

Publicato il 28/09/2020

N. 05634/2020 REG. PROV. COLL.
N. 03394/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3394 del 2020, proposto dalla C.S.S.A. – Cooperativa Sociale Servizi Associati S.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandro Pizzato e Giorgio Trovato e con domicilio digitale come da *P.E.C.* da Registri di Giustizia

contro

Azienda U.L.S.S. 3 Serenissima, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Alfredo Bianchini e con domicilio digitale come da *P.E.C.* da Registri di Giustizia

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sezione Terza, n. 169/2020 del 18 febbraio 2020, resa tra le parti, con cui è stato respinto il ricorso R.G. n. 1209/2019, proposto dalla C.S.S.A. avverso la deliberazione del direttore generale dell'Azienda U.L.S.S. 3 Serenissima n. 1538 del 27 settembre 2019 di indizione della procedura di affidamento del servizio di trasporto sanitario relativo alla stessa Azienda, nonché avverso il

bando di gara, pubblicato nella *G.U.U.E.* l'8 ottobre 2019, il disciplinare di gara e il capitolato tecnico, nei limiti di interesse della ricorrente, intendendosi contestati specificamente la quantificazione della base economica di gara, siccome insufficiente ad assicurare la remuneratività e la sostenibilità economica dell'appalto, e le previsioni che renderebbero quantitativamente indeterminate sia le prestazioni oggetto dell'appalto medesimo, sia i conseguenti obblighi dell'affidatario del servizio.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda U.L.S.S. 3 Serenissima;

Vista la memoria difensiva dell'Azienda U.L.S.S. 3 Serenissima;

Vista la memoria di replica dell'appellante;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 settembre 2020 il Cons. Pietro De Berardinis e uditi per le parti gli avvocati Alessandro Pizzato ed Alfredo Bianchini;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

L'odierna appellante, C.S.S.A. – Cooperativa Sociale Servizi Associati S.c. a r.l. (d'ora in poi anche solo "C.S.S.A." o "Cooperativa"), espone di essere un'impresa operante da decenni nel settore del trasporto sanitario e che attualmente gestisce il servizio di trasporto sanitario ordinario nell'ambito della ex U.L.S.S. n. 13 di Mirano (VE).

A seguito della riorganizzazione territoriale introdotta dalla Regione Veneto con la l.r. n. 19/2016, le sopresse U.U.L.S.S. nn. 12, 13 e 14 sono state incorporate dall'Azienda U.L.S.S. 3 Serenissima, la quale ha quindi deciso di affidare in unico lotto la gestione dei propri trasporti sanitari, indicando una gara a procedura aperta per l'appalto del servizio di trasporto sanitario ordinario dell'intera Azienda per un periodo di n. 36 mesi, rinnovabile per ulteriori n. 24 mesi.

La decisione è stata assunta con deliberazione del direttore generale n. 1538 del 27 settembre 2019, che ha approvato gli atti costituenti la *lex specialis* di gara e precisamente il bando, il disciplinare e il capitolato tecnico.

Il bando di gara è stato poi pubblicato nella *G.U.U.E.* dell'8 ottobre 2019.

L'importo fissato a base d'asta per la durata triennale del servizio è di € 7.500.000,00 oltre I.V.A., pari ad € 2.500.000,00 annui.

Lamentando che detto importo fosse stato quantificato sulla base di dati erronei e incompleti, tali da rendere l'appalto non remunerativo, e che, inoltre, la *lex specialis* di gara contenesse talune clausole equivoche ed indeterminate, le quali, perciò, non avrebbero consentito di formulare un'offerta tecnica attendibile, con ricorso R.G. n. 1209/2019 la Cooperativa ha impugnato dinanzi al T.A.R. Veneto la determinazione di indizione della gara e gli atti con essa approvati.

L'adito Tribunale, tuttavia, ha respinto il ricorso con sentenza della Sezione III[^] n. 169/2020 del 18 febbraio 2020, ritenendo infondati nel merito i motivi con esso dedotti.

Avverso detta sentenza è insorta la C.S.S.A., impugnandola con l'appello in epigrafe e chiedendone la riforma e, per l'effetto, l'annullamento degli atti gravati.

In estrema sintesi, la C.S.S.A. censura i capi della sentenza che hanno respinto i tre motivi in cui si articolava il ricorso di primo grado, riproponendo i contenuti di questi.

Si è costituita nel giudizio di appello l'Azienda U.L.S.S. 3 Serenissima (d'ora in avanti "Azienda"), depositando successivamente una memoria difensiva e concludendo per la reiezione dell'appello e la conferma della sentenza di primo grado.

La Cooperativa ha depositato memoria di replica, controdeducendo alle altrui difese ed insistendo per la riforma della sentenza appellata.

All'udienza pubblica del 17 settembre 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Forma oggetto di appello la sentenza del T.A.R. Veneto, Sez. III, n. 169/2020 del 18 febbraio 2020, con cui è stato respinto il ricorso proposto dalla C.S.S.A. contro l'indizione della procedura aperta per l'affidamento del servizio di trasporto sanitario da parte dell'Azienda U.L.S.S. 3 Serenissima, nonché contro la *lex specialis* di gara, nella parte attinente alla quantificazione della base economica della gara, nonché nella parte attinente alle clausole che renderebbero indeterminate sotto il profilo quantitativo le prestazioni oggetto dell'appalto e gli obblighi dell'affidatario.

Con i tre motivi del ricorso di primo grado la Cooperativa ha lamentato, in particolare, l'impossibilità di formulare un'offerta tecnica attendibile e un'offerta economica remunerativa a causa, da una parte, dell'incongrua determinazione della base d'asta, che non garantirebbe la remuneratività del servizio, e, dall'altra, dell'inadeguata indicazione delle prestazioni oggetto dell'appalto.

Il T.A.R. ha respinto tutte le censure della ricorrente, ritenendole infondate nel merito.

In dettaglio, i giudici di prime cure muovono dalla premessa dell'alto grado di discrezionalità tecnica che caratterizza le valutazioni effettuate dalle stazioni appaltanti ai fini della determinazione della base d'asta, le quali, perciò, sono sindacabili dal G.A. solo ove manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie, ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti. A tal fine, però, non bastano i conteggi e/o le simulazioni prodotte dalla parte ricorrente che non sono in grado di dimostrare che le clausole della *lex specialis* di gara sono tali da impedire oggettivamente e indistintamente a tutti i potenziali concorrenti una corretta e consapevole formulazione dell'offerta (è questa l'ipotesi delle cd. clausole escludenti), ma dimostrano la mera difficoltà della sola ricorrente di presentare un'offerta: circostanza, quest'ultima, che non rileva ai fini della verifica della legittimità della procedura di gara.

Dunque, nel caso di specie – afferma il T.A.R. – non ci si trova dinanzi né a clausole escludenti, né a previsioni irragionevoli o manifestamente illogiche, giacché il costo complessivo del servizio messo a gara non può essere ritenuto – come invece pretende la Cooperativa ricorrente – la sommatoria dei costi del trasporto fin qui eseguito presso le preesistenti strutture (U.L.S.S. 12 Veneziana, U.L.S.S. 13 Mirano e U.L.S.S. 14 Chioggia), ora soppresse.

Il servizio di trasporto messo a gara, infatti, è un servizio centralizzato ed unificato, che presenta elementi di novità e diversità da quello precedente, poiché per la prima volta: a) ha ad oggetto l'intero ambito territoriale di competenza dell'Azienda U.L.S.S. 3; b) è gestito da un solo operatore e non da più operatori, ognuno con la propria organizzazione; c) è coordinato da una sola centrale operativa, in luogo delle attuali tre autonome, per di più ubicata in una sede messa a disposizione dall'Azienda, e non più fornita dall'affidatario del servizio.

Da tali nuove caratteristiche del servizio di trasporto emergono, pertanto, possibili risparmi di spesa, legati all'eliminazione delle inefficienze derivanti dalla frammentazione del servizio stesso: il T.A.R. ricorda, oltre all'accorpamento in una delle tre centrali operative, la maggiore efficienza del servizio conseguente alla sua gestione centralizzata ed unitaria, che può consentire di coordinare al meglio le uscite ed i tragitti dei mezzi, in modo da ridurre il numero di viaggi ed i costi per i “fermi macchina” prolungati. Né valgono in contrario i conteggi predisposti da C.S.S.A., i quali – in aggiunta a quanto detto circa la loro inidoneità a dimostrare il carattere escludente delle clausole impugnate della legge di gara – muovono dal presupposto, di cui i giudici di prime cure ribadiscono l'erroneità, per il quale il costo di gestione del servizio di trasporto unificato sarebbe la sommatoria dei costi di gestione del servizio suddiviso negli ambiti territoriali delle strutture soppresse.

Da ultimo, la sentenza appellata ritiene infondata anche la doglianza di insufficiente determinazione, sotto l'aspetto quantitativo, delle prestazioni oggetto dell'appalto, risultando specificati dalla legge di gara tanto il

fabbisogno annuo presunto (stimato in 40.000 viaggi), quanto le prestazioni richiedibili in aumento o in diminuzione rispetto ai valori stimati.

Nell'atto di appello la Cooperativa ripropone le censure già formulate in primo grado, contestando il loro mancato accoglimento da parte della sentenza impugnata.

1) Con il primo motivo era stato dedotto che gli atti di gara non fornirebbero gli elementi dai quali desumere i criteri seguiti dalla stazione appaltante per determinare l'importo a base d'asta, avendo la *lex specialis* da un lato richiamato i dati storici per stimare un fabbisogno annuo presunto di 40.000 trasporti (comunque inadeguato ai fini della formulazione dell'offerta) e dall'altro lato, privato tali dati della loro rilevanza, con la presa d'atto della previsione dell'aumento dei trasporti contenuta nella deliberazione della Giunta Regionale del Veneto n. 190/2018.

Secondo l'appellante, il richiamo ad opera del T.A.R. alla discrezionalità delle valutazioni tecniche sottese alla determinazione della base d'asta, nulla toglierebbe al fatto che la legge di gara avrebbe omesso di esternare i criteri (verificabili) attraverso i quali ha determinato detta base. In particolare, la stazione appaltante non avrebbe dato conto dei costi storici sostenuti, sebbene in sede di chiarimenti avesse affermato che la base d'asta è stata stabilita in base ai predetti costi storici. Solamente in sede processuale l'Azienda ha prodotto i prospetti del costo del servizio di trasporto per il 2018, che però sarebbero anonimi e dunque privi di ufficialità ed attendibilità (oltre a rappresentare un'integrazione postuma della motivazione).

2) Con il secondo motivo C.S.S.A. aveva denunciato che l'importo a base d'asta non sarebbe stato sufficiente a garantire la remuneratività dell'appalto, poiché per la sua determinazione sarebbero stati assunti dati incongrui, in quanto riferiti a soggetti non commerciali (in specie: le organizzazioni di volontariato), nonché erronei ed incompleti, perché relativi solo ad alcune delle tipologie di servizio messe a gara. In dettaglio:

- a) sarebbe inattendibile, perché affetto da un'evidente sottostima, il numero dei viaggi stimati quale fabbisogno annuo presunto, come si ricaverebbe dal raffronto con il numero di viaggi effettuato dalla Cooperativa (gestore uscente del servizio nel territorio della soppressa U.L.S.S. n. 13) per il periodo dal 1° gennaio al 30 settembre 2019;
- b) in ogni caso, l'inadeguatezza della base d'asta emergerebbe dai dati forniti dalla stazione appaltante circa il costo orario medio per equipaggio/ambulanza (€ 52,42) e la durata media di ciascun trasporto (un'ora e quaranta minuti), tenuto anche conto del fatto che per il centro storico di Venezia si richiede l'utilizzo delle idro-ambulanze, molto più costose;
- c) tale inadeguatezza si mostrerebbe ancora più grave alla luce della clausola della *lex specialis* che prevede il cd. quinto d'obbligo (20% di prestazioni in più a parità di prezzo);
- d) i costi storici presi a riferimento dalla stazione appaltante sarebbero inattendibili, atteso che essi riguarderebbero anche servizi resi dalle organizzazioni di volontariato, le quali operano dietro mero rimborso spese, di talché i dati ad esse relativi non avrebbero potuto concorrere alla determinazione della base d'asta.

La sentenza impugnata – lamenta l'appellante – avrebbe pressoché ignorato le censure ora elencate, limitandosi ad insistere sui caratteri di novità e diversità del servizio di trasporto messo a gara rispetto al precedente, e sui risparmi di spesa che deriverebbero da tali caratteri. Ma, anzitutto, l'assunto del T.A.R., secondo cui, trattandosi di servizio nuovo e diverso, non sarebbe corretto il richiamo da parte di C.S.S.A. ai dati storici pregressi, sarebbe contraddetto dalla medesima Azienda U.L.S.S. 3, la quale ha essa stessa affermato che la base d'asta è stata stabilita sulla base dei costi storici ed ha prodotto prospetti dei costi del servizio per il 2018, pur se privi di ufficialità.

Inoltre, la novità del servizio sarebbe soltanto apparente, poiché l'appalto avrebbe ad oggetto servizi forniti in passato nei singoli distretti delle strutture soppresse ma che anche in futuro continuerebbero ad essere erogati

separatamente nei vari ambiti territoriali, in relazione alle singole sedi ospedaliere, come disporrebbe l'art. 1 del capitolato speciale. E nello stesso senso deporrebbe il successivo art. 3, il quale prescriverebbe specifiche dotazioni di mezzi per singolo distretto e fasce orarie diversificate di erogazione del servizio.

La centrale operativa unica, poi, non apporterebbe risparmi, ma, anzi, un maggior costo, essendo sì ubicata in locali messi a disposizione dall'Azienda, ma i cui costi di allestimento e gestione sarebbero tutti a carico dell'appaltatore.

D'altro lato, le stime prodotte da C.S.S.A. non sarebbero soggettive, ma ricavate dai dati in possesso della ditta, quale gestore attuale del servizio nella ex U.L.S.S. n. 13, ed alla luce di tali dati la novità del servizio, pur laddove riconosciuta esistente, non basterebbe a giustificare la base d'asta. Sul punto basterebbe il raffronto tra i dati dell'ex U.L.S.S. n. 13 e quelli dell'ex U.L.S.S. n. 12, dove avrebbero operato organizzazioni di volontariato, per le quali le condizioni economiche sono differenti rispetto ad un'impresa commerciale: ed infatti i costi sarebbero totalmente diversi.

Infine, il raffronto tra la tabella dei costi prodotta dall'Azienda ed il prospetto degli importi fatturati dalla C.S.S.A. dimostrerebbe che l'Azienda ha conteggiato solamente una parte dei servizi messi a gara, effettuando, da questo punto di vista, una stima dei costi storici inferiore alla realtà pari a ben € 479.283,88 per il solo distretto della soppressa U.L.S.S. n. 13.

3) Da ultimo, con il terzo motivo del ricorso di primo grado la Cooperativa aveva lamentato che la legge di gara avrebbe determinato il compenso a *forfait*, a copertura di tutte le prestazioni ricomprese nell'appalto per tutta la sua durata, ma, in merito a tale criterio di pagamento, non avrebbe detto nulla sugli elementi necessari per la formulazione dell'offerta (distanza chilometrica annuale, ore di lavoro del personale, tipologie dei trasporti, ore di impiego dei mezzi, tempi di attesa), avendo indicato il solo dato, di per sé insufficiente, relativo alla stima del fabbisogno annuo dei viaggi.

Lamenta l'appellante che il T.A.R. abbia ritenuto bastevole l'indicazione di detto fabbisogno e delle eventuali prestazioni richiedibili in aumento o in diminuzione: a) senza spiegare perché la mera stima dei viaggi sarebbe idonea a consentire la formulazione di un'offerta attendibile (al riguardo – osserva C.S.S.A. – basta considerare la differenza di costo tra un viaggio di 5 km. per dimissione ospedaliera ed un viaggio di 30 km. per una visita specialistica, con i suoi tempi di attesa); b) senza analizzare le doglianze che contestavano l'equivocità di altre clausole della legge di gara.

Segnatamente, tali altre clausole sarebbero:

- la clausola del disciplinare di gara (*rectius*: art. 2 del capitolato tecnico), in base alla quale la stima presuntiva dei trasporti è meramente orientativa, da cui discenderebbe che l'appaltatore assumerebbe un obbligo incerto e indeterminato, restando assoggettato a qualsiasi richiesta (in più o in meno) della stazione appaltante, con il corollario dell'aleatorietà del contratto;
- l'art. 2 del capitolato, lì dove esso avrebbe associato in modo confuso e contraddittorio la disciplina delle varianti contrattuali *ex art.* 106, comma 1, del Codice con quella del cd. quinto d'obbligo di cui al successivo comma 12 del citato art. 106. Per di più, mancherebbe un parametro di riferimento a cui ancorare il calcolo del medesimo "quinto d'obbligo", essendo l'appaltatore tenuto ad eseguire tutte le prestazioni richiestegli dalla stazione appaltante, ed essendo la stima del fabbisogno di viaggi solo orientativa;
- l'art. 4.2 del disciplinare di gara, che consentirebbe alla stazione appaltante di aumentare o diminuire la richiesta di prestazioni in misura del 30% alle medesime condizioni economiche, in contrasto con la disciplina del cd. quinto d'obbligo (pari, come detto, al 20%).

Nella memoria difensiva prodotta in atti l'Azienda U.L.S.S. 3 Serenissima ha contestato partitamente le doglianze di controparte.

1) L'Azienda ha anzitutto eccepito, a confutazione del primo motivo di appello, che correttamente il T.A.R. ha affermato il carattere non manifestamente illogico, né arbitrario della valutazione tecnico-discrezionale

sottesa alla determinazione dell'importo a base d'asta (€ 7.500.000,00 per il triennio) ed ha escluso che le clausole della legge di gara abbiano portata escludente, non impedendo esse a qualsiasi concorrente di formulare un'offerta seria e consapevole.

2) Relativamente al secondo motivo, poi, l'Azienda ha eccepito che le censure ivi contenute muovono da una lettura parziale e perciò erronea dei dati a disposizione di C.S.S.A., la quale ha svolto il servizio di trasporto sanitario nell'ambito territoriale della ex U.L.S.S. n. 13 (Mirano), ora ricompresa nella medesima Azienda appellata.

L'unificazione del servizio di trasporto sanitario per tutta l'Azienda U.L.S.S. 3, infatti, ha dato luogo ad un servizio nuovo e diverso rispetto al precedente suddiviso nei distretti delle strutture soppresse, trattandosi ora di servizio: a) esteso a tutto l'ambito territoriale di competenza dell'Azienda; b) gestito da un solo operatore; c) coordinato da un'unica centrale operativa, in una sede messa a disposizione dalla stazione appaltante (e non più fornita dall'affidatario). Tali elementi di novità, in ragione dei vantaggi che possono derivarne in termini di risparmi di spesa e di eliminazione delle inefficienze dovute alla frammentazione del servizio, sono stati quindi giudicati dal T.A.R. idonei a giustificare la determinazione della base d'asta.

Né coglie nel segno – aggiunge l'Azienda – la doglianza per cui sarebbe stata essa stessa a richiamare i costi storici sostenuti, quale elemento che ha influito sulla suddetta determinazione. Infatti, in realtà la stazione appaltante, pur avendo preso le mosse dai dati attinenti ai costi storici, li ha valutati alla luce del carattere innovativo del servizio, con conseguente possibilità di una riduzione dei costi stessi per la sua centralizzazione: ciò in ossequio alle prescrizioni della competente Commissione Regionale (CRITE). A fronte della nuova impostazione del servizio sulla base di una logica di gestione unitaria, improntata ad un'ottica di efficienza e razionalizzazione, è dunque infondata la censura di C.S.S.A. volta a lamentare la novità solo apparente del servizio (perché comunque erogato in distretti tra loro separati).

Le simulazioni e i conteggi della ricorrente – osserva l’Azienda – sono stati giustamente disattesi dai giudici di prime cure perché i dati posseduti dalla Cooperativa, che ne hanno ispirato i conteggi, si riferiscono al servizio di trasporto sanitario svolto in una porzione ridotta del territorio. Inoltre, come detto, i dati storici vanno letti alla luce delle caratteristiche di novità del servizio, cosa che la stazione appaltante ha fatto (mentre l’appellante, evidentemente, non lo fa).

L’importo annuo a base d’asta (€ 2.500.000,00) – viene eccepito – nasce dalla previsione di una stima di circa 40.000 viaggi, con un costo medio di € 62,50 a viaggio, mentre i dati del 2018 indicano un totale di 42.341 viaggi con un costo medio di € 58,70 a viaggio. Dunque, la base d’asta è adeguata e garantisce la remuneratività del servizio, essendo essa superiore ai costi del servizio rilevati nel 2018 e tralasciando i risparmi di spesa e le riduzioni delle inefficienze. Le tabelle prodotte dall’Azienda nel giudizio di primo grado non sono documenti anonimi, ma rappresentano documenti predisposti nell’ambito dell’attività istruttoria interna da parte della stazione appaltante.

Ancora, la difesa dell’Azienda U.L.S.S. eccepisce l’infondatezza delle censure mosse agli elementi da essa tenuti presenti per la fissazione della base d’asta, atteso che:

- è corretto da parte sua aver tenuto conto anche del costo del servizio sostenuto dalle associazioni di volontariato, perché da un lato queste operano non solo attraverso volontari, ma, altresì, mediante personale dipendente, dall’altro il rimborso spese ad esse versato non corrisponde alle sole spese vive, ma è un importo fissato annualmente dall’Azienda stessa con le associazioni, sulla base dei criteri di cui alla D.G.R. n. 179/2014;
- non è vero che la stazione appaltante, nei prospetti di costo versati in atti, avrebbe omesso di tenere conto di tutte le tipologie di prestazioni oggetto dell’appalto;
- la distinzione fatta dall’appellante, tra trasporto intraospedaliero e trasporto esterno, sarebbe erronea e superata, essendo in specie erronea la convinzione

che i mezzi di trasporto siano dedicati unicamente all'una, ovvero all'altra tipologia di trasporto.

3) Da ultimo, a confutazione del terzo motivo di appello, l'Azienda U.L.S.S. eccepisce:

a) che il capitolato tecnico specifica, all'art. 2, il fabbisogno annuo presunto, stimandolo in 40.000 trasporti annui;

b) che, considerato il tipo di servizio, la quantificazione della prestazione non è prevedibile *a priori*: viene richiamato, sul punto, l'art. 1560 c.c. che, per i contratti di somministrazione, fa riferimento al "*normale fabbisogno*" della parte che vi ha diritto e che, in forza del rinvio contenuto nell'art. 1677 c.c., si applica agli appalti di servizi;

c) che le disposizioni in materia di cd. quinto d'obbligo (v. art. 106, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016) vengono rispettate dalla *lex specialis* di gara;

d) che legittimamente la stazione appaltante, ferma la già vista possibilità del cd. quinto d'obbligo, si è riservata l'opzione di un aumento o di una diminuzione delle prestazioni nella misura del 30% alle medesime condizioni economiche, per un valore di € 2.250.000,00 indicato nel valore massimo stimato dell'appalto (art. 35, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016).

Così riportate le posizioni delle parti, osserva il Collegio che l'appello è fondato nei limiti che di seguito si vanno ad esporre.

In particolare, sono fondati e da condividere il primo e il secondo motivo dell'atto di appello, con cui C.S.S.A. censura la sentenza impugnata per non avere essa accolto – ed anzi, per non avere neppure compiutamente esaminato – il primo e il secondo motivo del ricorso di primo grado, riproponendo le censure in esso contenute (e respinte o non analizzate dal T.A.R.).

La disamina di tali motivi – che è opportuno trattare congiuntamente, viste le connessioni tra di essi esistenti sul piano logico-giuridico – deve essere necessariamente preceduta da talune premesse di ordine generale.

A) In primo luogo, è vero che – come affermato dalla giurisprudenza consolidata e ribadito anche da un recente arresto della Sezione (18 giugno 2020, n. 3905; nello stesso senso cfr., *ex plurimis*, C.d.S., Sez. III, 18 aprile 2017, n. 1809; Sez. VI, 11 ottobre 2016, n. 4180) – “*possono farsi rientrare nel genus delle “clausole immediatamente escludenti” le fattispecie di: a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671); b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (Cons. St., A.P., n. 3 del 2001); c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell’offerta (Cons. St., sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980); d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (Cons. St., sez. V, 21 novembre 2011, n. 6135; id., sez. III, 23 gennaio 2015, n. 293); e) clausole impositive di obblighi contra ius (es. cauzione definitiva pari all’intero importo dell’appalto: Cons. St., sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222); f) bandi contenenti gravi carenze nell’indicazione di dati essenziali per la formulazione dell’offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall’aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di “0” pt.); g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza “non soggetti a ribasso” (Cons. St., sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421)”*”.

Va, altresì, precisato che sono escludenti, quindi soggette all’onere dell’impugnazione immediata, le sole clausole della *lex specialis* che siano oggettivamente ed immediatamente escludenti nei confronti di tutti gli operatori economici indistintamente, tanto da concretizzare l’astratta impossibilità per un qualsiasi operatore “medio” di formulare un’offerta, o comunque un’offerta sostenibile sotto il profilo economico (cfr., *ex plurimis*, C.d.S., Sez. V, 18 luglio 2019, n. 5057; Sez. III, 23 gennaio 2015, n. 293; Sez.

IV, 7 novembre 2012, n. 5671; C.G.A.R.S., Sez. Giurisd., 20 dicembre 2016, n. 474): *“un onere di impugnazione immediata di clausole contenute negli atti di indizione della gara, infatti, sussiste qualora le relative clausole impediscano, indistintamente a tutti i concorrenti, una corretta e consapevole elaborazione dell’offerta”* (C.d.S., Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6006).

B) In secondo luogo, è necessario sottolineare che la sentenza appellata ha correttamente richiamato l’insegnamento giurisprudenziale secondo cui *“la determinazione del contenuto del bando di gara costituisce espressione del potere discrezionale in base al quale l’Amministrazione può effettuare scelte riguardanti gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell’interesse pubblico concreto, oggetto dell’appalto da affidare; le scelte così operate, ampiamente discrezionali, impingono nel merito dell’azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano icu oculi manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie o sproporzionate, specie avuto riguardo alla specificità dell’oggetto e all’esigenza di non restringere la platea dei potenziali concorrenti e di non preconstituire situazioni di privilegi”*. Con particolare riferimento alle valutazioni tecniche che riguardano la determinazione della base d’asta, tali valutazioni, *“in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti”* (C.d.S., Sez. V, n. 6006/2018, cit.; v. pure Sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081). Detto travisamento *“non può dedursi dalla presentazione di conteggi e simulazioni, unilateralmente predisposti dall’appellante, che non evidenziano alcun manifesto errore logico o di ragionevolezza e che, comunque, non dimostrano un’impossibilità oggettiva, a carico di ogni potenziale concorrente, di presentare un’offerta, ma dimostrano semplicemente l’impossibilità soltanto per l’attuale appellante, di presentare un’offerta, il che è irrilevante ai fini della valutazione della legittimità della procedura di gara”* (C.d.S., Sez. V, n. 6006/2018, cit.).

C) Quanto appena detto non toglie, tuttavia, che, come affermato dalla giurisprudenza, è necessario che la determinazione della base d’asta sia

effettuata dalla stazione appaltante facendo riferimento a criteri verificabili ed acquisendo attendibili elementi di conoscenza, al fine di scongiurare il rischio di una base d'asta arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza (cfr. C.d.S., Sez. III, 24 settembre 2019, n. 6355, e 10 maggio 2017, n. 2168; Sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081).

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

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

Si è affermato, al riguardo, che in un giudizio avverso il bando di gara *“la misura del prezzo a base d'asta non implica una mera scelta di convenienza e opportunità, ma una valutazione alla stregua di cognizioni tecniche (.....) sulla quale è possibile il sindacato del giudice amministrativo, con la precisazione che tale sindacato è limitato ai casi di complessiva inattendibilità delle operazioni e valutazioni tecniche operate dall'amministrazione, alla illogicità manifesta, alla disparità di trattamento”*, non essendo consentito al giudice di giungere egli stesso alla determinazione del prezzo congruo (T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 18 ottobre 2011, n. 992).

Sono state richiamate in argomento anche le linee guida espresse dall'A.N.A.C. con deliberazione n. 32 del 20 gennaio 2016, le quali, sebbene

attinenti all'affidamento di servizi ad Enti del terzo settore ed alle cooperative sociali, contengono al parag. 11 un'indicazione di principio, lì dove affermano che *“le stazioni appaltanti, nella determinazione dell'importo a base di gara per l'affidamento dei servizi, non possono limitarsi ad una generica e sintetica indicazione del corrispettivo, ma devono indicare con accuratezza e analiticità i singoli elementi che compongono la prestazione e il loro valore. Le stesse devono procedere già in fase di programmazione alla stima del fabbisogno effettivo in termini di numero di ore di lavoro/interventi/prestazioni e alla predeterminazione del costo complessivo di ciascuna prestazione”*.

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

Tanto premesso e venendo ad applicare i suesposti principi di matrice giurisprudenziale alla vicenda in esame, osserva il Collegio che in questa emergono profili di criticità nella determinazione da parte della stazione appaltante dell'importo a base d'asta, che non sono stati affrontati adeguatamente dalla sentenza di primo grado e che non sono fugati neppure dagli ulteriori elementi forniti nel giudizio di appello dall'Azienda U.L.S.S. 3 Serenissima.

Un primo profilo di criticità è insito nella motivazione della sentenza impugnata, lì dove questa ha escluso che la determinazione della base d'asta potesse scaturire dalla mera sommatoria dei costi del servizio reso in precedenza nei distretti delle strutture ora soppresse (U.L.S.S. n. 12, U.L.S.S. n. 13 e U.L.S.S. n. 14), in ragione dei forti caratteri di novità del servizio messo a gara.

L'argomentazione, tuttavia, non considera che è stata la medesima Azienda U.L.S.S. a depositare, nel giudizio di primo grado (v. doc. 13), il prospetto del costo totale del servizio di trasposto sanitario nel 2018, con l'elencazione delle singole voci in cui questo si è articola, ed a sostenere in detto giudizio, nonché a ribadire nel presente grado di appello, che di tale costo complessivo (pari ad € 2.485.437,73) si è tenuto conto ai fini della determinazione della base d'asta, la quale, infatti, è stata fissata in misura di poco superiore (€ 2.500.000,00), il che ne proverebbe la capienza.

Del resto, ciò emerge già dal chiarimento n. 1 della stazione appaltante, in cui, in risposta al quesito n. 2, è stato precisato che *“l'importo a base d'asta è stato costruito secondo i costi storici sostenuti ed il progetto di gara ed è stato sottoposto al vaglio della CRITE (Commissione Regionale per gli Investimenti Tecnologici ed in Edilizia)”* (v. all. 7 al ricorso di primo grado).

Contrariamente a quanto affermato dalla sentenza impugnata, dunque, l'individuazione dell'importo a base d'asta è stata fatta dalla stazione appaltante sulla base proprio della sommatoria dei costi storici del servizio attinenti al 2018, sia pure rapportati – come sostiene l'Azienda nella memoria difensiva del giudizio di appello – alle caratteristiche del nuovo servizio.

Vi è, quindi, un *vulnus* nel percorso argomentativo e motivazionale della sentenza di primo grado, il quale a sua volta è rivelatore dell'illegittimità delle valutazioni compiute dalla stazione appaltante, in quanto affette da illogicità, irragionevolezza ed arbitrarietà (aspetti, tutti questi, valutabili in sede di sindacato giurisdizionale) sotto due profili.

Il primo versante attiene al concorso, nel computo dei costi storici totali, di quelli relativi al servizio svolto dalle organizzazioni (o associazioni) di volontariato.

Se, infatti, l'Azienda U.L.S.S. 3 Serenissima ha provveduto a determinare la base d'asta partendo dai costi storici riferiti al servizio di trasporto, è vero che in detto calcolo essa ha tenuto conto anche del costo storico del servizio reso dalle organizzazioni di volontariato; circostanza, questa, pacificamente

ammessa dalla difesa dell'Azienda U.L.S.S., la quale argomenta, sul punto, che sarebbe stato corretto da parte sua aver considerato anche il costo del servizio fornito dalle suddette organizzazioni:

- a) perché queste operano per mezzo sia di volontari, sia di personale dipendente;
- b) perché le spese rimborsate alle organizzazioni di volontariato non sono le mere spese vive, ma un importo stabilito annualmente dall'Azienda Sanitaria unitamente alle associazioni in base ai criteri di cui all'allegato D della D.G.R. n. 179/2014;
- c) perché la stazione appaltante avrebbe indicato nel disciplinare di gara la stima del costo triennale della manodopera (€ 5.200.000,00) ai sensi dell'art. 23, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016, calcolato sulla base delle attività richieste e dei contratti di settore;
- d) perché i costi registrati nel 2018 per il trasporto secondario gestito da associazioni di volontariato nei territori dell'ex U.L.S.S. n. 12 (€ 1.156.151,08) e dell'ex U.L.S.S. n. 14 (€ 355.690,50) sarebbero di importo così notevole, da potersi difficilmente sostenere che essi costituiscano un mero rimborso delle cd. spese vive.

Le ora viste argomentazioni non convincono.

Vero è che, come detto ancora di recente dalla Corte di Giustizia UE (v. la sentenza della Sez. IV del 10 settembre 2020 in C-367/19, che al paragrafo 26 richiama i precedenti del 2012, del 2013 e del 2018), nella nozione di appalto pubblico quale contratto a titolo oneroso rientra anche il contratto in cui sia previsto quale corrispettivo il solo rimborso delle spese sostenute. Tuttavia, la normativa comunitaria in materia di appalti (direttiva n. 2014/24/UE) e la normativa interna che l'ha recepita, differenziano il regime delle organizzazioni di volontariato e degli altri soggetti senza scopo di lucro da quello degli operatori con fini di lucro, ad es. escludendo dal proprio ambito applicativo gli appalti e le concessioni relativi ai servizi (anche se non quelli di trasporto dei pazienti in ambulanza) forniti dalle predette organizzazioni (cfr.

l'art. 10, lett. h) della direttiva n. 2014/24/UE e l'art. 17, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 50/2016).

Pertanto, stante la distinzione, stabilita anche a livello normativo nella materia degli appalti pubblici, tra organizzazioni di volontariato ed altri soggetti senza scopo di lucro, da un lato, ed imprese e altri operatori aventi invece tale scopo, dall'altro, l'operato della stazione appaltante, la quale, ai fini della determinazione della base d'asta dell'appalto per cui è causa, ha tenuto conto dei costi storici del servizio fornito dalle organizzazioni in questione, si presenta illegittimo, perché non rispettoso della suesposta distinzione.

Il punto necessita di un approfondimento.

Vero è che, come ripetutamente affermato dalla Sezione, le organizzazioni di volontariato possono partecipare agli appalti pubblici, atteso che la nozione comunitaria di imprenditore non presuppone la coesistenza dello scopo di lucro dell'impresa, sicché l'assenza del fine di lucro non osta di per sé alla partecipazione ad appalti pubblici (v. C.d.S., Sez. III, 15 gennaio 2016, n. 116). Ed è altresì vero che la fissazione di un elevato importo dell'appalto (asseritamente incompatibile con il rilievo marginale che deve caratterizzare le entrate derivanti dalle attività commerciali dalle quali le organizzazioni di volontariato possono trarre le risorse economiche per il loro funzionamento) non è incompatibile con la partecipazione delle medesime organizzazioni alla gara: infatti, la fissazione nel bando del criterio della offerta più vantaggiosa non comporta di per sé che l'associazione di volontariato tragga dei profitti dal servizio, essendo sufficiente che nell'offerta il prezzo sia ancorato al puntuale computo degli oneri derivanti dalla prestazione, individuando, quindi, il livello del profitto zero (C.d.S., Sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1139).

Nella fattispecie in esame, tuttavia, si versa nell'ipotesi esattamente speculare a quella analizzata dalla pronuncia appena riportata: non, cioè, nel caso della determinazione di un importo a base d'asta così elevato, da escludere di fatto – in tesi – le organizzazioni di volontariato dalla possibilità di partecipare alla gara, ma nel caso opposto, in cui si lamenta che la commisurazione della base

d'asta (anche) ai costi del servizio reso dalle citate organizzazioni finisce per comportare un importo talmente basso e inadeguato, da impedire la partecipazione all'appalto dei soggetti con fine di lucro, rendendo di fatto possibile la partecipazione delle sole associazioni di volontariato.

E la censura va senz'altro condivisa, essendo con ogni evidenza del tutto diversa la predeterminazione dei costi effettuata da un'organizzazione di volontariato rispetto a quella di un operatore economico con fine di lucro, il quale deve remunerare i vari fattori della produzione: e, si badi bene, tutti i fattori della produzione (capitale e lavoro) e non solo quello della manodopera, ma tutti i mezzi attraverso i quali si provvede all'esecuzione del servizio, laddove invece l'organizzazione di volontariato, se da un lato, per il fattore lavoro, può contare sull'apporto dei volontari, per gli altri mezzi può contare su strumenti (donazioni, contributi, finanziamenti) di cui, invece, l'operatore economico con fini di lucro è normalmente privo. Di tal ch  non coglie nel segno neppure l'eccezione della stazione appaltante basata sull'indicazione, nel disciplinare di gara, del costo triennale stimato della manodopera, ai sensi dell'art. 23, comma 16, del nuovo Codice degli appalti.

In conclusione, nell'ambito delle valutazioni tecnico-discrezionali che hanno portato l'Azienda alla determinazione della base d'asta, non si rinvencono profili di illegittimit  nell'aver la legge di gara indicato soltanto il fabbisogno annuo stimato dei viaggi (40.000), senza specificare altri parametri di valutazione essenziali per la formulazione dell'offerta, quali i chilometri percorsi all'anno, le ore di lavoro del personale, le ore di impiego dei mezzi ed i tempi di attesa.

Questa mancata specificazione forma anch'essa oggetto di doglianza da parte dell'appellante, la quale evidenzia come una cosa sia il costo del viaggio di un'ambulanza di km. 5 per dimissione ospedaliera, altra cosa sia quello di un viaggio di km. 30, magari con il tempo di attesa per una visita specialistica. Detta doglianza, tuttavia, non persuade, poich  essa si presta all'obiezione che il costo medio indicato dall'Azienda (  62,50 per viaggio), proprio per la sua

natura di valore medio, tenga conto di tutte le diverse tipologie del servizio (e quindi sia di un trasporto per dimissione ospedaliera di 5 km. sia di uno per visita specialistica di 30 km.), nonché di tutti gli altri parametri poc'anzi accennati (tempi di attesa, ore di impiego, ecc.).

L'illegittimità dell'operato dell'Azienda è invece consistita nel non avere essa depurato il calcolo dei costi storici del servizio di trasporto, quale fattore su cui si è basata la determinazione dell'importo a base d'asta, dai costi per le prestazioni fornite dalle organizzazioni di volontariato, poiché in tal modo si è costruita una base d'asta che "fotografa" un'articolazione dei costi aziendali ben diversa (almeno nella parte dei costi delle suddette organizzazioni) da quella dei costi degli operatori economici con fini di lucro: il tutto, con il rischio di predisporre condizioni economiche per l'appalto *de quo* tali da non consentire indistintamente ed oggettivamente ad alcuna impresa con fini di lucro di partecipare alla gara, finendo, così, per restringere illegittimamente il campo dei potenziali competitori, limitato alle sole organizzazioni non lucrative. E un simile rischio sembra, per la verità, essersi inverato nelle circostanze – riportate nella memoria di replica dell'appellante e non specificamente contestate (art. 64, comma 2, c.p.a.) dall'appellata – della continua posticipazione, ad opera dell'Azienda U.L.S.S., del termine di scadenza per la presentazione delle offerte (attualmente fissato al 2 novembre) e della mancata presentazione, allo stato, di offerte.

Ma un secondo profilo di criticità che emerge dagli atti del giudizio e che vizia irrimediabilmente gli atti impugnati è quello attinente al carattere solo apparente, almeno per taluni versi, della novità del servizio, restando legata la sua esecuzione alla dimensione territoriale e, pertanto, all'ubicazione dei poli ospedalieri dell'Azienda: il che rende arduo il conseguimento di quelle significative economie di scala che tanto peso hanno avuto nelle valutazioni discrezionali della stazione appaltante e nelle stesse motivazioni della sentenza di primo grado.

Invero, il capitolato tecnico, all'art. 1, suddivide esplicitamente la fornitura dei servizi richiesti in tre ambiti territoriali, corrispondenti – come recita lo stesso art. 1 – agli ambiti territoriali delle strutture soppresse (U.L.S.S. n. 12, U.L.S.S. n. 13 e U.L.S.S. n. 14), ripartendo al successivo art. 2 la stima del fabbisogno presunto annuo complessivo (pari, come già detto, a 40.000 viaggi) nelle aree geografiche di: Venezia e le isole (10.000 viaggi); terraferma veneziana (15.000 viaggi); Mirano e Dolo (11.000 viaggi); Chioggia (4.000 viaggi). L'art. 3 del capitolato tecnico, poi, prevede specifiche fasce orarie per ognuna delle tre aree considerate (e così per Venezia e la terraferma veneziana dal lunedì al sabato dalle ore 7.00 alle 24.00, per Mirano-Dolo e per Chioggia negli stessi giorni dalle ore 7.00 alle 20.00), prescrivendo, inoltre, la messa a disposizione di n. 1 idro-ambulanza per le particolari esigenze della città storica di Venezia e delle isole.

Alla stregua di tale ripartizione territoriale (e oraria) del servizio di trasporto, si dimostra ragionevole quanto evidenziato da C.S.S.A. nella memoria di replica e cioè che i mezzi ed il personale assegnati ad un distretto difficilmente potranno essere utilizzati per le prestazioni da rendere in altro distretto, perché le distanze aggiuntive da percorrere sarebbero tali da rendere anti-economico un simile utilizzo “promiscuo”.

In altre parole, anche a voler ammettere che sul piano organizzativo si possa ricorrere ad un utilizzo “promiscuo” dei mezzi di trasporto tra i vari distretti – il che non sempre è possibile, visto che l'art. 3 del capitolato tecnico prevede tra i vari ambiti territoriali fasce orarie diversificate di articolazione del servizio – esso rischia comunque di essere economicamente non conveniente e di non comportare risparmi, bensì un aumento di spesa, ingenerando diseconomie di scala.

A fronte di un simile rilievo – che, è opportuno sottolineare, trova sostegno nei contenuti della legge di gara e non solo nei conteggi e simulazioni dell'appellante – il generico richiamo, contenuto nelle difese dell'Azienda e recepito dalla sentenza impugnata, ai miglioramenti di efficienza indotti dalla

gestione unitaria e centralizzata del servizio, quale strumento capace di consentire di coordinare al meglio uscite e tragitti dei mezzi, riducendo, ove possibile, il numero di viaggi o limitando al minimo i costi connessi ai “fermi macchina” prolungati, non può, allora, reputarsi sufficiente.

Se ne evince la fondatezza anche per questo verso delle censure dell'appellante, con il corollario della conclusiva fondatezza del primo e del secondo motivo di appello, nei termini e sotto i profili fin qui illustrati.

È, invece, infondato il terzo motivo d'appello, dovendosi sul punto condividere le argomentazioni del T.A.R., che ha osservato come le prestazioni oggetto dell'appalto siano sufficientemente determinate: risulta, infatti, specificato il fabbisogno annuo presunto (40.000 viaggi) ed è evidente, ad avviso del Collegio, che è sulla base di tale dato che debbono calcolarsi anche le eventuali prestazioni richiedibili in aumento o in diminuzione rispetto ai valori stimati e, in particolare, il cd. quinto d'obbligo *ex art.* 106, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016.

Dalla lettura degli atti di gara non emergono, invero, le equivocità e confusioni lamentate da C.S.S.A., avendo l'art. 2 del capitolato tecnico indicato esplicitamente il cd. quinto d'obbligo come limite oltre il quale l'appaltatore non è tenuto a sottostare alle richieste della stazione appaltante e dovendosi – si ribadisce – individuare nel sopra visto fabbisogno annuo presunto di 40.000 viaggi il parametro-base su cui calcolare sia il cd. quinto d'obbligo, sia la variante del 30% in aumento o in diminuzione delle prestazioni richieste, prevista dall'art. 4.2 del disciplinare di gara.

Né, per vero, è ravvisabile alcun contrasto tra il predetto “quinto d'obbligo” e lo *jus variandi* di cui al citato art. 4.2 del disciplinare di gara (il cui primo periodo dispone che “*la Stazione Appaltante, nel corso dell'esecuzione del contratto, si riserva di aumentare o diminuire la richiesta delle prestazioni nella misura del 30% alle medesime condizioni*”): è, infatti, evidente che l'obbligo per l'appaltatore di sottostare alla richiesta della stazione appaltante sussiste, in base all'art. 106, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016, nei limiti del cd. quinto d'obbligo e, dunque,

del 20% delle prestazioni in aumento, o in diminuzione, mentre per il restante 10% – e fino al citato limite del 30% – l’Azienda potrà chiedere l’esecuzione delle prestazioni alle medesime condizioni pattuite, restando nella facoltà dell’impresa affidataria del servizio se accettare o meno tale richiesta.

In conclusione l’appello è parzialmente fondato e da accogliere, attesa la fondatezza, nei termini sopra esposti, del primo e del secondo motivo ivi contenuti e con declaratoria di infondatezza, invece, del terzo motivo.

Dall’accoglimento parziale dell’appello discende che, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso di primo grado va parzialmente accolto e, per conseguenza, si devono annullare gli atti con lo stesso impugnati con esclusivo riguardo alle clausole della *lex specialis* di gara attinenti alla quantificazione dell’importo a base d’asta, mentre, attesa l’infondatezza del terzo motivo, la sentenza appellata deve essere confermata nella parte in cui ha respinto la domanda di annullamento delle clausole della *lex specialis* che renderebbero quantitativamente indeterminati sia le prestazioni oggetto dell’appalto, sia i conseguenti obblighi dell’affidatario del servizio.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate a carico dell’Azienda appellata nella misura ridotta di cui al dispositivo, in considerazione della fondatezza solo parziale della domanda di parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Terza (III[^]), così definitivamente pronunciando sul ricorso in appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, nei limiti di cui in motivazione, e per l’effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, accoglie in parte il ricorso di primo grado nei termini parimenti specificati in motivazione.

Condanna l’Azienda U.L.S.S. 13 Serenissima a rifondere alla Cooperativa appellante le spese del doppio grado di giudizio, che liquida in via forfettaria in € 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2020

con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Pietro De Berardinis

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO