decorrente dal passaggio in giudicato della presente sentenza, ai sensi dell'art. 30, comma 5, c.p.a..

Appare equo, infine, in relazione alla natura degli interessi coinvolti dal servizio sociale, in esame, compensare integralmente le spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, definitivamente pronunciando sul ricorso, di cui in premessa, lo accoglie, e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Silvia Martino, Consigliere, Estensore

Roberto Caponigro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/02/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

