

Publicato il 16/04/2020

N. 03948/2020 REG.PROV.COLL.
N. 10157/2019 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 10157 del 2019, proposto da Le Mille e Una Notte Società Cooperativa Onlus, Obiettivo Uomo Società Cooperativa Onlus, Eureka I Società Cooperativa Onlus, Cospexa Società Cooperativa Onlus, Arca di Noè Società Cooperativa Onlus, AISS Società Cooperativa Onlus, Cecilia Società Cooperativa Onlus, Meta Società Cooperativa Onlus, Iskra Società Cooperativa Onlus, Nuove Risposte Società Cooperativa Onlus, Servizio Psico Socio Sanitario Società Cooperativa Onlus e S. Onofrio Società Cooperativa Onlus, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, tutte rappresentate e difese dagli avvocati Claudio Giangiacomo, Michele Guzzo, Domenico Tomassetti e Mario Zotta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio materiale presso lo studio dell'avvocato Claudio Giangiacomo in Roma, via Eufrate n.10;

contro

Roma Capitale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa all'avvocato Marina Di Luccio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio materiale in Roma, via del Tempio di Giove n. 21;

per l'annullamento

A- della Determinazione Dirigenziale n. QM/1160/2019 del 19/06/2019 con la quale è stata approvata la progettazione a base di gara - “D.D. a contrarre”;

B - della Determinazione Dirigenziale n. QM/1161/2019 del 21/06/2019 con la quale sono stati approvati i capitolati descrittivi da 1 a 31 parzialmente rettificati;

C- della Determinazione Dirigenziale n. SU/332/2019 del 25/06/2019 con la quale è stata indetta la procedura di gara per l'aggiudicazione degli accordi quadro relativi all'affidamento del Servizio Educativo per l'Autonomia degli alunni con disabilità frequentanti le scuole dell'infanzia comunali e statali, primarie e secondarie di primo grado statali, ricadenti sul territorio del Comune di Roma suddiviso in 30 (trenta) lotti – CIG come da allegato;

D- del Bando di gara, del disciplinare di gara, del capitolato speciale descrittivo e prestazionale e dello schema di accordo quadro dei lotti da 1 a 30 e della scheda di progetto/relazione tecnico-illustrativa Municipi da I a XV, della procedura di gara per l'aggiudicazione degli accordi quadro relativi all'affidamento del Servizio Educativo per l'Autonomia degli alunni con disabilità frequentanti le scuole dell'infanzia comunali e statali, primarie e secondarie di primo grado statali, ricadenti sul territorio del Comune di Roma suddiviso in 30 (trenta) lotti. Atti tutti pubblicati il 1 luglio 2019;

E- del Regolamento di Roma Capitale approvato con DAC n. 80/2017, nella parte in cui prevede che “il personale impiegato nei servizi di assistenza scolastica viene inquadrato nella posizione C1” nonché di ogni altro atto, cognito o incognito, ad essi presupposto, connesso e/o conseguente a quelli impugnati in via principale o comunque lesivo degli interessi delle ricorrenti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 febbraio 2020 il dott. Filippo Maria Tropiano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La controversia afferisce al bando di Roma Capitale per la stipula di accordi quadro della durata di anni tre relativi all'affidamento del “*Servizio Educativo per l'Autonomia degli alunni con disabilità frequentanti le scuole dell'infanzia comunali e statali, primarie e secondarie di primo grado statali*”, ricadenti sul territorio del Comune di Roma.

Il bando, per un valore massimo degli accordi quadro per il triennio di €. 152.431.869,81 al netto dell'IVA, è suddiviso in 30 lotti funzionali, dei quali il primo del valore stimato di € 7.519.058,93 e l'ultimo del valore di € 2.959.048,80, suddivisi prevalentemente su base municipale, con possibilità per i concorrenti di presentare, singolarmente o in raggruppamento, l'offerta per uno, più lotti o la totalità dei lotti, ma di essere aggiudicatari di un solo lotto.

L'art. III.1.2 prevede, quale requisito di capacità economico e finanziaria per la partecipazione alla gara, un fatturato specifico medio annuo per servizi analoghi (genericamente individuati nell'assistenza ai disabili) negli ultimi tre esercizi (2015/2016/2017) pari ad un terzo (1/3) dell'importo posto a base di gara per ciascun lotto.

In merito al requisito di capacità tecnica e professionale, viene richiesta solo la dichiarazione, per ciascun lotto, attestante l'elenco dei principali servizi prestati negli ultimi tre anni precedenti alla pubblicazione del bando nel settore oggetto della gara, senza alcuna previsione di un requisito minimo richiesto.

Per l'aggiudicazione dei singoli lotti, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è prevista l'attribuzione del punteggio massimo di 20 punti all'offerta economica (espressa con il ribasso percentuale unico sull'importo a base d'asta) e di 80 punti massimi all'offerta tecnica, da attribuirsi, quanto a 45 punti in relazione alla modalità organizzativa proposta per la realizzazione del servizio (Criterio 1) e quanto ai restanti 35 punti in relazione al personale coinvolto (Criterio 2).

Il Criterio 1 è poi diviso in quattro sub criteri:

1.1. Validità, articolazione e completezza delle azioni proposte - 20 punti;

1.2. Ore aggiuntive a contatto con gli alunni per la costituzione di un pacchetto ore per la gestione di eventuali necessità e/o bisogni emergenti, senza costi aggiuntivi per l'amministrazione – 10 punti

1.3. Continuità relazionale e contenimento del disagio legato alle

sostituzioni per l'assenza dell'O.E.P.A. assegnato a ciascun alunno – 5 punti;

1.4. Proposta migliorativa laboratoriale senza costi aggiuntivi per l'amministrazione – 10 punti.

Il criterio 2 è diviso nei due sub criteri:

2.1. Professionalità del coordinatore;

2.2. Professionalità degli operatori O.E.P.A., entrambi di tipo quantitativo, di cui il primo basato sui mesi di esperienza nel coordinamento ed il secondo in base agli attestati formativi di durata superiore alle 50 ore per un massimo di tre attestati per operatore.

L'offerta economica, oltre all'indicazione del ribasso unico espresso in cifre ed in lettere, deve contenere la stima dei costi aziendali relativi alla salute ed alla sicurezza sui luoghi di lavoro e la stima dei costi del personale.

Nella scheda di progetto/relazione tecnico-illustrativa vengono, tra l'altro, indicati gli istituti scolastici inseriti nei singoli lotti individuati su base municipale, definiti i compiti dell'O.E.P.A. nonché esplicitate le modalità con cui si è pervenuti alla definizione del valore complessivo massimo stimato degli accordi quadro e per i singoli lotti.

I compiti dell'O.E.P.A. sono indicati alla pag. 14 e ss della Scheda di Progetto.

Al punto 7.2. dei capitolati speciali dei singoli lotti, al quale il disciplinare rinvia espressamente, vengono definiti i requisiti che il personale deve avere per poter svolgere le funzioni di O.E.P.A..

Tra questi: 6) titolo di studio: a. Diploma di istruzione secondaria di II grado ad indirizzo magistrale o Servizi socio-sanitari o Educatore professionale; b. Diploma di istruzione secondaria di II grado

quinquennale congiunto a Diploma di laurea in Scienza dell'Educazione e della Formazione o in Servizio Sociale o in Scienze e Tecniche Psicologiche (nuovo ordinamento) o Psicologia o Pedagogia (vecchio ordinamento); c. Diploma di istruzione secondaria di II grado quinquennale congiunto ad attestato di superamento di un corso di formazione per qualifica di Operatore Educativo per l'Autonomia rilasciato da Enti di Formazione accreditati. In via alternativa ai possessori dei titoli sopra indicati, si prevede la possibilità, nei limiti del 20% dell'intero organico, che le funzioni O.E.P.A. siano svolte da soggetti che, pur se privi dei detti titoli, abbiano una documentata esperienza, almeno quinquennale, nel servizio oggetto di gara, purché entro un anno dall'affidamento del servizio si iscrivano ad un corso utile al rilascio dei titoli di OSS, ADEST, OSA, OTA, Assistenti familiari.

Le modalità di calcolo del valore complessivo degli accordi quadro sono esposte nella scheda di progetto/relazione tecnico-illustrativa, ove è precisato che il calcolo era stato elaborato in base al CCNL (tabella ministeriale del 2 ottobre 2013), con esclusione dell'indennità di turno e la previsione dell'IRAP al 4,8%, come stabilito per la Regione Lazio.

Al costo stimato per il personale sono aggiunti il 3,5% per spese generali e di gestione dei servizi dati in affidamento, lo 0,5% per oneri della sicurezza aziendali ed il 5% per l'utile di impresa.

Dalle schede relative ai singoli lotti si ricava che il costo orario per gli operatori con qualifica C1 è stato stimato in euro 17,70 e del coordinatore D1 in euro 18,80.

Dalle schede si ricava altresì che le ore stimate di coordinamento sono le medesime per ogni lotto (36 ore settimanali per un totale

annuo di 1512 ore), indipendentemente dalle ore degli operatori e del numero di utenti.

Il termine per la presentazione delle offerte è fissato per le ore 10,30 del 2 settembre 2019 e la decorrenza dei 36 mesi di accordo quadro dal 1° settembre 2020.

2. Così descritto in sintesi il contenuto della legge di gara, parte istante ne contesta la legittimità, per come sopra congegnata, in quanto illogica e sostanzialmente preclusiva della partecipazione alla selezione, ed articola le seguenti censure:

1. *Eccesso di potere sotto il profilo del difetto assoluto e/o erroneità di istruttoria in punto di quantificazione dell'incidenza del costo della manodopera e di un anormale importo complessivo a base di gara; difetto di motivazione ed illogicità manifesta; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 23, 71 e 97 del dlgs 50/2016 anche in relazione alla disciplina di tutela dei lavoratori e CCNL di riferimento; errore di fatto e travisamento dei presupposti - violazione della Deliberazione dell'assemblea capitolina n. 80 del 2017; violazione delle DCC 135/2000 e 191/2015 – incongruità della base di gara - violazione degli artt. 3, 36, 39 e 97 Cost. e 1.1. del CCNL.*

Sotto un primo profilo, parte ricorrente lamenta la mancata applicazione del CCNL di riferimento in vigore al momento dell'emanazione del bando e della decorrenza delle prestazioni, mancata applicazione che si riflette sia sulla definizione dei costi orari, sia sull'individuazione della qualifica del coordinatore.

Assume che, sebbene in astratto non possa escludersi completamente che un lavoratore della categoria C possa svolgere le mansioni di Operatore Educativo per l'Autonomia Scolastica, tuttavia (come emerge anche dalla lettura del mansionario del CCNL attualmente in vigore, sottoscritto il 28 marzo 2019), la categoria di

referimento, soprattutto in base ai titoli richiesti dal bando, dovrebbe essere la D: *“area/categoria D – lavoro specializzato, professioni sanitarie, servizi di istruzione/formazione e di inserimento lavorativo, servizi socio-educativi, socio-sanitari”* e non certo la C: *“area/Categoria C – lavoro specializzato, servizi qualificati alla persona in ambito socio-assistenziale, socio-sanitario”*.

Deduce che, a tutto voler concedere, non possa avere il livello C1, quando uno stesso operatore OSS (titolo non ritenuto sufficiente per lo svolgimento delle funzioni OEPA), deve essere inquadrato almeno nella categoria C2.

Lo stesso errore, contesta parte istante, sarebbe commesso con riferimento alla figura del Coordinatore, per il quale, come requisito di ammissibilità, sono previsti il possesso del diploma di laurea triennale o specialistica attinente alle materie psico/socio/pedagogiche ed una comprovata esperienza almeno triennale nella organizzazione, monitoraggio, e valutazione del servizio e/o nel coordinamento di servizi analoghi.

Orbene, una tale figura non sarebbe in alcun modo ascrivibile alla Categoria D1, bensì alla categoria E1 o nella categoria in termini retributivi equivalente del D3.

Oltre a quanto sopra, la stazione appaltante non avrebbe minimamente tenuto conto della variazione contrattuale intervenuta nel marzo 2019 e dell'aumento di circa il 6% del costo del lavoro.

Ed invero, al di là della erronea indicazione della categoria di riferimento, l'amministrazione comunale avrebbe persino derogato alle tabelle ministeriali 2013, sottraendo l'indennità di turno ed indicando il costo per un operatore C1 in euro 17,70 e per un D1 in euro 18,80, in misura notevolmente inferiore a quanto previsto dal

CCNL, che, al momento dell'inizio delle attività, settembre 2020, sarà completamente a regime.

Segnatamente, il costo di un lavoratore C1 in base al nuovo CCNL, applicabile al bando *ratione temporis*, pur senza considerare l'indennità di turno, e con l'incidenza IRAP al 4,8% (aliquota in vigore nella Regione Lazio) sarà al 1° novembre 2019 di 18,49 euro/ora ed al 1° settembre 2020 di euro 19,06, mentre il costo di un lavoratore D1 sarà di euro 21,01 (sempre con esclusione dell'indennità di turno); con la conseguenza che al momento della decorrenza dell'accordo quadro (1.9.2020 art. 4 del capitolato speciale descrittivo e prestazionale dei singoli lotti), l'importo stimato a base di gara sarà del tutto insufficiente per le prestazioni richieste.

Da una semplice operazione aritmetica, deduce l'istante, deriva che, prendendo ad esempio il solo lotto 1, il costo reale del personale stabilito nella scheda progetto in euro 6.898.219,20 sarà notevolmente inferiore a quanto le offerenti si troveranno a dover corrispondere ai propri operatori, vale a dire euro 7.432.132,32 (e cioè già quasi pari alla base di gara).

Se poi si considera che, prosegue parte esponente, l'operatore OEPA potrebbe al massimo rientrare nella categoria C3/D1 e non certo C1 e quindi avere un costo orario di euro 21,01 (sempre al netto dell'indennità di turno), mentre il coordinatore nella categoria D3/E1, e quindi con un costo orario di euro 23,01, si avrà che il costo del personale sarà di euro 8.226.016,56 e cioè superiore alla base di gara senza considerare gli ulteriori costi.

Sottolinea ancora la parte deducente che i partecipanti alla gara dovranno comunque offrire delle prestazioni aggiuntive che comporteranno un costo minimo di almeno 165.000,00 euro; risulta

evidente che, quand'anche le imprese rinunciassero a proporre un ribasso del prezzo a base di gara, comunque, nessuna offerta potrà mai risultare congrua e non violativa dei CCNL.

Con la conseguenza che, data la tipologia di gara (accordo quadro per tre anni per 30 lotti), tutti gli operatori sino ad oggi impiegati nel servizio, qualora il bando non venga annullato, si troveranno costretti a partecipare e a formulare un'offerta, pena la definitiva uscita dal mercato, ben sapendo però che su questa base non potranno nemmeno recuperare interamente i costi necessari per la sua esecuzione.

Da qui anche la immediata impugnabilità delle previsioni in linea con i principi espressi dalla nota decisione dell'Adunanza Plenaria n.4/2018.

Sotto altro aspetto, lamentano gli istanti, la stazione appaltante, nel formulare l'importo a base di gara, oltre a non tener conto del CCNL in vigore al momento dell'approvazione del bando, ha applicato le Tabelle Ministeriali 2013 depurate dal costo dell'indennità di turno.

Deducono che, posto che il costo del lavoro come individuato dalle Tabelle Ministeriali possa ritenersi, per gli offerenti, non tassativo (potendo questi giustificare eventuali minori costi in base alla propria organizzazione), sicuramente illegittima è tuttavia la deroga in ribasso a dette tabelle operata dalla stazione appaltante nella formulazione dell'importo a base di gara, in quanto questa non può in alcun modo attestare un costo del personale inferiore a quanto ivi previsto e meno che mai in base ad elementi che dipendono dall'organizzazione dell'impresa partecipante.

La doverosità dell'indennità di turno non dipende, infatti, solo dalla specifica attività oggetto del bando, ma dall'organizzazione dell'impresa partecipante.

Nel caso di specie, per altro, sia nel bando di gara che nel disciplinare (pag. 16 bando – pag. 14 del disciplinare), il settore di attività viene individuato genericamente nella “assistenza ai disabili”, settore caratterizzato proprio da una necessaria organizzazione in turni.

Si aggiunga a ciò, assume parte istante, come tra i compiti dell'operatore O.E.P.A. ci siano molteplici attività (dalla lettera I alla lettera O dell'art. 6.3 del capitolato speciale descrittivo dei singoli lotti) che non possono in alcun modo escludere l'eventualità di un'organizzazione dell'impresa che preveda l'obbligo del pagamento dell'indennità di turno.

Pertanto, anche sotto questo profilo, la valutazione dell'importo a base di gara risulta incongruo ed inoltre violativo del principio della par condicio e della libertà organizzativa dell'impresa.

Da ultimo, quanto alle spese generali, evidente sarebbe l'illegittimità della legge di gara, che violerebbe palesemente le deliberazioni di C.C. n. 135 del 2000 e 191 del 2015.

La stazione appaltante ha operato, nella determinazione del calcolo della base di gara, una illegittima riduzione dell'importo relativo alle spese generali, violando così la propria deliberazione CC n. 135 del 2000.

Con la detta deliberazione Roma Capitale ha fissato infatti gli indirizzi in ordine agli appalti.

Vi si legge espressamente: *“art. 1 Nei capitolati speciali, negli avvisi di gara, nei contratti d'appalto, nelle convenzioni e negli affidamenti, dovranno essere iscritte clausole tali da prescrivere:*

a) *l'obbligo del rispetto da parte delle aziende, consorzi, associazioni temporanee di impresa, cooperative concorrenti, dei CCNL dei contratti integrativi di categoria di riferimento, in tutti i loro istituti anche per i soci lavoratori di cooperativa a prescindere da qualsiasi regolamento interno, di adempiere, inoltre, ad ogni obbligo contributivo in materia previdenziale, assistenziale ed assicurativa e attenersi agli obblighi descritti dalla ex legge 626/94;*

b) *la revoca immediata dei rapporti contrattuali con il Comune e l'esclusione da successive gare, in caso di mancato rispetto dei CCNL, contratti integrativi territoriali, obblighi contributivi, in caso di accertata violazione dello Statuto dei diritti dei lavoratori;*

c) *nella determinazione dei criteri economici per l'aggiudicazione sarà cura dell'Amministrazione fissare i corrispettivi delle prestazioni richieste in misura tale da comprendere sia il costo del lavoro riferito alle tabelle aggiornate dei CCNL contratti integrativi territoriali vigenti, sia per le spese generali e di gestione dei servizi appaltati, queste ultime da determinarsi in misura non inferiore al 10 per cento dell'importo complessivo del prezzo di aggiudicazione dell'appalto”.*

Ed all'art. 3 specifica: *“quanto disposto dall'art. 1 e dall'art. 2 della presente delibera si applica ad ogni tipo di affidamento a terzi di servizi da parte del Comune, quali che siano le modalità di affidamento”.*

Nel bando in oggetto, Roma Capitale, oltre a non determinare i corrispettivi delle prestazioni richieste in misura tale da comprendere il costo del lavoro come aggiornato dal CCNL siglato il 28 marzo 2019, non avrebbe tenuto conto del valore minimo previsto per le spese generali nel 10% dell'importo complessivo, percentuale portata poi al 13% dalla successiva DCC 191/2015.

2) *Eccesso di potere, sviamento, errore di fatto e travisamento dei presupposti - illogicità e/o erroneità manifesta - impossibilità di formulazione dell'offerta -*

violazione dell'art. 97 del Dlgs 50/2016 - impossibilità di verifica della congruità dell'offerta. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 23, 30, 54, 95 del d.lgs 50/2016;

Oltre ad aver indicato i costi del personale in misura inferiore a quanto previsto dal CCNL attualmente in vigore, la stazione appaltante, lamenta parte istante, avrebbe previsto, nell'offerta tecnica, il riconoscimento di ben 20 punti sugli 80 previsti in base alle offerte di prestazioni aggiuntive “*senza oneri per l'amministrazione*”, di cui 10 punti per l'offerta di ore aggiuntive di servizio ed ulteriori 10 punti per l'offerta di “*proposta migliorativa laboratoriale*”.

In merito alle “*ore aggiuntive*” il capitolato speciale dei singoli lotti (art. 11 criterio 1.2.) prevede che “*sarà oggetto di valutazione il monte ore aggiuntive offerto secondo il sottopunto 6.6.2 oltre l'ora settimanale/ bambino già prevista all'art. 6 sottopunto 6.6.1. calcolato in numero di ore aggiuntive offerto ulteriore rispetto al totale annuo di ore*” assegnato al singolo lotto. “*La soluzione migliorativa proposta, consistente nel numero di ore aggiuntive offerte, è a totale carico del concorrente che nulla potrà pretendere in termini di costi dall'Amministrazione. L'Amministrazione, prima dell'aggiudicazione, si riserva in ogni caso di valutare la congruità e la sostenibilità economica di quanto proposto dal concorrente. La proposta migliorativa complessivamente indicata dal concorrente per il suddetto elemento, in caso di aggiudicazione definitiva, dovrà essere concretamente ed effettivamente eseguita dall'aggiudicatario, pena la decadenza dall'aggiudicazione medesima*”.

Per quanto invece riguarda le proposte laborali (art. 11 criterio 1.4 del capitolato speciale), è prevista l'attribuzione di due punti per ogni percorso sino ad un massimo di 10 punti e nel medesimo criterio si forniscono gli elementi minimi ed inderogabili ai fini della valutazione (20 ore minimo; operatori qualificati con almeno 3 anni

di esperienza, numero massimo di alunni e rapporto numerico 1/10 massimo).

Sebbene sembri ormai consolidata l'opinione che il divieto contenuto nell'art. 95, comma 14 bis, del d. lgs. 50/2016 si debba riferire ai soli appalti di lavori, parte istante sostiene che tale previsione debba riferirsi a tutti gli appalti aggiudicati con il sistema del offerta economicamente più vantaggiosa come prevista dal comma 3 del medesimo art. 95.

Del tutto illogica e fortemente discriminatoria sarebbe infatti la limitazione ai soli appalti di lavori, venendo la richiesta di offerte aggiuntive a rappresentare, in ogni caso, una forma di ulteriore ribasso dell'offerta economica che violerebbe le percentuali di incidenza tra l'offerta tecnica e quella economica.

Indipendentemente dall'applicazione al caso in esame del precetto contenuto al comma 14 bis dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016, le offerte aggiuntive previste dal bando, quantomeno l'offerta di ore aggiuntive, sarebbero comunque violative del comma 6 dell'art. 95 del Codice dei Contratti Pubblici.

Sotto altro aspetto si contesta l'impossibilità di formulazione dell'offerta e si deduce la violazione di legge con particolare riferimento all'art. 54 d.lgs. 50/2016

Oltre che per il profilo sopra esposto, assume parte esponente che la richiesta di prestazione aggiuntive “senza oneri per l'amministrazione” sarebbe totalmente inammissibile in una procedura di aggiudicazione di un accordo quadro.

Il livello di determinatezza dell'oggetto dell'accordo quadro ha, infatti, dei fisiologici ed inevitabili profili di incertezza; il volume prestazionale è, per definizione, un volume potenziale e ciò sia sotto

il profilo dell'impossibilità, per l'offerente, di una corretta valutazione della congruità e sostenibilità dell'offerta e sia sotto il profilo della possibilità, da parte dell'Amministrazione, di un reale controllo della sua sostenibilità.

Dovendo un appalto comunque essere autonomamente sostenibile, gli offerenti dovrebbero "spalmare" i costi per le prestazioni aggiuntive sul costo complessivo delle prestazioni ammesse.

Per sua natura, tuttavia, l'accordo quadro non consente di determinare a priori le prestazioni richieste. Conseguentemente, non essendo le ore aggiuntive e le varianti modificabili in base alle ore di servizio che verranno effettivamente riconosciute nel corso del triennio, la sostenibilità delle offerte sarà estremamente aleatoria e potrebbe bastare anche solo una piccola variazione, per sua natura intrinseca alla scelta dell'accordo quadro, rispetto al numero di alunni o al numero delle ore/alunno riconosciute, per rendere le offerte non sostenibili.

Sotto altro profilo, occorre evidenziare che in concreto tutti i concorrenti, per avere una possibilità di vittoria ed anche per superare la soglia minima dei 40 punti per l'offerta tecnica, non potranno far altro che offrire il numero di ore massimo valutabile e cioè il 2% rispetto alle ore annue totali; questo, prendendo ad esempio il lotto 1, comporterà l'offerta di ben 2.566,08 ore annue operatore, con un costo, in base al nuovo contratto collettivo, di euro 48.909,48 annuo ed un costo del triennio di euro 146.728,44.

E tuttavia, il quantitativo delle ore effettive che verranno assegnate dipenderà dal fabbisogno che verrà accertato dalla stazione appaltante ogni anno e pertanto, al momento dell'offerta, i partecipanti non potranno in alcun modo valutare l'incidenza che le

proprie offerte aggiuntive potranno avere sul costo orario che proporranno.

Ma se l'offerente non è in condizione di presentare un'offerta sicuramente sostenibile, ancor meno possibilità ha la stazione appaltante di avere degli strumenti per la valutazione della sostenibilità dell'offerta stessa.

In sintesi, è dunque evidente l'incompatibilità di una richiesta di prestazioni aggiuntive senza oneri per l'amministrazione, con una procedura di aggiudicazione di un accordo quadro ove i valori sono stimati presuntivamente, solo potenziali e rimessi a successive determinazioni della stazione appaltante e, pertanto, sottopongono i partecipanti ad una duplice incertezza nella formulazione dell'offerta economica: la prima sulla quantità effettiva delle prestazioni da rendere, la seconda sulla possibilità di ammortizzazione del costo delle offerte aggiuntive.

Per come è costruito, il provvedimento impugnato non permetterebbe quindi agli interessati di valutare tutti i necessari elementi per una offerta congrua e sicuramente sostenibile.

3) Eccesso di potere; violazione dell'art. 23 del d.lgs. 50/2016 - mancata indicazione di elementi necessari alla formulazione.

La stazione appaltante, pur avendo correttamente inserito nel bando la cd "clausola sociale", non ha fornito alcuna indicazione sul numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbito dall'aggiudicatario.

La stazione appaltante né nel bando né nel disciplinare e né nella scheda progetto fornisce alcuna delle indicazioni richieste, rendendo conseguentemente impossibile predisporre delle offerte sicuramente congrue.

4) *Violazione e falsa applicazione degli articoli: 3, comma 1, lett.p), 48 e 51 del D.Lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti di fatto, violazione del principio di concorrenza e libera iniziativa economico-imprenditoriale, ingiustizia e illogicità manifeste.*

L'illegittimità della lex specialis viene in rilievo anche sotto un altro e complementare profilo, con specifico riferimento all'individuazione delle modalità di partecipazione alla procedura.

Deduce parte ricorrente che il disciplinare di gara per l'aggiudicazione dei lotti dell'accordo quadro per cui oggi è causa, prescrive (art.3 rubricato "oggetto dell'accordo quadro, importo e suddivisione in lotti") che: "i concorrenti possono presentare offerta per uno, più lotti o la totalità dei lotti ma non potranno essere aggiudicatari di più di un lotto, sia se partecipino singolarmente, sia in raggruppamento temporaneo d'impresе, sia in forma consortile ai sensi dell'art. 51, comma 2, del Codice".

Il disciplinare in parola, da un lato, consente formalmente la partecipazione a tutti i lotti e, dall'altro, ne limita l'aggiudicazione ad uno solo per ciascun concorrente, indipendentemente dalla veste con cui il medesimo offerente (di volta in volta operatore economico singolo o nelle varie forme associate consentite) decida di concorrere ai lotti stessi.

L'art.3 del disciplinare di gara, quindi, ai soli fini del rispetto del principio di limitazione dei lotti aggiudicabili, evidentemente assimila al singolo operatore economico e/o al singolo RTI in gara qualsiasi altro operatore e/o raggruppamento temporaneo, consorzio, ed altre forme di partecipazione associata, costituiti in tutto o in parte dai medesimi operatori economici partecipanti ad altri e distinti lotti.

In altre parole, nel disciplinare di gara il concetto di concorrente (recte “operatore economico”, cfr. art.3, comma 1, lett.p, codice contratti), almeno ai limitati fini dell’aggiudicazione, è da intendersi illegittimamente esteso anche al caso in cui l’aggiudicazione di più lotti avvenga a favore di un determinato operatore (singolo o a personalità giuridica singola) e/o di un raggruppamento temporaneo e soggetto assimilato costituito anche dal medesimo operatore.

Tale previsione, resa nei termini di cui sopra, è viziata da illegittimità, in quanto, pur riguardando il limite all’aggiudicazione dei lotti, in realtà determina anche un inammissibile vincolo alla partecipazione degli operatori economici alla gara, perché si fonda sull’erroneo ed illegittimo presupposto per cui l’operatore che partecipa a distinti lotti, come singolo e/o in RTI (e in quest’ultimo caso, in associazione con diversi operatori) costituisca sempre un medesimo operatore economico.

Detto altrimenti, la legge di gara dovrebbe consentire ad un’impresa facente parte di un RTI concorrente per uno o più lotti di partecipare ed ambire all’aggiudicazione di quel lotto a prescindere dalla circostanza che essa stessa o un’altra impresa di quel raggruppamento, partecipante a distinti lotti in altra forma (singolarmente, o raggruppata con altre imprese), possa partecipare e poi aggiudicarsi questi altri.

Trattandosi ogni volta di concorrenti distinti, ad essi non si possono in alcun modo impedire la partecipazione e l’eventuale aggiudicazione di più lotti distinti.

5) Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 2 bis del dlgs 50/2016 - sviamento, illogicità manifesta. Violazione degli artt. 3 e 97 cost.

Sempre in relazione alla divisione in lotti ed al limite di attribuzione dei lotti operata nel bando oggetto del ricorso in esame, parte ricorrente contesta poi che la previsione stessa rappresenta una vera e propria elusione dei principi introdotti dal legislatore europeo e dalla normativa nazionale.

Infatti, la stazione appaltante ha prima proceduto ad una ingiustificata elaborazione di un unico bando, seguendo la logica dei “mega bandi” che sembra caratterizzare l’attuale amministrazione, poi, di fatto, non ha diviso ma aggregato nei singoli lotti una serie di servizi in precedenza divisi e frazionati.

Se ben si guarda la stazione appaltante ha compiuto una azione diametralmente opposta a quella prescritta dall’art. 2 bis del d.lgs. 50/2016 con una procedura che non solo non produce il richiesto ampliamento dei partecipanti, garantendo le piccole e medie imprese, ma, paradossalmente, determina l’esatto contrario rispetto alla situazione di mercato esistente, costringendole o a forzate aggregazioni o, altrimenti, alla esclusione dalla gara. In sintesi non ha diviso in lotti, ma aggregato in lotti, rendendo meno agevole la partecipazione.

Oltretutto, anche la divisione su base meramente municipale, con scuole di livello differente e distanti anche molti chilometri, soddisfa esclusivamente l’interesse dell’amministrazione ad avere una centrale di spesa unica, ma non certo gli interessi né degli utenti né degli operatori e dell’imprese.

6) Violazione e falsa applicazione dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, a seguito della eterointegrazione della lex specialis (dell’art.7.2, punto 6, lett. b e c), del capitolato speciale di gara nonché dei criteri di valutazione

dell'offerta tecnica punto 2.2) ad opera dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante.

Sotto altro profilo, l'amministrazione avrebbe alterato le regole di gara, innovando le previsioni della lex specialis mediante chiarimenti di portata "innovativa", che impediscono la presentazione di una offerta consapevole da parte dei partecipanti.

Il capitolato speciale d'appalto, al punto 7.2., rubricato "Requisiti dell'Operatore O.E.P.A.", prevede: "L'Aggiudicatario del servizio dovrà avvalersi...di un numero indicativo di...O.E.P.A. adeguatamente qualificatiAi fini del presente accordo quadro possono svolgere le funzioni di O.E.P.A solo le persone in possesso dei seguenti requisiti:... 6) Titolo di studio:...b. Diploma di istruzione secondaria di II grado quinquennale congiunto a Diploma di Laurea in Scienze dell'Educazione e della Formazione o in Servizio Sociale o in Scienze e Tecniche Psicologiche (nuovo ordinamento), o Psicologia o Pedagogia (vecchio ordinamento) oppure similari; oppure c. Diploma di istruzione secondaria di II grado quinquennale congiunto ad attestato di superamento di un corso di formazione per qualifica di Operatore Educativo per l'Autonomia rilasciato da Enti di Formazione accreditati.”.

Il disciplinare di gara, a sua volta, in sede di fissazione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica, al punto 2.2 (pag.49 di 57), prevede che "N.B. I corsi di formazione per la qualifica di Operatore Educativo per l'Autonomia che - ai sensi della Deliberazione della Regione Lazio n. 223 del 3 maggio 2016 come modificata dalla deliberazione della Regione Lazio n. 88 del 28 febbraio 2017 e dell'art. 7 sottopunto 7.2 del capitolato speciale d'appalto - concorrono, insieme al diploma di istruzione secondaria di secondo

grado quinquennale, alla formazione del titolo di accesso per la partecipazione alla gara, non sono computabili ai fini dell'attribuzione del punteggio in sede di offerta tecnica.”.

Assume parte istante che dal combinato disposto delle due disposizioni di gara si evincerebbe che l'attestato di formazione inerente la professione OEPA costituisca esclusivamente un requisito di ammissione alla gara, senza poter mai rappresentare elemento valutabile ai fini dell'attribuzione di alcun punteggio, e ciò indipendentemente da altro titolo di studio a cui quest'ultimo si accompagni.

Tuttavia, prosegue parte esponente, Roma Capitale, in sede di chiarimenti formulati alla legge di gara, ha precisato che:

“13) QUESITO: Qualora l'operatore posseda l'attestato di formazione inerente la professione O.E.P.A. in aggiunta al titolo di studio richiesto, l'attestato potrà essere considerato nella valutazione dei n. 3 attestati richiesti per l'attribuzione del punteggio previsto per il criterio 2.2 dell'Offerta Tecnica?”

RISPOSTA: L'attestato di formazione inerente la professione O.E.P.A. (diplomi di master, corsi di formazione etc) qualora sia congiunto un Diploma di Istruzione secondaria di secondo grado quinquennale sarà considerato requisito di ammissione come indicato alla lett. c) dell'art 7.2 del C.S.D.P. e pertanto come precisato al N.B. del punto 2.2 dei criteri di valutazione dell'Offerta Tecnica non sarà computabile ai fini dell'attribuzione del punteggio.

Qualora, invece, sia congiunto ai Diplomi di Laurea indicati alla lett b) dell'art 7.2 del C.S.D.P., lo stesso verrà valutato per l'attribuzione del punteggio previsto per il criterio 2.2 dell'Offerta Tecnica, purché presenti le caratteristiche ivi richieste. (11/07/2019)” (cfr.

<https://www.comune.roma.it/web-resources/cms/documents/CHIARIMENTI2.PDF>).

Contestano gli enti ricorrenti che l'amministrazione avrebbe modificato in modo novativo la legge di gara, perché, mentre quest'ultima - nelle partizioni sopraevidenziate - non aveva mai considerato utile, ai fini dell'attribuzione di alcuna aliquota di punteggio afferente l'offerta tecnica, l'attestato di formazione inerente la professione O.E.P.A., in un secondo momento, in sede di chiarimenti ed in modo illegittimamente novativo, ha disegnato una particolare ipotesi, mai prevista prima in via diretta, né ricavabile all'esito di alcuna combinazione interpretativa, in cui il medesimo attestato può essere invece valorizzato, rendendolo oggetto di scrutinio e destinatario di una quotazione in sede di valutazione dell'offerta tecnica.

Se Roma Capitale avesse voluto introdurre una “nuova” regola (vincolante) per i partecipanti, avrebbe dovuto invece seguire il principio del *contrarius actus*, secondo cui la modifica (o il ritiro) di un atto deve avvenire nelle stesse forme e seguendo il medesimo procedimento della sua adozione, accompagnando detta attività con un correlato differimento del termine di presentazione dell'offerta nonché con l'espressa possibilità di (ri)presentazione dell'offerta stessa almeno nei riguardi di quegli organismi che eventualmente avevano medio tempore già presentato la propria.

7) *Eccesso di potere - travisamento dei presupposti - violazione della Determinazione n. G09091 del 28/06/2017 della Regione Lazio - errore ed illogicità manifesti - violazione del regolamento di Roma Capitale per il Servizio educativo per l'Autonomia degli alunni con disabilità approvato con D.A.C. n. 80 del 2017.*

Deduce ancora parte istante che tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica predisposti dalla stazione appaltante si legge: “professionalità degli operatori O.E.P.A.”.

Il criterio rimanda all'art. 7 comma 2 del capitolato speciale descrittivo e prestazionale del settore dell'Assistenza Educativa e Culturale, che a sua volta rimanda ai soggetti qualificati ai sensi del regolamento regionale di cui alla deliberazione Regione Lazio n. 223 del 3 maggio 2016, e non alla Determinazione n° G09091 del 28/06/2017, con la quale la figura dell'AEC (oggi OEPA) è stato professionalmente definita: “L'operatore educativo per l'autonomia e la comunicazione è in grado di facilitare l'integrazione scolastica dell'alunno con disabilità nell'ambito delle attività formativo-didattiche, dell'autonomia personale e della socializzazione, curando, in team con le altre figure educative e assistenziali, gli aspetti dell'apprendimento, della comunicazione e della interazione-relazione”, e deve possedere le seguenti capacità : “applicare metodi per la programmazione e la valutazione didattica ed educativa con specifica attenzione all'acquisizione delle autonomie e alla socializzazione in contesti di apprendimento; comprendere i bisogni dell'alunno e del gruppo classe per la progettazione di appropriati interventi didattici e socio- educativi per l'integrazione; identificare modalità di informazione e scambio comunicativo tra il contesto scolastico (insegnanti, specialisti, etc.) e la famiglia; rilevare le risorse e le potenzialità attivabili dell'allievo al fine di tradurle in finalità educative concretamente perseguibili”.

Oltre a ciò, nel criterio 2.2 si definisce l'attribuzione del punteggio senza alcun riconoscimento al tipo di qualifica, ma unicamente in base al numero di attestati di frequenza a non meglio definiti corsi

“nell’ambito O.E.P.A.” (non si comprenderebbe se l’ambito OEPA è quello della determinazione regione Lazio G09091 del 28 giugno 2017 o quello della totalmente avulsa deliberazione 223 del 3 maggio 2016) della durata minima di 50 ore.

Il confronto tra l’art. 7.2 del capitolato speciale dei singoli lotti e l’art. 11, punto 2.2, del medesimo documento, crea non pochi dubbi ed ambiguità sui i criteri di valutazione che la Commissione di gara sarà poi tenuta ad applicare.

Inoltre, secondo parte ricorrente, i criteri posti dall’amministrazione sono illogici, giacché non verrebbe minimamente valorizzata la formazione effettivamente necessaria.

Se da una parte all’art. 11, punto 2.2., si afferma che saranno “oggetto di valutazione la formazione specifica, come prevista all’art. 7, sottopunto 7.2 del Capitolato Speciale descrittivo e prestazionale attinente al settore dell’Assistenza Educativa e Culturale”, dall’altra, al punto 7.2, si parla di soggetti adeguatamente formati ai sensi del regolamento e della legge regionale 223/2016 come modificata dalla 88/2017, norma questa che si riferisce a servizi di tipo assistenziale e non certo educativi, tanto è vero che per tale funzione la medesima Regione Lazio ha definito ed approvato, con la deliberazione G09091 del 28/06/2017, lo standard formativo e professionale dell’operatore O.E.P.A., prevedendo per questa figura una formazione minima di 300 ore, di cui 120 di tirocinio.

La stazione appaltante ha quindi previsto l’attribuzione di punti a corsi di formazione totalmente estranei all’oggetto del servizio e cioè a corsi per la qualifica di OSS, ADEST, OSA, OTA e Assistenti Familiari. Non solo, ma pur riconoscendo, giustamente, la possibilità di accesso al servizio agli operatori che, anche in mancanza di una

specifica formazione, abbiano una documentata esperienza quinquennale, non ha previsto per essi l'obbligo di iscrizione ad un corso specifico, ma a corsi di formazione estranei al servizio, quali quelli delle qualifiche sopra richiamate, violando palesemente il Regolamento comunale approvato con il DAC n. 80 del 2017, ove, all'art. 18, si legge: "Per il personale già impegnato nel servizio alla data di efficacia del presente regolamento, e fino ad esaurimento, si prescinde dal possesso del titolo di cui al comma 7 dell'art. 12 in caso di una comprovata esperienza della durata di almeno 3 anni di servizio, anche non continuativo, nel medesimo ruolo presso Organismi pubblici o privati, con l'obbligo di superamento di un corso di formazione per qualifica di Operatore Educativo per l'Autonomia entro due anni dalla data di entrata in vigore del presente Regolamento", rendendo peraltro estremamente difficoltoso anche l'eventuale assorbimento del personale ora in servizio.

Il paradosso, a questo punto, è che, in base ai criteri del bando, un soggetto in possesso del diploma di istruzione secondaria di II grado ad indirizzo magistrale o Servizi sociosanitari o Educatore professionale (art. 7.2, lett.a) o del Diploma di istruzione secondaria di II grado quinquennale congiunto a Diploma di laurea in Scienza dell'Educazione e della Formazione o in Servizio Sociale o in Scienze e Tecniche Psicologiche (nuovo ordinamento) o Psicologia o Pedagogia (vecchio ordinamento) (art. 7.2, lett. b) o del Diploma di istruzione secondaria di II grado quinquennale congiunto ad attestato di superamento di un corso di formazione per qualifica di Operatore Educativo per l'Autonomia (art. 7.2., lett. c), magari anche con una esperienza specifica pluriennale, non permetterà

L'aggiudicazione di alcun punto, mentre un operatore senza alcun livello minimo di istruzione ma con un'esperienza quinquennale e tre corsi di 50 ore per qualifiche totalmente inadeguate per lo svolgimento del servizio (OSS, ADEST, OSA, OTA e Assistenti Familiari) otterrà il punteggio massimo.

Anche sotto tale profilo la procedura di gara appare totalmente erronea ed illogica e non idonea alla selezione della offerta migliore ai fini della realizzazione dell'interesse pubblico e degli alunni e delle loro famiglie.

8) Eccesso di potere sotto il profilo del difetto assoluto e/o erroneità di istruttoria in punto di quantificazione della necessità di personale e conseguente incidenza del costo della manodopera - difetto di motivazione ed illogicità manifesta - violazione dell'art. 55 del dlgs 117/2017 e della Legge Regione Lazio n. 11 del 10.08.2016.

Lamenta inoltre parte istante che Roma Capitale, seppur sollecitata in tal senso dalle centrali cooperative e dal Forum del Terzo Settore, ha rifiutato di promuovere una indagine di mercato e qualunque forma di partecipazione nella programmazione della procedura e nell'individuazione dei bisogni da soddisfare e degli interventi necessari.

Ciò avrebbe comportato una evidente erroneità nella progettazione della gara ed in particolare nella valutazione del personale necessario e conseguentemente delle risorse economiche.

A dimostrazione di tale erroneità è sufficiente analizzare come, da quanto riferito dalle strutture sindacali, il numero del personale occupato nei servizi previsti dal bando (tutti i lotti) sono stati, sino alla chiusura estiva, circa 3000, mentre il bando ne prevede un numero notevolmente inferiore, pari a 1804.

Secondo la prospettazione attorea, oltre a questa inspiegabile differenza, che comporterà sicuramente notevoli problemi anche in termini di continuità assistenziale e di assorbimento del precedente personale, la stazione appaltante ha commesso macroscopici errori nella stima dei fabbisogni.

Il primo errore, forse di carattere aritmetico, è nella stima dei possibili alunni.

A pagina 2 della scheda di progetto, la stazione appaltante afferma che nell'anno scolastico 2018/2019 sono stati assistiti 5872 alunni e stima che per l'anno 2019/2020 potrà verificarsi un incremento del 15%.

Deduce la parte ricorrente che, in disparte il fatto che la stima dell'incremento dovrebbe riferirsi, quantomeno, all'anno scolastico 2020/2021, anno di decorrenza degli accordi quadro, e stimare anche i presumibili successivi incrementi, è fatto indiscutibile che il 15% di 5872 è 880,8 e che pertanto il numero stimato degli alunni da assistere dovrebbe essere 6752.

Sommando tutti gli alunni indicati nelle schede dei singoli lotti abbiamo invece, inspiegabilmente, che il numero degli alunni stimati è di 5901.

La stazione appaltante poi, non su basi oggettive o quantomeno suffragate dai dati forniti dai Municipi, stima in 11 ore settimanali le necessità per ogni alunno e quindi, in base a quella che sarebbe dovuta essere l'esatta stima aritmetica, non contabilizza ben 9.361 ore di servizio annuo presumibilmente necessario proprio secondo quanto affermato dalla stessa.

Osserva la parte istante che sino ad oggi il servizio veniva reso su base scolastica o al massimo per plesso ed ogni servizio poteva contare di un sufficiente numero di ore di coordinamento.

Tutti i servizi previsti su base municipale sono stati aggregati nel bando impugnato, mantenendo per ogni lotto lo stesso numero di ore di coordinamento in precedenza utilizzato per lo svolgimento del servizio in ogni istituto. Non solo, tanto se il servizio preveda l'assistenza a 292 alunni e la necessità di coordinare 3.212 ore di servizio, come previsto dal lotto 1, quanto se esso concerni l'assistenza a 123 alunni e la necessità di coordinare 1353 ore, come previsto nel lotto 30, secondo la stazione appaltante sono necessarie le stesse ore di coordinamento, 36 settimanali.

In realtà queste ultime non sono sufficienti nemmeno per il lotto più piccolo, visto che si tratterà di coordinare il servizio in 5 Istituti Comprensivi ed in 9 Scuole d'Infanzia e che, pertanto, i partecipanti, per poter effettivamente fornire un servizio adeguato, dovranno necessariamente avvalersi della collaborazione di un maggior numero di ore di coordinamento, con il conseguente maggior costo. Anche sotto questo profilo, il bando fornisce quindi un importo a base di gara di fatto insufficiente o che comunque non permetterà il rispetto dei CCNL.

Tutto ciò sarebbe stato facilmente evitato se Roma Capitale avesse rispettato il disposto dell'art. 55 del dlgs 117/2017 (codice del terzo settore) ed i criteri organizzativi disposti dalla Regione Lazio nella legge n. 11 del 20.08.2016 o quantomeno avesse ritenuto di utilizzare l'istituto previsto dall'art. 66 del codice degli appalti.

In base alle suddette doglianze, parte ricorrente ha concluso, chiedendo l'annullamento degli atti gravati, come trascritto in epigrafe.

Si è costituita Roma Capitale, la quale ha ampiamente controdedotto, insistendo per il rigetto del gravame ovvero per la sua inammissibilità.

La causa è stata discussa e trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 5 febbraio 2020.

2. Il ricorso è fondato e deve essere accolto, limitatamente alla doglianza articolata con il primo motivo di ricorso, sotto il precipuo profilo dell'errata considerazione del costo del lavoro.

3. Come esposto nella superiore parte in fatto, per mezzo dell'articolata doglianza, parte esponente ha contestato la mancata applicazione del Contratto Collettivo Nazionale di riferimento, già in vigore all'epoca della indizione della gara.

Tale mancata applicazione rileverebbe, sia nel senso di un erroneo inquadramento delle funzioni del personale, sia con riguardo ad una sottostimata determinazione del costo del lavoro.

Il Collegio reputa fondata la doglianza, ma unicamente sotto tale ultimo rappresentato profilo.

Deve osservarsi come la procedura di gara sia stata indetta con Determina n.332/2019 del 25 luglio 2019, mentre il bando è stato pubblicato il 1° luglio successivo.

Orbene, a tale data, già era stato siglato l'accordo di rinnovo del CCNL - Cooperative Sociali, divenuto efficace in data 31 maggio 2019.

L'amministrazione ha, viceversa, ritenuto di determinare l'importo di gara facendo riferimento alle tabelle ministeriali di cui al DM Lavoro del 2 ottobre 2013.

4. Ciò posto, sotto il primo profilo, l'inquadramento delle figure in rilievo, proposto dall'amministrazione nella legge di gara, appare immune dai vizi lamentati dalla parte istante.

Per un verso, per quanto concerne gli Operatori Educativi per l'autonomia scolastica, essi sembrano poter rientrare nella categoria C1, proprio in forza di quanto previsto dall'articolo 47 del contratto collettivo del 2019; atteso che rientrano in tale categoria, tra gli altri, *“le lavoratrici e i lavoratori che ricoprono posizioni di lavoro che richiedono capacità manuali e tecniche specifiche riferite alle proprie specializzazioni professionali, conoscenze teoriche e/o specialistiche di base, competenze professionali, capacità e conoscenze idonee al coordinamento e controllo di altri operatori di minore contenuto professionale. L'autonomia e la conseguente responsabilità sono riferite a metodologie definite e a precisi ambiti di intervento operativo nonché nell'attuazione di programmi di lavoro, delle attività direttamente svolte e delle istruzioni emanate nell'attività di coordinamento. Le competenze e capacità includono l'utilizzo di attrezzature, macchinari, automezzi di natura complessa nonché la gestione di beni materiali per la realizzazione di processi produttivi conosciuti. Le competenze professionali sono quelle derivanti dal possesso di titoli professionali abilitanti riconosciuti a livello nazionale e regionale, o dalla partecipazione a processi formativi o dall'esperienza maturata in costanza di lavoro”*.

Non sembra che la qualificazione possa peccare per difetto, come contestato da parte ricorrente.

Altrettanto deve dirsi per la figura del coordinatore, il quale può essere ascritto alla categoria D, in linea con quanto previsto dal

medesimo articolo 47 del CCNL succitato, il quale contempla espressamente i lavoratori che *“ricoprono posizioni di lavoro che richiedono conoscenze professionali teoriche specialistiche di base, capacità tecniche elevate per l'espletamento delle attribuzioni, autonomia e responsabilità secondo metodologie definite e precisi ambiti di intervento operativo proprio del profilo, eventuale coordinamento e controllo di altri operatori, con assunzione di responsabilità dei risultati conseguiti. Concorrono alla definizione delle mansioni loro affidate ed alla organizzazione del lavoro proprio e dell'eventuale altro personale coordinato e controllato. Predispongono i materiali necessari all'espletamento della loro mansione. Le competenze e capacità includono l'utilizzo di attrezzature, macchinari, nonché la gestione di beni e materiali per la realizzazione di processi produttivi conosciuti. Le competenze professionali sono quelle derivanti dall'acquisizione di titoli abilitanti conseguiti secondo la legislazione corrente, laddove richiesto, o dal possesso di adeguato titolo di studio o da partecipazione a processi formativi o dall'esperienza maturata in costanza di lavoro”*.

5. Il primo motivo di ricorso deva anche essere disatteso nella parte in cui si contesta la mancata previsione della *“indennità di turno”* e delle *“spese generali”*.

Da una parte, invero, risulta plausibile quanto ritenuto dall'amministrazione, laddove ha inteso che le relative prestazioni contrattuali non implicano una organizzazione del lavoro su turni in modalità continuativa ed ininterrotta, né si richiede una distribuzione del personale articolata su turni diurni e notturni ovvero festivi/domenicali.

Dall'altra parte, quanto alle spese generali, corretta è la prescrizione della legge di gara, la quale prevede che *“nel rappresentare che tale quota parte è soggetta a ribasso rientrando nel valore massimo stimato a base di gara per ciascun lotto e che pertanto subirà un fisiologico ridimensionamento, a*

discrezione dei potenziali concorrenti, che ne terranno ovviamente conto anche ai fini della sostenibilità dell'offerta medesima, si evidenzia che rispecchia la disponibilità delle effettive somme postate del bilancio, finalizzata soprattutto a coprire il numero di ore pro capite per l'utente in un'ottica di efficientamento e della qualità del servizio da rendere, pur sacrificando eventuali economie da ribasso.”.

In sostanza, premesso che i criteri stabiliti dalla riferita delibera di C.C. 135/2000 sono di carattere generale e non strettamente prescrittivo, l'amministrazione, con ragionamento plausibile, ha ritenuto, data la peculiarità dell'affidamento e la limitatezza dei vincoli di bilancio, di far rientrare tale voce nell'importo generale stimato soggetto a ribasso, rimettendo la relativa articolazione alla capacità di ogni singolo concorrente.

6. Tanto precisato, deve invece reputarsi illegittima, perché viziata da eccesso di potere, la determinazione amministrativa di ancorare la remunerazione del costo del lavoro alle tabelle ministeriali del 2013 e non ai nuovi parametri intervenuti per mezzo dell'approvazione del CCNL del marzo 2009.

Premesso infatti che l'amministrazione è dotata di un'ampia discrezionalità nella individuazione degli elementi caratterizzanti l'appalto di servizi e in generale le prestazioni che devono essere richieste, deve rilevarsi che esistono dei temperamenti alla libertà di scelta dell'amministrazione, sia per assicurare il rispetto di finalità di carattere sociale (come la valorizzazione del trattamento economico degli operatori di cui alla gara in rilievo, collegata altresì alla valorizzazione del lavoro che involge una categoria protetta quale quella dei disabili), sia per garantire le imprese operanti nel mercato attraverso il mantenimento della corretta dinamica concorrenziale.

È opinione consolidata che l'individuazione del prezzo posta a base d'asta può ritenersi congruo anche se non vengano rispettate le medesime tabelle predisposte dal Ministero del Lavoro, le quali indicano dei costi medi, i quali costituiscono parametri non inderogabili, salvo però il limite che lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori come stabiliti in sede di contrattazione collettiva.

Nel caso di specie, pare evidente, da una parte, la risalenza delle tabelle ministeriali utilizzate da Roma Capitale, dall'altra, la circostanza che, già all'epoca della pubblicazione del bando, i relativi corrispettivi erano stati sensibilmente aumentati per effetto dell'entrata in vigore del nuovo accordo collettivo.

Contraddittoria ed irragionevole è stata dunque la scelta dell'amministrazione, laddove, nel congegnare la legge di gara per un affidamento di così rilevante impatto (dal punto di vista sociale ed economico,) ha sottostimato i costi del personale, determinandoli in base a parametri non solo non più attuali, ma addirittura superati, come detto, già prima della indizione della procedura, dalle nuove pattuizioni del nuovo contratto collettivo.

Al di là dell'inquadramento delle figure e della mancata previsione della "indennità di turno" e delle "spese generali", appare infatti palese che il costo reale del personale, al momento della decorrenza dell'accordo quadro e cioè al 1° settembre del 2020, sarà ampiamente minore di quello a regime previsto per le prestazioni richieste.

Esemplificativi i conteggi proposti dalla parte ricorrente nel primo motivo di ricorso (sostanzialmente non contestati da Roma Capitale), laddove si osserva che per il solo lotto 1 lo scarto è pari quasi ad 1 milione di euro.

Del resto, va condiviso quanto sostenuto dalla parte istante, quando osserva che, proprio sotto il profilo assiologico e di valorizzazione della prestazione richiesta (indirizzata ad una platea di destinatari che rappresentano soggetti deboli e “protetti”, i quali devono poter contare su di un servizio qualificato e dunque congruamente remunerato), l'amministrazione avrebbe dovuto ancor più attentamente valutare il giusto prezzo del servizio richiesto.

Cosa che non è stata evidentemente fatta.

Ne deriva l'accoglimento in parte qua del gravame.

7. Quanto ai restanti motivi di gravame, il Collegio reputa di disattenderli.

8. Il secondo motivo di ricorso è infondato, in quanto, per giurisprudenza consolidata cui il Collegio ritiene di aderire, il divieto prescritto dall'art. 95, comma 14, del Codice dei Contratti si riferisce unicamente alle procedure di gara per l'affidamento di lavori, e non anche a quelle per l'aggiudicazione di servizi, quale quella di cui è causa.

In ogni caso, come plausibilmente dedotto dalla difesa capitolina, l'implementazione delle ore aggiuntive, per un verso, risponde ad una logica di ottimizzazione e di miglioramento qualitativo del servizio, per altro verso, non può superare la percentuale minima del 2% delle ore complessive del relativo lotto; neppure può dirsi che le ore aggiuntive e i previsti “laboratori” contemplino prestazioni diverse ovvero ulteriori.

Peraltro, la prestazione aggiuntiva, secondo la legge di gara, verrà concretamente vagliata, onde scongiurare effetti distorsivi. Essa è infatti soggetta a controlli durante tutta l'esecuzione dell'accordo; ciò al fine di verificare che le ore aggiuntive siano compatibili con il

ribasso e con tutti i costi che l'offerente si impegna ad offrire; tanto al fine di scongiurare una elusione della richiesta congruità dell'offerta medesima.

9. Infondato è il terzo motivo di ricorso.

La previsione della "clausola sociale" non sembra genericamente formulata, né pare impedire la presentazione dell'offerta.

L'articolo 28 dell'accordo quadro prevede che l'aggiudicatario, al fine di garantire il livello occupazionale e la continuità degli interventi e di evitare il turn over degli operatori, dovrà impegnarsi, subordinatamente alla compatibilità ed alla armonizzazione con l'organizzazione d'impresa, ad assorbire ed utilizzare prioritariamente, per il periodo di durata dell'accordo quadro, negli eventuali contratti applicativi, il personale, qualora disponibile, indicato nell'elenco depositato presso il municipio, già impiegato dal precedente affidatario.

L'indicazione del personale da assorbire comporta che nessuna incertezza al riguardo sia ravvisabile nella legge di gara, siccome ostativa rispetto ad una consapevole presentazione dell'offerta.

9. Neppure possono essere condivisi il quarto e quinto motivo di ricorso, con i quali parte istante lamenta che la legge di gara sia stata convenzionata confezionata con finalità violative dei principi di concorrenza e del *favor participationis*.

Sotto un primo profilo, va detto che condivisibilmente ed in linea con i principi emergenti dal Codice dei Contratti (art.51), l'amministrazione ha ritenuto di garantire la massima partecipazione e la medesima opportunità per tutti gli operatori del settore, facendoli concorrere per uno o più lotti, ma non consentendo agli

stessi di essere aggiudicatari di più di un lotto, sia se partecipino singolarmente, sia se concorrano in RTI ovvero in forma consortile.

La previsione guarda al dato sostanziale e vuole impedire che un medesimo soggetto, singolarmente oppure in forma aggregata, possa conseguire l'aggiudicazione di più di un lotto.

Non sembrano pertinenti le argomentazioni difensive proposte dalla parte esponente, laddove ricorda che un RTI è operatore ai sensi dell'art. 3 del Codice e dunque va inteso come un soggetto che partecipa ad una gara al pari degli altri, ma diverso da una persona fisica o giuridica.

Altro è ritenere un RTI operatore economico, altro è ritenere l'identità sostanziale, in termini di ottenimento di vantaggi competitivi ed economici, di un concorrente che agisca una volta in forma singola ed una volta in forma aggregata, ottenendo due volte il corrispettivo dell'affidamento.

Per altro, l'ATI, come noto, non ha autonoma soggettività giuridica; pertanto, anche da un punto di vista formale e di imputazione degli effetti giuridici, il singolo che partecipa ad un RTI ottiene direttamente i vantaggi della commessa (due volte dunque se anche aggiudicatario, come singolo, anche di un altro lotto).

Quanto alla suddivisione in lotti, la scelta dell'amministrazione capitolina è immune dai vizi lamentati, posto che la legge di gara ha perseguito un'articolazione degli stessi in modo proconcorrenziale, in linea con quanto stabilito dall'articolo 51 del codice.

Peraltro anche sul punto risultano plausibili le deduzioni difensive della difesa capitolina, laddove essa osserva che la dimensione dei lotti e la loro articolazione risponde ai criteri di omogeneità prefissati dal relativo regolamento di Roma Capitale al fine di scongiurare

situazioni di difformità sul territorio, con riguardo ai livelli di accesso e di qualità del servizio prestato.

10. Quanto al sesto motivo, osserva il Collegio che lo stesso integra una clausola non immediatamente impugnabile, atteso che non è certo impedita la presentazione dell'offerta, transitando ogni contestazione alla fase successiva, in sede di ammissione ovvero di attribuzione dei punteggi, per cui è inammissibile.

In ogni caso, nel merito, va anche detto che i chiarimenti forniti dall'amministrazione non sembrano "innovativi" rispetto quanto prescritto dal disciplinare.

L'amministrazione ha semplicemente meglio esplicitato che l'attestato de quo, se è congiunto al diploma di istruzione secondaria di secondo grado quinquennale, vale come requisito di ammissione (come prescritto dalla legge di gara), mentre può essere considerato ai fini dell'attribuzione del punteggio, laddove esso venga annesso ai diplomi di laurea indicati alla lettera b) dell'art.7.2 del CSDP.

Ciò sembra un coerente svolgimento dell'assunto, già evincibile dalla legge di gara, secondo cui l'attestato è indispensabile per l'ammissione se è congiunto al titolo di livello minore richiesto dal capitolato speciale d'appalto (in quanto appunto serve ad integrare un titolo ritenuto di "minor" valenza qualificante rispetto ai diplomi di laurea, citati in precedenza dal medesimo articolo); mentre, se è congiunto ai titoli poziori costituiti dai diplomi di laurea, lo stesso potrà essere valutato (per così dire "in positivo") ai fini dell'attribuzione del punteggio.

11. Quanto ai motivi dedotti sub 7) e 8), vale rilevare innanzitutto che gli stessi appaiono inammissibili, perché, in parte qua, non sembrano impedire *in radice* la presentazione dell'offerta.

L'ottavo motivo, in particolare, involge una doglianza che potrebbe semmai essere proposta non già dai concorrenti, ma dai destinatari finali del servizio.

In ogni caso, nel merito, si tratta di contestazioni che impingono per lo più in scelte di politica gestionale di Roma Capitale, le quali tuttavia, all'esito di un sindacato estrinseco (unico consentito al TAR), non sembrano manifestare profili di manifesta irragionevolezza.

Per un verso, invero, affermare che la divisione su base municipale sia anticoncorrenziale è assunto apodittico e non dimostrato; mentre, viceversa, almeno astrattamente, il confezionamento della bando articolato in lotti funzionali su base municipale, facenti comunque capo alla centrale di committenza centralizzata, sembra obbedire ad una logica che coniuga razionalizzazione della spesa comunale (momento particolarmente importante nell'attuale congiuntura storica) con il *favor participationis* e con l'erogazione di un prestazione modellata su base locale.

Quanto ai titoli ed ai requisiti richiesti, l'amministrazione si è mossa in coerenza con quanto previsto dal Regolamento Capitolino e dalla normativa regionale, al dichiarato fine di consentire una più ampia partecipazione alla gara e riconoscendo come valore aggiunto l'esperienza acquisita in materia, pur senza sottovalutare i titoli culturali, che riguardano tutti la medesima omogenea area formativa.

Circa la dedotta erroneità della progettazione di gara nella valutazione del personale necessario e nelle risorse economiche, in disparte quanto sopra rilevato in punto di dubbia ammissibilità della relativa censura, va condiviso quanto evidenziato dalla difesa capitolina, e cioè che il numero di operatori previsto per ciascun

lotto è solo un numero indicativo, inteso a garantire il rispetto di quanto indicato all'articolo 6.4 di ciascun CSDP, che può variare in ragione del grado di autonomia degli alunni assistiti, del numero di operatori che ciascun aggiudicatario utilizzerà e della tipologia di contratto applicato.

La stima e l'analisi dei costi sono avvenute in base ai dati forniti dagli stessi Municipi, su un numero di 5901 alunni, con una media settimanale di 11 ore.

È altresì prevista una clausola di flessibilità, laddove nella scheda di progetto si afferma che il costo totale del servizio è stato calcolato stimando la suddetta media oraria, che non vincola in alcun modo l'amministrazione nell'assegnazione effettiva delle ore settimanali ad alunno.

Alcuna illogicità ovvero alcuna taccia di chiusura del mercato pare dunque rinvenibile negli atti di gara.

12. Alla luce delle sopra esposte considerazioni, i motivi da 2) ad 8) dell'atto introduttivo devono essere rigettati perché infondati ed in parte, per quanto sopra osservato, anche inammissibili; mentre deve essere accolto, in parte qua, il primo motivo di ricorso, come rappresentato al superiore punto 6) della motivazione, con conseguente annullamento, nei termini sopra rappresentati, degli atti indicati ai punti da A) a B) in epigrafe, con esclusione del Regolamento Comunale n. 80/2017 sub E).

Sussistono i presupposti di legge per compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in

epigrafe proposto, lo accoglie parzialmente nei sensi di cui in parte motiva.

Spese compensate tra le parti in causa.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Rita Tricarico, Presidente FF

Marina Perrelli, Consigliere

Filippo Maria Tropiano, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Filippo Maria Tropiano

IL PRESIDENTE
Rita Tricarico

IL SEGRETARIO