Pubblicato il 13/06/2024

N. 03735/2024 REG.PROV.COLL.
N. 01845/2024 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1845 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Istituto di Vigilanza La Torre s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 7904089495, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Iovane, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Società Regionale per la Sanità - So.Re.Sa. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Di Lello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed eletto presso il suo studio in Napoli alla Via Cesario Console n. 3;

nei confronti

Security Service s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed eletto presso il suo studio in Napoli alla Via G. Melisurgo n. 15;

per l'annullamento

(quanto al ricorso introduttivo e ai motivi aggiunti depositati il 4/5/2024):

- della Determinazione D.G. n. 195 del 28 settembre 2022, con la quale SO.RE.SA. ha disposto l'aggiudicazione, in favore della odierna controinteressata Security Service s.r.l., del Lotto 4 (ASL Salerno) della "*Procedura aperta per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata e servizi di vigilanza aggiuntivi presso le sedi delle Aziende Sanitarie ed Ospedaliere della regione Campania*", seconda graduata l'odierna ricorrente;

- della Determinazione D.G. n. 61 del 15 marzo 2024, pubblicata in pari data sul sito internet, con la quale SO.RE.SA. "*determina 1) di prendere atto della sentenza del Consiglio di Stato n. 2109 del 04/03/2024; 2) di annullare la Determinazione del Direttore Generale n. 219 del 27/09/2023, con la quale è stato disposto l'annullamento della Determinazione n. 195 del 28/09/2022, limitatamente all'aggiudicazione del lotto 4 in favore dell'operatore economico Security Service S.r.l., fermo il resto; 3) di dare atto che, per effetto dell'annullamento della predetta determinazione, si determina la reviviscenza della Determinazione n. 195/2022, nella parte in cui si dispone l'aggiudicazione del lotto n. 4 in favore dell'operatore Security Service S.r.l., fermo il resto*";

- di tutti gli atti, anche diversi da quelli sopra elencati ed allo stato sconosciuti, in virtù dei quali SO.RE.SA. ha ritenuto di non sottoporre l'offerta di Security Service a verifica di anomalia o comunque di non verificarne la sostenibilità economica in vista dell'aggiudicazione e della stipula della Convenzione;

- di tutti gli atti, anche diversi da quelli sopra elencati ed allo stato sconosciuti, in virtù dei quali SO.RE.SA. ha ritenuto l'offerta di Security Service congrua ed economicamente sostenibile, in vista dell'aggiudicazione e della stipula della Convenzione;

- di tutti gli atti, anche diversi da quelli sopra elencati ed allo stato sconosciuti, in virtù dei quali SO.RE.SA. ha ritenuto di non sottoporre l'offerta di Security Service alla verifica del rispetto dei minimi salariali inderogabili, ai sensi del combinato disposto tra gli artt. 95, co. 10, e 97, co. 5, lett. d), del d.lgs. 50/2016;

- della documentazione amministrativa, tecnica ed economica prodotta dalla controinteressata nella procedura di gara;
- della *lex specialis* di gara, ove interpretabile diversamente da quanto ritenuto in ricorso;
- di ogni altro atto ad essi presupposto, preordinato, consequenziale e/o connesso.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della Società Regionale per la Sanità - So.Re.Sa. S.p.A. e della Security Service s.r.l.;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 giugno 2024 il dott. Giuseppe Esposito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione dirigenziale del 14/5/2019 n. 85 la So.Re.Sa. indiceva la gara d'appalto per l'affidamento quadriennale dei servizi di vigilanza armata e aggiuntivi presso le sedi delle Aziende Sanitarie e Ospedaliere della Regione, suddivisa in corrispondenti 16 lotti, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
La ricorrente partecipava tra gli altri al lotto 4, riguardante l'ambito territoriale dell'ASL Salerno, dall'importo presunto di € 16.234.627,20, classificandosi al terzo posto della graduatoria.
Previo scorrimento della graduatoria (esclusa la prima graduata, in quanto appartenente a un unico centro decisionale, in applicazione del vincolo di aggiudicazione previsto dal disciplinare), il lotto in questione veniva aggiudicato alla controinteressata con determinazione n. 195 del 28/9/2022.
Su ricorso della ricorrente, questa Sezione annullava l'aggiudicazione con sentenza del 20/9/2023 n. 5155 (in estrema sintesi, per la ritenuta illegittimità

nell'attribuzione dei punteggi).

Pertanto, con determina del 27/9/2023 n. 219 la So.Re.Sa. ritirava l'affidamento del lotto alla controinteressata.

Con l'impugnata determinazione n. 61 del 15/3/2024 la So.Re.Sa. ha poi preso atto dell'intervenuto annullamento della pronuncia di questa Sezione, di cui alla sentenza del Consiglio di Stato - sez. III del 4/3/2024 n. 2109.

Ha quindi rimosso l'atto di ritiro della precedente determina di aggiudicazione alla controinteressata, considerando prodotta la reviviscenza della determinazione n. 195/2022, con la conseguente aggiudicazione del lotto in questione alla Security Service.

Dopo aver diffidato la stazione appaltante dal procedere all'aggiudicazione, la ricorrente (che svolge il servizio in proroga tecnica) ha impugnato la determinazione in parola, sostenendo che occorresse sottoporre l'offerta della Security Service ad una rinnovata verifica di anomalia per appurarne la sostenibilità economica, specialmente per ciò che concerne il rispetto dei minimi salariali inderogabili, essendo stato nelle more approvato il nuovo C.C.N.L. del settore della Vigilanza Armata e Portierato, con il previsto incremento del costo orario della manodopera.

Si sono costituite in giudizio per resistere la So.Re.Sa. e la Security Service, quest'ultima producendo memoria difensiva.

Con motivi aggiunti la ricorrente ha aggiornato e riproposto le censure.

La So.Re.Sa. ha depositato una memoria difensiva.

Alla camera di consiglio dell'8 maggio 2024, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, previa rinuncia delle parti ai termini a difesa in relazione ai motivi aggiunti, è stata fissata l'udienza pubblica per la discussione del ricorso nel merito.

Le parti hanno prodotto scritti difensivi.

All'udienza pubblica del 5 giugno 2024 la causa è stata assegnata in decisione.

DIRITTO

1.- Sono eccepite l'irricevibilità del ricorso per tardività nonché l'inammissibilità per carenza di interesse e per violazione del *ne bis in idem*, considerando che la ricorrente:

- avrebbe dovuto impugnare tempestivamente l'originaria determinazione di aggiudicazione n. 195/2022 (di cui è stata disposta la reviviscenza);
- non è titolare di un interesse qualificato a pretendere la verifica di anomalia dell'offerta del concorrente (essendo anche la sua offerta inadeguata a sostenere i costi del rinnovo del C.C.N.L.);
- non può riproporre doglianze coperte dal giudicato.

Fermo restando che è impugnata la determinazione adottata a seguito delle pronunce giurisdizionali, manifestando rilievi critici "attuali" e l'interesse a rendersi aggiudicataria (reputando la propria offerta sostenibile anche sulla base del nuovo CCNL), reputa il Collegio che debba in ogni caso prescindersi dalle eccezioni, essendo il ricorso e i motivi aggiunti infondati e da respingere nel merito.

2.- Con due motivi di ricorso è denunciata la violazione del d.lgs. n. 50/2016 (art. 97, co. 6, ultimo periodo, e art. 95, co. 10, in combinato disposto con l'art. 97, co. 5, lett. *d)*), nonché del disciplinare (punti 18 e 21), oltre all'eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di motivazione e di istruttoria e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

Premette la ricorrente che, dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, il settore della vigilanza privata è stato interessato da due successivi rinnovi del CCNL, in date 30/5/2023 e 16/2/2024, con un incremento del costo della manodopera mediamente del 17,40% e un aumento della paga base sui vari livelli del 22,01%.

Osserva che, in ragione di ciò, l'offerta del 2019 della Security Service registra una perdita secca di € 1.359.035,08.

Sulla scorta di tale premessa, reputa che la stazione appaltante avrebbe dovuto rivalutare la sostenibilità dell'offerta alla luce delle sopravvenienze, tra le quali va annoverato il rinnovo del contratto collettivo nazionale di lavoro.

Nel primo motivo è illustrata in cifre l'addotta insostenibilità dell'offerta, tenuto conto dell'attualizzazione degli importi considerati per il costo della manodopera, ed è ulteriormente dedotto che la So.Re.Sa. ha riconosciuto, agli istituti di vigilanza di ricavare dei lotti 1 e 5, la revisione prezzi nella misura del 6%, in ragione proprio dell'aumento del costo del personale dovuto al rinnovo del CCNL.

Nella prospettazione di parte ricorrente, tale circostanza milita in favore della tesi prospettata sulla doverosità della verifica attuale di congruità dell'offerta.

Con il secondo motivo è riaffermato che i rinnovi contrattuali hanno determinato l'incremento del costo della manodopera e della paga base, imponendo di riverificare se fosse allo stato rispettato il trattamento salariale minimo inderogabile, rinvenendo tale obbligo in quanto disposto dall'art. 95, co. 10, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016 e prescritto dal punto 18 del disciplinare.

I motivi aggiunti ripropongono la tesi, appuntando in sostanza l'attenzione sulla vincolatività dei rinnovi contrattuali, l'uno dei quali efficace dal 4/7/2023, l'altro oggetto dello scioglimento della riserva sull'ipotesi di accordo del 16/2/2024, da parte delle associazioni sindacali e datoriali.

3.- Le censure vanno disattese.

La specifica e peculiare fattispecie all'esame va differenziata dall'ipotesi in cui vien posta l'esigenza di attualizzare la verifica di congruità dell'offerta.

Tale ipotesi attiene, in generale, alle sopravvenienze di fatto e di diritto che intervengano nel corso del procedimento amministrativo e prima dell'aggiudicazione, mirando la loro doverosa considerazione a preservare la garanzia di affidabilità dell'offerta nel corso della sua esecuzione.

È espressione di questa esigenza la richiamata giurisprudenza, che ha distinto tra gli elementi esistenti al momento dell'offerta e quelli sopravvenuti nel corso del procedimento di verifica della sua congruità (cfr. Cons. Stato - sez. III, 3/5/2022 n. 3460, p. 8.2: "*un conto è la normativa e i dati vigenti e disponibili al momento della formulazione dell'offerta, altra cosa sono le giustificazioni nel procedimento*

di anomalia. Quest'ultimo tende a prevenire un vulnus di qualità e affidabilità in executivis, e dev'essere condotto in relazione a dati ed elementi, il più possibile concreti e attuali, destinati a caratterizzare l'esecuzione del rapporto: è dunque evidente che in sede di giustificazioni avrebbero dovuto essere considerati i costi del lavoro derivanti dalla nuova tornata di contrattazione collettiva"; nello stesso senso, Cons. Stato - sez. V, 7/7/2023 n. 6652, p. 17.1: "*la stipula del nuovo CCNL di settore, sopravvenuta nel corso della procedura di verifica della congruità dell'offerta, per un verso comporta la sua applicazione al personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto; per altro verso, impone alla stazione appaltante di tenere conto dei nuovi livelli retributivi previsti, in quanto sicuramente applicabili alla futura esecuzione del contratto da affidare, e conseguentemente di verificare se l'offerta economica dell'impresa individuata come possibile aggiudicataria sia in grado di sostenere anche i nuovi costi*"; conf., Cons. Stato - sez. V, 15/1/2024 n. 453).

Viceversa, è del tutto eccezionale la possibilità di incidere sull'assetto di interessi dopo l'aggiudicazione, rimessa all'esercizio dell'autotutela, in base alla formulazione elastica dell'art. 97, co. 6, del d.lgs. n. 50/2016 ("*La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa*").

Sennonché, anche a voler considerare tale "*astratta*" possibilità (cfr. Cons. Stato - sez. IV, 29/2/2024 n. 1968, p. 28.2), è da escludere che nella fattispecie all'esame ne ricorrano i presupposti.

La presente vicenda controversa è contrassegnata dalla pronuncia di annullamento (Cons. Stato, n. 2109/2024) della sentenza n. 5155/2023 con cui questa Sezione aveva rimosso l'originaria aggiudicazione.

In tale contesto, la reviviscenza dell'aggiudicazione stessa (senza che, dunque, occorra rinnovare l'iter amministrativo), deriva da una serie di concomitanti ragioni.

3.1. In primo luogo, l'effetto conformativo della sentenza pone un vincolo all'Amministrazione, tenuta ad adeguare la realtà di fatto e di diritto alla decisione del Giudice amministrativo, senza la possibilità di interporvi

un'ulteriore attività amministrativa, non necessitata dalla pronuncia "secca" di annullamento.

In altri termini, il *decisum* della sentenza del Consiglio di Stato non lascia spazio a nuovi interventi della stazione appaltante, la quale è tenuta a ripristinare la situazione anteriore (aggiudicazione precedentemente disposta), la quale è divenuta intangibile alle ipotetiche nuove questioni sempre prospettabili, producendo altrimenti la conseguenza di rendere costantemente indeterminabile l'attività amministrativa e, in tema, permanentemente instabile la sorte della gara.

Senza che sia necessario indugiare in questa sede sui complessi rapporti tra giudicato e sopravvenienze, che risentono della diversa natura dell'interesse tutelabile, in questo caso emerge la necessità di porre un punto fermo alla vicenda amministrativa, in base a principi non trascurati dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha evidenziato che l'esecuzione del giudicato amministrativo "*non può essere il luogo per tornare a mettere ripetutamente in discussione la situazione oggetto del ricorso introduttivo di primo grado, su cui il giudicato ha, per definizione, conclusivamente deciso; se così fosse, il processo, considerato nella sua sostanziale globalità, rischierebbe di non avere mai termine, e questa conclusione sarebbe in radicale contrasto con il diritto alla ragionevole durata del giudizio, all'effettività della tutela giurisdizionale, alla stabilità e certezza dei rapporti giuridici (valori tutelati a livello costituzionale e dalle fonti sovranazionali alle quali il nostro Paese è vincolato); da qui l'obbligo di esecuzione secondo buona fede e senza che sia frustrata la legittima aspettativa del privato alla stabile definizione del contesto procedimentale*" (Ad. Plen., 9/6/2016 n. 11).

Vi si aggiunge che l'Amministrazione "*ha l'obbligo di ripristinare la situazione controversa, a favore del privato e con effetto retroattivo, per evitare che la durata del processo vada a scapito della parte vittoriosa*" (Ad. Plen., cit.).

Per gli enunciati profili, va rimarcato che i tempi occorrenti per la definizione del giudizio amministrativo non possono ridondare in danno della parte vittoriosa, come avverrebbe nel caso di specie ove dovesse ritenersi che la

So.Re.Sa. sia obbligata a rinnovare la verifica di anomalia, conclusasi positivamente per la controinteressata, che può legittimamente pretendere di dar corso all'aggiudicazione, stipulare il contratto e avviare il servizio.

Inoltre, dal punto di vista dell'interesse pubblico generale, contraddice il principio di buon andamento dell'Amministrazione la prefigurazione di un perdurante obbligo di rinnovare le fasi della gara, nell'ipotesi in cui – per quanto detto – vi sia l'obbligo di conformarsi alla sentenza e risulti prevalente la necessità di concludere il procedimento, che ha vissuto una fase di stasi per il corso dell'iter giudiziario.

3.2. In tale ottica, la preoccupazione manifestata dalla ricorrente in ordine all'attuale insostenibilità dell'offerta non ha ragion d'essere, essendo i nuovi livelli retributivi "*sicuramente applicabili alla futura esecuzione del contratto da affidare*" (Cons. Stato, n. 6652/2023, cit.).

Da ciò discende che, da un canto, occorrerà assicurare l'adeguamento dei livelli retributivi e, d'altro canto, la censurata mancanza non si riverbera in vizio dell'aggiudicazione.

Va premesso che all'adeguamento si sarebbe dovuto far fronte anche qualora il procedimento amministrativo non avesse subito la stasi prodotta dal contenzioso instaurato e, avviato il rapporto sulla base dei costi della manodopera stimati, si fosse posto l'obbligo di applicare i nuovi livelli salariali.

Questo aspetto concerne il tema del riequilibrio del contratto di appalto, che trova corrispondenza nelle previsioni del codice che consentono la modifica dei corrispettivi.

In particolare, l'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che i contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento, ove la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste o imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice, tra le quali "*la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti*" (co. 1, lett. c), n. 2).

È da ritenersi che in quest'ambito vi debbano rientrare i contratti collettivi nazionali di lavoro, in ragione della loro inderogabilità e per la natura che rivestono (dall'art. 2 del d.lgs. n. 40/2006 che, modificando l'art. 360 c.p.c., ammette al n. 3 il ricorso per cassazione per violazione di norme dei contratti accordi collettivi nazionali di lavoro, la dottrina giuslavoristica ne ha finanche desunto la riconducibilità alle fonti di diritto).

In conclusione, la questione prospettata dalla ricorrente rientra tra i rimedi manutentivi del contratto, di tal che non può essere predicata l'illegittimità dell'aggiudicazione.

La giurisprudenza ha evidenziato che, anche prima della stipula del contratto, possa addivenirsi alle modifiche necessitate da particolari circostanze (cfr. TAR Piemonte - sez. II, 20/2/2023 n. 180: *"la legislazione in materia di appalti pubblici è sì ispirata al rispetto del principio di tutela della concorrenza e parità di trattamento, ma è anche informata ai criteri di efficacia ed economicità che, in presenza di particolari circostanze, possono condurre alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali sia in corso d'esecuzione che prima della stipula del contratto (Cons. Stato, sez. V, 11.04.2022, sent. n. 2709). Costituisce oramai consolidato principio quello secondo il quale l'immodificabilità del contratto non ha carattere assoluto e le variazioni contrattuali non violano sempre e comunque i principi fondamentali in materia di evidenza pubblica (cfr. Corte di Giustizia UE, sez. VIII, nella sentenza del 7 settembre 2016, in C. 549-14)*").

Per inciso, va osservato che il riequilibrio contrattuale costituisce oggi principio espressamente affermato nel nuovo codice dei contratti pubblici (art. 9 del d.lgs. n. 36/2023).

3.3. Neppure può essere trascurato l'effetto che produrrebbe l'iniziativa giudiziaria della ricorrente, la quale imputa alla controinteressata di mantenere un'offerta insostenibile, laddove appare che debba valere per essa la stessa considerazione, posto che a sua volta non aveva potuto tener conto dei rinnovi contrattuali (e la cui offerta, come opposto dalle controparti, sarebbe addirittura maggiormente insostenibile).

Pur escludendo che venga in rilievo un'ipotesi di abuso del processo (manifestando la ricorrente la piena sostenibilità della sua offerta), l'impugnativa proposta si risolverebbe nell'inutile dispendio di attività amministrativa e, alla fine, in un esito che solo dubitativamente potrebbe favorire la ricorrente.

Ciò in quanto, rinnovata la verifica di anomalia per entrambe le offerte, ove entrambe fossero ritenute congrue (o adeguabili ai valori della contrattazione collettiva), in ipotesi non remota verrebbe ancora privilegiata l'offerta della controinteressata, per il maggior punteggio attribuito in gara.

In questi termini, l'azione proposta palesa il suo intento dilatorio, tendendo ad assicurare la conservazione della posizione di prestatore del servizio in proroga tecnica, avvantaggiandosi del tempo di definizione del processo che ha condotto alla situazione attuale, in spregio all'esigenza di procedere ad una celere definizione del procedimento di gara, non affetto per quanto sin qui detto da illegittimità (cfr. TAR Sardegna - sez. II, 16/11/2022 n. 770, p. 11.2, in analoga fattispecie contrassegnata da un lungo contenzioso: "*Altra tesi, anche recentemente sostenuta in giurisprudenza, ha ritenuto, al contrario, valorizzando la ratio dell'istituto in esame* [art. 106 cit.], *che esso "sia ascrivibile, nel suo complesso, sia all'esigenza di governare le sopravvenienze contrattuali sia a quella di evitare (in un contesto in cui l'appello al mercato è la regola) vere e proprie forme di diseconomia procedimentale". In tal senso, si è ricordato che la legislazione in materia di appalti pubblici è sì ispirata al rispetto del principio di concorrenza, ma anche informata ai criteri di efficacia ed economicità, e anche come sia irragionevole "ogni azzeramento di una procedura amministrativa in assenza di specifiche illegittimità che la affliggano", vieppiù nella particolare ipotesi in cui l'impresa sia rimasta "vittima" delle sopravvenienze*").

4.- Alla stregua delle considerazioni che precedono, il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti vanno conseguentemente respinti.

Sussistono nondimeno giustificate ragioni per disporre la compensazione per intero delle spese di giudizio tra tutte le parti, in considerazione della novità della questione e della connotazione della vicenda contenziosa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Compensa per intero tra tutte le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giuseppe Esposito, Consigliere, Estensore

Pierangelo Sorrentino, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Giuseppe Esposito

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO