

Publicato il 13/03/2024

N. 01702/2024 REG.PROV.COLL.
N. 04247/2023 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 4247 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Civin S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 8796441CBD, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Fianza, Tommaso Pallavicini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Universita' degli Studi Napoli Federico II, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale Napoli, domiciliataria ex lege in Napoli, via Diaz 11;

nei confronti

Rangers S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Riccardo Paparella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

avverso e per l'annullamento

previa sospensiva

anche con adozione di misura cautelare inaudita altera parte ex art. 56 cpa

a) del decreto del Direttore Generale dell'Università degli Studi di Napoli Federico II n. 974 del 28/07/2023, comunicato con nota prot. n. PG 93990 del 30/07/2023 con il quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva del lotto n. 1 della procedura di gara per l'affidamento del "Servizio di vigilanza armata da espletare presso le sedi dell'Università degli Studi di Napoli Federico II" (CIG – 8796441CBD) a favore della società Rangers srl;

b) di tutti i verbali esitati dalla commissione giudicatrice e dal RUP relativi al subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta prima graduata, ivi compresi la relazione del RUP del 30/06/2022 ed il verbale di commissione n. 10 del 29/06/2023 con cui l'offerta prima graduata è stata ritenuta congrua, se ed in quanto lesivi;

c) di ogni ulteriore atto presupposto, preordinato, connesso e conseguente, ivi compresi gli atti con i quali è stato disposto l'avvio del servizio da parte del nuovo aggiudicatario per il 1°/10/2023, se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;

nonché per la declaratoria

di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicatario e del diritto della ricorrente a subentrare nell'aggiudicazione e nel contratto cui si dichiara sin da ora disponibile;

nonchè

in subordine, qualora non fosse possibile il ristoro in forma specifica mediante affidamento del contratto, per il risarcimento del danno subito e subendo dalla ricorrente a causa del colposo operato della p.a. resistente:

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Rangers S.r.l. il 31/10/2023:

Per conseguire l'annullamento: 1) di tutti i verbali esitati dalla commissione giudicatrice e dal RUP relativi al subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta prima graduata, ivi compresi la relazione del RUP del 30/06/2022 ed il verbale di commissione n. 10 del 29/06/2023, nelle parti in cui l'offerta della prima graduata Rangers è stata ritenuta nel complesso congrua con un utile di commessa pari ad € 48.985,96 anziché pari a € 85.905,04, come scaturente in accoglimento dei giustificativi formulati dall'odierna ricorrente incidentale nell'ambito del subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta economica.

2) di ogni ulteriore atto presupposto, preordinato, connesso e conseguente, se ed in quanto lesivo degli interessi della Rangers.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Civin S.r.l. il 14/2/2024: avverso e per l'annullamento

previa sospensiva

a) del decreto del Direttore Generale dell'Università degli Studi di Napoli Federico II prot. DG/2024/38 del 18/01/2024, successivamente conosciuto, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva del lotto n. 1 della procedura di gara per l'affidamento del “Servizio di vigilanza armata da espletare presso le sedi dell'Università degli Studi di Napoli Federico II” (CIG – 8796441CBD) a favore della società Rangers srl;

b) del provvedimento dirigenziale – Area Attività Contrattuale prot. DD/2024/20 del 16/01/2024 con il quale è stata approvata la proposta di aggiudicazione del lotto n. 1 della procedura di gara per l'affidamento del “Servizio di vigilanza armata da espletare presso le sedi dell'Università degli Studi di Napoli Federico II” (CIG – 8796441CBD) a favore della società Rangers srl;

c) di tutti i verbali esitati dalla commissione giudicatrice e dal RUP relativi al subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta prima graduata, ivi compresi la relazione del RUP dell'11/12/2023, il verbale di seduta riservata di commissione n. 12 dell'11/12/2023 con cui l'offerta prima graduata è stata ritenuta congrua, se ed in quanto lesivi;

d) di ogni ulteriore atto presupposto, preordinato, connesso e conseguente, ivi compreso il verbale di seduta pubblica del 15/01/2024 recante la proposta di aggiudicazione del lotto 1, se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;

nonché per la declaratoria

di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicatario e del diritto della ricorrente a subentrare nell'aggiudicazione e nel contratto cui si dichiara sin da ora disponibile;

nonché

in subordine, qualora non fosse possibile il ristoro in forma specifica mediante affidamento del contratto, per il risarcimento del danno subito e subendo dalla ricorrente a causa del colposo operato della p.a. resistente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Università degli Studi Napoli Federico II e di Rangers S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2024 il dott. Paolo Corciulo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In esecuzione della sentenza di questa Sezione n. 3131 del 23 maggio 2023, di accoglimento di ricorso proposto dalla Civin s.r.l., seconda classificata,

avverso il provvedimento dell'Università degli Studi Federico II di Napoli di aggiudicazione in favore di Rangers s.r.l. del lotto n. 1 della procedura di gara indetta per l'affidamento del servizio di vigilanza armata, la stazione appaltante procedeva alla rinnovazione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta di quest'ultima, attività riscontrabili nel verbale della commissione di gara n. 10 del 29 giugno 2023 e nella relazione del RUP del 30 giugno 2023, concludendo per un complessivo giudizio di sostenibilità della predetta offerta. In seguito la gara veniva nuovamente aggiudicata a Rangers s.r.l. con Decreto del Direttore Generale n. 974 del 28 luglio 2023.

Avverso tale provvedimento ha proposto ricorso a questo Tribunale la Civin s.r.l. chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari, anche in sede monocratica.

A sostegno dell'impugnazione parte ricorrente ha svolto le seguenti censure, premettendo che nel giudizio di congruità sarebbero stati commessi alcuni errori che non avrebbero consentito di scorgere una perdita dell'offerta pari ad almeno € 12.335,69, dovendosi computare un costo medio orario pari ad € 17,57 in luogo di € 17,16 considerato dal RUP.

Ciò si sarebbe determinato con riferimento a sei specifici aspetti.

Innanzitutto, con riferimento alla voce "Oneri derivanti da disposizioni di Legge", il cui costo complessivo riportato nella Tabella Ministeriale di riferimento sarebbe pari ad €873,00, la stazione appaltante ne avrebbe considerato solo il minor importo di €293,00, avendo tenuto conto solo dei costi per il "Tiro a segno" (pari ad € 275,00) e quelli per le "certificazioni obbligatorie" (pari ad € 18,00), avendo ritenuto che le altre voci ("divisa" con "giubbotto antiproiettile", "radio", "visite mediche", "rinnovo porto d'armi e licenza" e "formazione") sarebbero state duplicate in occasione della precedente verifica di anomalia, in quanto già comprese nei giustificativi voci afferenti a "divise", "rinnovi titoli" e "oneri della sicurezza".

Deduce in senso contrario la ricorrente che l'”organizzazione del sistema radio” e l'”aggiornamento professionale” (per un totale di € 200,00), non rientrerebbero nei giustificativi, dal momento che la prima riguarda, non già la voce di costo denominata “radio”, ovvero il D.P.I. descritto negli oneri della sicurezza ed attinente ai “dispositivi ammortizzabili in 5 anni o già ammortizzati e disponibili in azienda che prudenzialmente abbiamo quotato unitamente ai costi incidenti relativi alle concessioni per frequenze radio”, ma la categoria dei costi che ogni Istituto di Vigilanza deve sostenere per pagare le concessioni radio al Ministero competente, la costruzione e la manutenzione dei ponti radio e i fitti passivi dei terreni o dei fabbricati ove vengono materialmente installati i ponti radio stessi. Avuto riguardo alla voce “Aggiornamento professionale” non si tratterebbe della “Formazione/Informazione TUSL” (testo Unico Sicurezza Lavoratori) e della “Formazione Antincendio rischio basso” inclusa negli oneri della sicurezza, ma del diverso aggiornamento professionale annuale disposto per tutte le Guardie Particolari Giurate dal DM 269/2010 all'Allegato D.

Ne discenderebbe che il costo complessivo per tali oneri sarà pari ad € 493,00 pro-capite su base annua e non pari a € 293,00, come calcolato dalla stazione appaltante.

Con il secondo argomento parte ricorrente contesta il calcolo della cd. decontribuzione Sud di cui potrebbe beneficiare Rangers s.r.l. In proposito, tenuto conto che la stipula del contratto non è ancora intervenuta dovendo spostarsi inevitabilmente in avanti la data di inizio del servizio, il riconoscimento del beneficio sarebbe riconoscibile nella misura del 30% per gli anni 2024 e 2025, del 20 % per gli anni 2026 e 2027 ed infine del 10% per il 2028, quinto ed ultimo anno di affidamento; la stazione appaltante, invece, avrebbe calcolato la percentuale del 30% per i primo quattro anni.

In terzo luogo, si deduce che nel progetto di riassorbimento dei lavoratori in applicazione della clausola sociale figurerebbe un lavoratore inquadrato nel

livello IV ex IV Super che godrebbe, in base alla contrattazione collettiva ed alle tabelle ministeriali di riferimento, di un elemento retributivo non assorbibile denominato “S. a P. da riqualificazione” pari ad € 756,16 su base annua, che non sarebbe stato considerato dalla stazione appaltante come ulteriore voce di costo.

Con la quarta argomentazione Civin s.r.l. lamenta che sede di verifica non sarebbero stati considerati i costi inerenti alla maturazione degli scatti di anzianità previsti dal CCNL rispetto all'elenco dei lavoratori pubblicato all'epoca dell'indizione della gara nel mese di luglio del 2021. Invero, il RUP avrebbe dovuto considerare la maturazione di un ulteriore scatto quantomeno a partire dal mese di luglio 2024 ($2024 - 2021 = 3$) e quindi dal 2^o anno di affidamento e non, come avvenuto, dal quarto anno.

In quinto luogo, nella quantificazione del costo del premio annuo per contributi INAIL, non sarebbe stato considerato quanto stabilito dalla normativa vigente (art. 181 del DPR 1124/65) in merito al contributo aggiuntivo pari all'1% del premio annuale dovuto dai datori di lavoro all'Associazione Nazionale dei Mutilati ed Invalidi del Lavoro (Anmil) per le finalità individuate dalla normativa vigente, con conseguenti ricadute sul costo del lavoro.

Infine, non sarebbe stata valutata la percentuale di contribuzione a carico dell'azienda per il funzionamento delle relazioni industriali (Artt. 7 e 8 CCNL) nella misura dello 0,25% della paga tabellare conglobata, da calcolarsi per 14 mensilità.

Con decreto presidenziale n. 1642 del 29 settembre 2023 è stata accolta la domanda di adozione di misure cautelari in sede monocratica, subordinatamente al versamento di una cauzione in favore della stazione appaltante.

Si sono costituiti in giudizio Rangers s.r.l. e l'Università degli Studi di Napoli, concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare, altresì

sollevando eccezioni di inammissibilità .

Alla camera di consiglio del 19 ottobre 2023, fissata per la trattazione della domanda cautelare in sede collegiale, il Tribunale, con ordinanza n. 1801/2023 ha accolto la domanda cautelare ai fini del riesame.

Con atto notificato in data 27 ottobre 2023 e depositato in data 31 ottobre 2023 la controinteressata ha proposto ricorso incidentale, lamentando che la stazione appaltante avrebbe errato nel ritenere in seguito alle giustificiche da essa presentate la sussistenza di un utile pari ad € 48.985,96 e non anche di € 85.905,04, come invece prospettato.

In seguito, la stazione appaltante ha proceduto al riesame della valutazione di congruità dell'offerta di Rangers s.r.l., pervenendo ad un giudizio di sostenibilità della medesima, alla luce dei principi espressi dal Tribunale in sede cautelare, assumendo l'esistenza di un margine di utile di €38.504.,62. Con decreto del Direttore Generale n. 38 del 18 gennaio 2024, comunicato a tutti i concorrenti del lotto n. 1 con nota prot. 7609 del 19/01/2024, è stata disposta l'aggiudicazione in favore di Rangers srl, dando anche atto dell'esito positivo delle verifiche in ordine al possesso dei requisiti di carattere generale e speciale in capo all'aggiudicataria.

Con atto notificato e depositato in data 14 febbraio 2024 parte ricorrente ha proposto motivi aggiunti di impugnazione avverso il nuovo decreto di aggiudicazione, con contestuale domanda incidentale di sospensione.

Con il primo motivo aggiunto parte ricorrente contesta l'errore commesso dalla stazione appaltante che avrebbe dato rilievo alla sopravvenienza favorevole a Rangers s.r.l. secondo cui i costi per le figure trasversali si sarebbero ridotti del 50% rispetto a quanto riportato nei primi giustificativi, in considerazione dell'aggiudicazione in favore della controinteressata del lotto 5. Si evidenzia al riguardo che i costi per le figure trasversali giustificate per il lotto 1 erano già stati calcolati in funzione della necessità di applicazione a tale lotto, per cui non si comprenderebbe quale influenza

avesse potuto avere su tale voce l'aggiudicazione a Rangers s.r.l. del lotto 5; si tratterebbe, tra l'altro di due contratti profondamente diversi, soprattutto in considerazione del maggiore numero di ore annue del primo lotto (29.866), rispetto al lotto 5 che ne contempla poco più della metà (16.265 ore). Di conseguenza, dall'utile finale di € 38.504,62, andrebbero sottratti € 25.426,05, giungendo ad un utile più ridotto, pari a di € 13.078,57.

Con il secondo motivo aggiunto parte ricorrente lamenta che la stazione appaltante non avrebbe tenuto conto, tra le sopravvenienze fattuali, del rinnovo del CCNL Vigilanza Privata e Servizi Fiduciari, con decorrenza dal 1° luglio 2023, che avrebbe introdotto più alti minimali retributivi.

In particolare, espone parte ricorrente, che la retribuzione base delle GPG inquadrate al 4° livello, di cui sia la controinteressata che il RUP hanno tenuto conto, sarà maggiore sono sarà più di € 1.278,88 mensili, ma quella, nuova, di €1.328,88 dal 1° giugno del 2023, senza tenere conto di una serie progressiva di ulteriori incrementi retributivi che avranno effetto nel quinquennio di svolgimento del servizio.

Di conseguenza, vi sarà un maggior costo su base oraria di € 1,27 (si passa infatti da € 17,23 ad € 18,50 e quindi un aumento del costo della manodopera di € 189.947,55 ($1,27 \text{ €} * 29.913 \text{ ore annue} * 5 \text{ anni}$), importo che determinerebbe l'integrale erosione del margine di utile considerato, di € 38.504,62.

Hanno depositato memoria la difesa erariale e la controinteressata.

Alla camera di consiglio del 7 marzo 2024, fissata per la trattazione della domanda cautelare, il Tribunale, ritenendo sussistenti i presupposti per la definizione della controversia con sentenza in forma semplificata, avvisate le parti, ha trattenuto la causa per la decisione.

DIRITTO

È opportuno procedere al richiamo del contenuto motivazionale della ordinanza cautelare n. 1801 del 20 ottobre 2023, adottata dal Collegio

all'esito della camera di consiglio del 19 ottobre 2023 celebrata per lo scrutinio della domanda cautelare proposta nel ricorso introduttivo del giudizio.

Con riguardo al secondo motivo di ricorso il Tribunale, nella citata ordinanza aveva disposto il riesame della valutazione di congruità dell'offerta di Rangers s.r.l., assumendo che «la questione investe il più generale tema della rilevanza delle sopravvenienze in fase di verifica dell'anomalia rispetto al momento di presentazione dell'offerta. E' noto che in giurisprudenza si ritiene che «in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta di gara sono consentiti aggiustamenti e spostamenti di costi tra le varie componenti del prezzo, potendosi tenere conto anche delle sopravvenienze (normative o meno), a condizione che ciò non comporti una modificazione dell'offerta stessa» (ex multis Consiglio di Stato , sez. V , 20/07/2021 , n. 5455; Consiglio di Stato , sez. V , 28/06/2021 , n. 4868; Consiglio di Stato , sez. V , 26/02/2021 , n. 1637). Più specificamente, si assume e ribadisce il principio di immodificabilità dell'offerta a garanzia della par condicio competitorum che risulterebbe violata soltanto ove si consentisse al concorrente, successivamente alla valutazione delle offerte, di introdurre delle modifiche, tali da alterarne la sostanza. La richiamata giurisprudenza ha quindi mitigato il principio di invariabilità dell'offerta, consentendo dei minimi aggiustamenti o operazioni di compensazione, tuttavia circoscritti entro limiti tali da non stravolgerne l'originaria composizione. Nel consentire tale modulazione, in effetti, il citato orientamento non fa altro che ribadire fermamente che l'offerta presentata debba comunque necessariamente restare immutabile. L'idea di “storicizzare” l'identità economica dell'offerta e, quindi, il suo valore finale, ammettendone solo circoscritti interventi correttivi nella fase di sua destrutturazione, i cui dati analitici si sostanziano nelle giustificazioni presentate in fase di anomalia, dovrebbe determinare, come corollario, anche la storicizzazione delle relative sue componenti, nel caso di specie gli

elementi di costo, nel caso di specie il regime previdenziale. Ebbene, se tale soluzione non suscita particolari perplessità nel Collegio, rimettendosi al giudice la verifica di una sostanziale inalterabilità della identità economica dell'offerta pur in presenza di modulazione di alcune sue voci costitutive, a diverse conclusioni deve pervenirsi laddove non si sia in presenza di esigenze di riequilibrio interno all'offerta, dovendosi piuttosto tenere conto di sopravvenienze esogene, fattuali o dovute a successivi interventi normativi. Proprio a proposito dell'istituto della cd. Decontribuzione Sud la Sezione, in linea con parte della giurisprudenza, ha ribadito, a proposito della rilevanza di sopravvenienze nella fase di verifica dell'anomalia, che «sulla applicazione temporale del regime della cd. «decontribuzione sud», di cui al d.l. 14.8.2020 n. 104, convertito dalla legge 13.10.2020 n. 126, che consente a determinati operatori economici di beneficiare di una riduzione del 30% degli oneri contributivi, così da diminuire le spese del personale, costituisce orientamento della Sezione (TAR Campania Napoli Sezione II, 26 aprile 2021 n. 2690), quello secondo cui «nulla impediva all'aggiudicataria di fare applicazione della norma previdenziale vigente al momento di verifica della anomalia, non trattandosi di “elementi futuri e/o ipotetici, anche se probabili”, ma di benefici ben riconoscibili per il periodo di durata di esecuzione del contratto. Né può essere condivisa l'idea di una successiva modificazione dell'offerta, dal momento che, seppur in relazione di parziale simmetria, la fase di composizione di questa e quella di verifica di anomalia si presentano comunque distinte, essendo quest'ultima volta non già ad una formale ricognizione e conferma dei dati costitutivi originari, risolvendosi piuttosto in un giudizio di sua complessiva sostenibilità in previsione della stipulazione, escludendo solo ipotesi di “aggiustamenti” che ne abbiano determinato un decisivo e radicale stravolgimento» (TAR Campania Napoli, II Sezione 13 settembre 2021 n. 5818). L'ipotesi scrutinata era quella di eventi favorevoli al concorrente, nel senso che il quid novi aveva riguardato

circostanze che avrebbero agevolato il raggiungimento dell'obiettivo di congruità dell'offerta, ciò, dal momento che se è vero che la verifica di anomalia è posta a presidio della par condicio, contrastando la presentazione di offerte che siano, ab origine, non sostenibili e quindi tali da alterare la concorrenza, è anche vero che l'accertamento è volto ad assicurare, fin dal momento di aggiudicazione, alla stazione appaltante che al contratto si pervenga con una proposta attualmente sostenibile. Si pone, pertanto, la problematica di dare rilievo anche ad esigenze di "attualizzazione" dell'offerta, che sorgono in presenza di fatti tali da incidere sfavorevolmente sulla sua originaria congruità. Riconosce il Collegio che le richiamate esigenze tendono a rendere recessivo il principio di buona fede e quello di legittimo affidamento riconosciuto ai partecipanti ad una gara, principi che hanno aperto la strada all'idea di cristallizzare l'offerta ed i suoi elementi costitutivi al momento della sua presentazione, pur con le richiamate prudenti aperture giurisprudenziali in punto di verifica di anomalia. E' anche vero, tuttavia, che denegare rilevanza a sopravvenienze sfavorevoli che spostano l'equilibrio dell'offerta nel senso di una sua attuale insostenibilità, implicherebbe imporre alla stazione appaltante di procedere comunque all'aggiudicazione ed alla stipulazione, seppur in presenza di un'offerta ormai divenuta anomala o sospettata di esserlo diventata; e che tale obbligo non sussiste è confermato sia da quanto previsto dall'art. 32, comma ottavo del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 ove si stabilisce che «la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante», sia dall'art. 17, comma quinto del d.lgs 31 marzo 2023 n. 36 che impone all'organo competente a disporre l'aggiudicazione di verificarne la conformità all'interesse pubblico. Deve, in linea di principio, quindi, assumersi che nella fase istruttoria di verifica di anomalia, la stazione appaltante non possa non dare rilievo ad eventi sopravvenuti che possano alterare l'originaria consistenza dell'offerta dal

punto di vista della sua congruità; né potrebbe sostenersi che tale principio determinerebbe incertezza sui tempi di rilevazione di eventuali sopravvenienze, dal momento che le stesse potrebbero intervenire ed avere giuridica rilevanza anche in epoca successiva alla stipulazione, in questo caso incidendo sull'ormai costituito sinallagma negoziale. Occorre, per concludere il ragionamento, tuttavia superare il rigido principio di "storicizzazione" dell'offerta anche dal lato del concorrente, nella prospettiva di un contemperamento e riequilibrio dei ruoli dei soggetti del procedimento, in generale e di quello di gara in particolare. Assume in tal senso il Collegio che se deve essere "attualizzata" l'offerta e quindi riconosciuta giuridica rilevanza a sopravvenienze di fatto o normative successive alla sua presentazione e prima ed in vista dell'aggiudicazione, deve anche essere consentito al concorrente di giustificarne la congruità al tempo presente, mercè l'introduzione di elementi a sostegno che, seppur successivamente intervenuti o acquisiti, siano idonei a confermarne il sostanziale equilibrio; deve, ovviamente, anche in questo caso trattarsi di elementi tali da non stravolgere l'originaria consistenza dell'offerta e che, quindi, pur andando oltre al mero aggiustamento di voci o minime compensazioni, devono, ad esempio, risolversi in nuove soluzioni organizzative, economie di scala o agevolazioni previdenziali o fiscali, divenute ora necessarie per neutralizzare eventuali sopravvenienze sfavorevoli. Venendo al caso di specie, in fase istruttoria non si rileva che la stazione appaltante abbia tenuto conto che la data di stipulazione del contratto ipotizzabile sarebbe slittata in avanti, determinando così un'incidenza sfavorevole dal punto di vista dei costi previdenziali da sostenersi nel quinquennio, circostanza probabilmente decisiva dell'esito della verifica di anomalia».

Tanto premesso, occorre comprendere quale natura ed effetti abbiano avuto gli atti adottati dalla stazione appaltante in esecuzione del pronunciamento cautelare.

Innanzitutto, vi è stato il verbale istruttorio di verifica da parte del responsabile unico del procedimento dell'11 novembre 2023, conclusosi con una valutazione di congruità dell'offerta di Rangers s.r.l., a cui ha fatto seguito il verbale coevo n. 12 della commissione di gara anche questo conclusosi nel senso della sostenibilità dell'offerta; quindi vi è stata approvazione di una nuova proposta di aggiudicazione in favore di Rangers s.r.l. a cui ha fatto seguito il decreto di aggiudicazione impugnato con i motivi aggiunti.

Orbene, non vi è dubbio che il nuovo decreto di aggiudicazione non può che costituire unico atto conclusivo del procedimento di gara per il lotto in questione, imponendo il superamento del decreto di aggiudicazione impugnato con il ricorso introduttivo, quale provvedimento attualmente regolativo del rapporto controverso, ne discende l'improcedibilità del ricorso introduttivo per sopravvenuta carenza di interesse relativamente alla impugnazione del decreto del Direttore Generale dell'Università degli Studi di Napoli Federico II n. 974 del 28/07/2023.

Ad analoghi approdi deve pervenirsi con riferimento alle attività di valutazione di congruità dell'offerta di Rangers s.r.l.

Difatti, nell'ordinanza cautelare, il Tribunale aveva disposto di «rinnovare l'attività di verifica di congruità dell'offerta di Rangers s.r.l., tenendo conto delle sopravvenienze oggetto di giudiziale rilevazione, tuttavia consentendo a tale società di fornire nuove giustificazioni che, pur non alterando la sostanziale identità dell'offerta, possano essere fondate su nuovi elementi a sostegno, siano essi di natura fattuale, normativa o organizzativa». Il dictum cautelare, sebbene avesse invitato la stazione appaltante a dare rilievo specifico ad eventuali sopravvenienze intervenute successivamente alla presentazione dell'offerta, aveva comunque prescritto il rinnovo delle operazioni di accertamento e valutazione di congruità, quindi aprendo la strada ad un giudizio "nuovo" e differente rispetto a quello precedente,

oggetto di contestazione con il ricorso introduttivo, che deve, di conseguenza, ritenersi ormai superato e privo di attuale rilevanza ai fini della presente controversia. Né può ritenersi che l'aver il Tribunale indicato in sede cautelare alcuni specifici punti di rilievo ai fini del corretto rinnovo del procedimento di verifica di congruità possa aver determinato una frammentazione delle operazioni di valutazione, nel senso che quanto eseguito in esecuzione del precetto cautelare, costituisca mera ed autonoma integrazione di quanto già svolto in sede di precedente verifica; in sintesi, tenuto anche conto degli elementi di novità introdotti nel rinnovato giudizio di congruità da parte della stazione appaltante, anche la valutazione eseguita in data 11 novembre 2023 in fase istruttoria, deve ritenersi nuovo atto regolativo della fattispecie controversia, da intendersi propriamente come atto di conferma propria (ex multis, Consiglio di Stato sez. V , 23 febbraio 2024 , n. 1816).

Dalle precedenti considerazioni discende l'improcedibilità del ricorso introduttivo.

Di conseguenza, è inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse anche il ricorso incidentale proposto da Rangers s.r.l. volto a contestare il mancato riconoscimento di un utile di commessa pari a € 85.905,04, in luogo di quello ammesso dalla stazione appaltante in sede di verifica di congruità di € 48.985,96; invero, essendovi stato un rinnovo delle operazioni di verifica di anomalia, ogni profilo di doglianza non può che essere proposta avverso le più recenti determinazioni della stazione appaltante assunte in sede istruttoria, anche per quanto riguarda eventuali profili di contestazione provenienti da parte controinteressata.

Passando all'esame dei motivi aggiunti, deve essere dichiarata l'inammissibilità del primo motivo per carenza di interesse, in accoglimento di specifica eccezione di parte controinteressata.

Invero, per pacifica ammissione della stessa parte ricorrente, in ipotesi di accoglimento della censura «L'originario utile va, pertanto, ripristinato alla misura di € 13.078,57»; tale esito non sarebbe in alcun modo idoneo a cagionare l'incongruità dell'offerta di Rangers s.r.l. e quindi la sua esclusione, per incontestata persistenza di un utile di impresa.

Né un interesse potrebbe trarsi da un possibile collegamento con quanto affermato nel secondo motivo aggiunto, dal momento che, con quest'ultimo si contestano maggiori costi di manodopera che, di per sé, sarebbero idonei ad azzerare l'utile accertato dalla stazione appaltante, pari a € 38.504,62.

Venendo al secondo motivo aggiunto, il problema consiste nel verificare se la stazione appaltante avrebbe dovuto tenere conto delle nuove tabella del costo del lavoro di cui al rinnovo del CCNL Vigilanza Privata e Servizi Fiduciari, decorrenti come minimali retributivi dal 1° luglio 2023.

La stazione appaltante, nella relazione del responsabile unico del procedimento del 27 febbraio 2024, ha affermato «che la verifica di congruità dell'offerta è stata eseguita, così come stabilito nel Capitolato di gara, sulla base del Contratto collettivo nazionale di lavoro per i dipendenti di istituti ed imprese di Vigilanza privata e servizi fiduciari stipulato l'8 aprile 2013, in vigore al momento della predisposizione della gara (2021) ed al tempo di presentazione delle offerte. Lo stesso CCNL, pertanto, è stato utilizzato per effettuare tutte le verifiche di congruità nell'ambito di tutti i lotti e per tutte le società partecipanti, e non si ritiene corretto ad oggi rivalutare un'offerta sulla base di un nuovo CCNL. Si ritiene che la verifica di un'offerta, sulla base di un nuovo CCNL, renderebbe nulle tutte le valutazioni e i procedimenti adottati dalla SA fino ad ora, ed imporrebbe alle società di ridefinire le offerte formulate, che ragionevolmente muovono dal CCNL al tempo vigente. Ragionando diversamente, si giungerebbe a consentire una modifica sostanziale dell'offerta economica, onerando le società a sostenere maggiori e rilevanti costi ove non si consentisse una revisione dell'intera

offerta. Adeguamenti dei prezzi potranno aver luogo in corso di esecuzione dell'appalto».

E, quindi dato acquisito, quello secondo cui in fase di rinnovo di verifica della anomalia l'offerta di Rangers s.r.l., per quanto concerne il costo della manodopera, sia stato valutando facendo riferimento al precedente Contratto collettivo nazionale di lavoro per i dipendenti di istituti ed imprese di Vigilanza privata e servizi fiduciari stipulato l'8 aprile 2013.

Innanzitutto, occorre chiedersi se vi sia stata una violazione del dictum cautelare come eccepito dalla difesa di Rangers s.r.l. e dalla Avvocatura erariale nella sua memoria depositata in data 5 marzo 2024, in cui si evidenzia che «come rammentato in premessa, nell'Ord.za cautelare n.1801/2023 Codesto Ecc.mo Collegio ha ordinato alla S.A. di procedere al rinnovo della “attività di verifica di congruità dell'offerta di Rangers” debba essere condotto “tenendo conto delle sopravvenienze oggetto di giudiziale rilevazione»: ne discenderebbe che il rinnovo delle operazioni di gara avrebbe dovuto essere limitato, così come fatto, solo ai profili di ricorso oggetto di scrutinio giudiziale, tra cui non figura la mancata applicazione di nuovi e più alti valori tabellari.

Entrambe le difese hanno poi evidenziato che la sopravvenuta rilevanza delle nuove tabelle comporterebbe una sostanziale violazione del principio di immutabilità dell'offerta.

Inoltre, va scrutinata anche l'eccezione di irricevibilità del secondo motivo aggiunto sollevata da parte controinteressata che ha evidenziato che parte ricorrente avrebbe dovuto tempestivamente contestare l'omessa valorizzazione della sopravvenienza costituita dal rinnovo del CCNL Vigilanza nell'ambito del ricorso principale, notificato in data 28 settembre 2023, ossia in un tempo successivo rispetto all'entrata in vigore del nuovo CCNL a far data dal 1° giugno 2023.

Ulteriore argomento speso da Rangers s.r.l., da ritenersi quale considerazione di merito, afferisce alla ritenuta specifica natura della sopravvenienza: ad opinione di Rangers s.r.l. «il duplice rinnovo del CCNL (giugno 2023 e febbraio 2024) a due anni e mezzo di distanza dalla formulazione dell'offerta e dopo più di un anno dalla conclusione della verifica di congruità e dal perfezionamento del contratto, consente di rinvenire nella vicenda de qua gli estremi della sopravvenienza legittimante, non già l'aggettamento ad un perenne e non previsto giudizio di congruità permanente, ma all'impiego dei meccanismi riequilibratori già previsti dall'ordinamento e da ultimo dall'art.9 del Nuovo Codice degli Appalti», di cui è proposta una interpretazione ricognitiva di un principio di diritto sostanziale che ne consentirebbe l'applicabilità anche a fattispecie negoziali antecedenti rispetto all'entrata in vigore del D. Lgs. n.36/2023.

Inoltre, ancora nel merito, Rangers s.r.l. sostiene «l'irrilevanza giuridica delle tabelle di calcolo riportate alle pagine 10, 11 e 12 dei motivi aggiunti. Ed infatti nelle menzionate tabelle la difesa avversa formula una serie di defatiganti proiezioni di maggiori costi, proiezioni giuridicamente del tutto irrilevanti perché formulate assumendo a base di calcolo il solo dato esemplificativo del 4° livello d'inquadramento contrattuale, laddove la forza lavoro oggetto di cambio appalto evidenzia una composizione 25 disomogenea con riferimento a livelli d'inquadramento contrattuale, anzianità di servizio e mansioni svolte».

Si tratterebbe inoltre, di tabelle ormai superate e che non tengono conto che «la forza lavoro oggetto di clausola sociale, come acquisito a settembre 2023 nell'ambito dell'avviata e non conclusa procedura di cambio appalto, ha subito significative variazioni soggettive per effetto del pensionamento delle risorse con maggiore anzianità di carriera e più alto livello d'inquadramento contrattuale».

Ulteriore profilo di contestazione risiede nel fatto che non sussiste alcun obbligo per l'operatore economico subentrante di destinare il personale assorbito per effetto della clausola sociale proprio al servizio oggetto di affidamento.

Il secondo motivo aggiunto non è meritevole di accoglimento.

Osserva il Collegio che la funzione del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è duplice; da una parte, in un certo senso rivolgendosi direttamente al confronto concorrenziale, essa assicura la par condicio competitorum, esposta al rischio di presentazione di offerte prive di effettiva sostenibilità, sebbene apparentemente più favorevoli per la parte pubblica, assicurando così che, fin dalla fase di predisposizione delle stesse - così guardando al passato - gli operatori economici in competizione siano indotti ad elaborare offerte in linea con i principi di lealtà e correttezza che devono informare anche i loro reciproci rapporti procedimentali (rilevanza in senso orizzontale).

Vi è poi un aspetto della verifica di anomalia che guarda invece al futuro, in quanto volto a soddisfare l'esigenza di assicurare un'equilibrata costituzione del sinallagma contrattuale e che vede come attori la stazione appaltante e l'operatore economico la cui offerta è soggetta a valutazione di anomalia (rilevanza in senso verticale).

Ed è proprio con riferimento a questa "doppia anima" della funzione di verifica dell'anomalia che deve essere interpretato il contenuto dell'ordinanza cautelare n. 1801 del 20 ottobre 2023 pronunciata in questo giudizio.

Invero, il Tribunale aveva inteso dare rilevanza a sopravvenienze giuridiche e di fatto rispetto al momento di presentazione dell'offerta, così mitigando il rigore del principio di "storicizzazione" della stessa, ove la modulazione degli elementi costitutivi e/o giustificativi avesse fatto riferimento a condizioni proprie dell'operatore economico e solo a quelle; non a caso, nel dictum cautelare, nel ritenere rilevante a fini di congruità l'inattuale fruibilità di

periodi di sgravio contributivo per i ritardi accusati dal procedimento di gara, si è anche affermato che l'operatore economico avrebbe potuto mantenere l'equilibrio economico della sua offerta introducendo, in fase di giustificazione, nuove prospettive che «andando oltre al mero aggiustamento di voci o minime compensazioni, devono, ad esempio, risolversi in nuove soluzioni organizzative, economie di scala o agevolazioni previdenziali o fiscali, divenute ora necessarie per neutralizzare eventuali sopravvenienze sfavorevoli». In altri termini, si sarebbe dovuto trattare di interventi interessanti ed applicabili alla specifica condizione dell'impresa a livello organizzativo o di potenziale fruizione da parte sua di ulteriori agevolazioni economiche su base normativa sopravvenuta.

Pertanto, non tutte le sopravvenienze erano obbligatoriamente da valutarsi da parte della stazione appaltante, ma solo quelle incidenti sulla specifica posizione dell'operatore economico che ora non è più un semplice concorrente, ma, in modo progressivamente differenziato, ormai il potenziale aggiudicatario e contraente.

Si era quindi al di fuori della rilevanza della verifica di anomalia come riferibile ad profili di tutela della par condicio, essendosi piuttosto in presenza di esigenze di accertamento di sostenibilità economica dell'offerta in vista dell'aggiudicazione e più ancora della stipulazione.

Dirimente di tale assetto è proprio l'aspetto della decorrenza del termine di efficacia dei nuovi valori tabellari indicati nel CCNL che parte ricorrente assume che la stazione appaltante avrebbe ignorato.

Invero, il non averne la stazione appaltante tenuto conto – così invertendo i termini del ragionamento – costituisce, invece, proprio corretta applicazione del principio di par condicio competitorum, dal momento che - seguendo la prospettiva di parte ricorrente - diversamente se ne pretenderebbe l'applicazione solo alla controinteressata. Infatti, come ben osservato nella relazione finale del responsabile unico del procedimento, l'applicazione

obbligatoria delle nuove tabelle a tutti gli operatori economici – trattandosi di disciplina generale – tenuto conto che tutti avevano necessariamente confezionato la rispettiva offerta tenendo conto dei valori tabellari del 2013, avrebbe verosimilmente determinato una modifica sostanziale di tutte le offerte e non solo di quella di Rangers s.r.l.; né si potrebbe sostenere che l'ipotesi contraria sarebbe postulabile solo perché la controinteressata si era classificata come migliore offerente, dal momento che tutte le offerte in gara sarebbero state elaborate in violazione di valori tabellari all'epoca addirittura inesistenti.

Così operando la stazione appaltante ha invece fatto piena applicazione del principio di concorrenza, considerando tutte le offerte presentate non incise – in senso sfavorevole - dai nuovi valori di costo della manodopera e rimettendo alla fase di valutazione della convenienza economica, a sé riservata, ogni decisione sulle condizioni di stipulazione del contratto, valutazione che, implicando un giudizio di convenienza, sottende una questione di economicità dell'azione amministrativa, rientrante nell'ambito di riserva del merito amministrativo, non sindacabile in sede giurisdizionale.

In ragione della particolare novità delle questioni esaminate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara improcedibile il ricorso introduttivo e respinge i motivi aggiunti.

Dispone lo svincolo della cauzione prestata da parte ricorrente al passaggio in giudicato della presente sentenza.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2024 con
l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente, Estensore

Maria Laura Maddalena, Consigliere

Daria Valletta, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO