

APPALTI: Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - Napoli, Sezione Prima, sentenza 20 settembre 2023, n. 5155, in Rivista trimestrale degli appalti, n. 1/2024, pag. 113: *“Attribuzione di un punteggio premiale al concorrente che si impegna ad assorbire un numero di dipendenti superiore al minimo previsto dalla legge”* di V. Vitulano

1. Appalti – Gara – Aggiudicazione – Criteri di aggiudicazione – Clausola sociale – Offerta prevedente l’assunzione di tutti i dipendenti della precedente appaltatrice e la conservazione del livello contrattuale per ciascuno di essi – Attribuzione di un punteggio migliorativo – legittimità

1. E’ legittima la previsione di una premialità delle offerte che consista nell’attribuire il maggior punteggio al partecipante che si obblighi a riassorbire risorse umane del precedente aggiudicatario in numero superiore ai minimi di legge, assicurando ad esse mansioni e inquadramento analoghi a quelli precedenti, in modo da garantire la massima continuità nell’esecuzione dell’appalto. Tanto non è contrario al diritto unionale ed è funzionale alla migliore esecuzione dell’appalto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Società Regionale per la Sanità Spa e della Security Service S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2023 il dott. Domenico De Falco 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 e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 24 ottobre 2022 e depositato il successivo 27 ottobre l’Istituto di vigilanza La Torre s.r.l. ha premesso che con Bando di gara pubblicato nella GUCE 17/05/2019, n. 2019/S 095-229820, la Soresa ha indetto una procedura concorsuale, suddivisa in 16 Lotti territoriali, tra i quali (ai fini di quanto qui interessa) il Lotto 4, avente ad oggetto l’affidamento dei "servizi di vigilanza armata e servizi aggiuntivi presso le sedi della ASL Salerno" (importo a base di gara € 16.234.627,20).

La *lex specialis* ha previsto per tutti i 16 lotti in gara il medesimo criterio di aggiudicazione (cfr. punto 19. del disciplinare), ossia l’offerta economicamente più vantaggiosa di cui all’art. 95, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 (d’ora in poi: "Codice"), i medesimi criteri di valutazione (cfr. Tabella 5 di cui al punto 19.1 del disciplinare), i medesimi punteggi (ivi) e la medesima Commissione giudicatrice (cfr. punto 20.2 del disciplinare). Quanto al criterio di aggiudicazione, la *lex specialis* (punto 19.2 del disciplinare) ha precisato che "a ciascuno degli elementi qualitativi (contraddistinti dalla dicitura D), è attribuito un coefficiente sulla base del metodo dell’attribuzione discrezionale di un coefficiente variabile da zero ad uno da parte di ciascun commissario", escludendo quindi l’applicazione del sistema del c.d. confronto a coppie.

L'odierna esponente soggiunge che con la Determinazione D.G. n. 195 del 28 settembre 2022 Soresa ha disposto: - di non aggiudicare il Lotto 4 a Cosmopol Basilicata s.r.l., in virtù del vincolo di aggiudicazione previsto dal Disciplinare di gara e in ottemperanza a quanto suggerito dall'AGCM, in quanto facente parte di un unico centro decisionale (insieme, tra gli altri, a Securpol Puglia, aggiudicataria del Lotto 1).

Insorge l'Istituto di Vigilanza La Torre avverso il provvedimento di aggiudicazione in favore di Security Service s.r.l., chiedendone l'annullamento sulla base delle seguenti censure.

I) Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* – eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di motivazione, difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto (subcriterio di valutazione A2 del disciplinare di gara).

Secondo l'Istituto ricorrente l'attribuzione del punteggio tecnico riferito al punto A2 del Disciplinare di gara sarebbe illegittima, in quanto non si sarebbe tenuto conto della "clausola sociale" ivi contemplata che accordava un ulteriore punteggio agli operatori economici che avessero garantito il riassorbimento del maggior numero di risorse umane dal contraente uscente, mantenendo le condizioni e dei trattamenti già goduti. L'Istituto ricorrente evidenzia che a fronte di un dettagliato impegno da esso assunto in tal senso la Security Service nulla avrebbe indicato al riguardo nella propria offerta pur ottenendo un punteggio superiore.

La clausola sociale, prosegue parte ricorrente, trova la propria giustificazione nella relazione illustrativa con la quale Soresa ha precisato: *«si è ritenuto necessario valutare quale criterio premiale, le soluzioni proposte dal concorrente che garantiscano al meglio il riassorbimento del personale attualmente in servizio ed il relativo trattamento retributivo poiché si ritiene, che ai fini della migliore qualità del servizio sia aspetto rilevante la continuità del servizio delle stesse maestranze già impiegate che hanno già acquisite le conoscenze per espletare lo stesso»*.

Proprio al fine di acquisire il punteggio premiale previsto dalla *lex specialis*, parte ricorrente precisa di aver formulato sul (solo) Lotto 4 un'offerta tecnica palesemente "migliorativa", avvalendosi anche della sua posizione di gestore uscente: riassorbimento integrale del personale (n. 82 unità) e mantenimento delle medesime condizioni già godute. Per i restanti Lotti, invece, La Torre ha previsto il riassorbimento secondo i parametri di cui all'art. 26 del CCNL e con applicazione delle condizioni economico retributive minime previste.

Viceversa, l'offerta tecnica di Security Service ha proposto, in relazione al subcriterio A2, il riassorbimento del personale in forza al contraente uscente (non nella totalità, bensì) ai sensi dell'art. 26 del CCNL e (non con il medesimo trattamento già goduto, bensì) con un trattamento stabilito dal CCNL e aderente alla qualifica prevista per la prestazione. In concreto, prosegue l'Istituto attore, il progetto di riassorbimento della Security service comporterebbe l'assunzione di sole 67 unità alle

condizioni previste nella contrattazione collettiva. In definitiva, conclude l'Istituto di Vigilanza La Torre, la commissione non avrebbe applicato correttamente la clausola sociale, riconoscendo alla controinteressata Security Service un punteggio più elevato.

II) Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* – eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di motivazione, difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto (subcriterio di valutazione a1. Del disciplinare di gara)

L'operato della Commissione giudicatrice, prosegue parte ricorrente, sarebbe affetto dal vizio di eccesso di potere per manifesta illogicità e manifesto travisamento dei fatti anche in relazione all'attribuzione del punteggio tecnico per il subcriterio A1 di cui al Disciplinare di gara (6 punti) “Modello e dimensionamento della struttura organizzativa proposta e delle modalità operative di esecuzione del servizio in termini di pianificazione dei turni di lavoro e gestione delle assenze per ferie, scioperi e malattie”.

Secondo parte ricorrente l'attribuzione di un punteggio maggiore all'offerta della controinteressata violerebbe il criterio appena menzionato in quanto l'offerta della Security Service non conterrebbe alcuna soluzione con specifico riguardo alle assenze per sciopero che, invece, la ricorrente avrebbe precipuamente trattato.

III. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* – eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di motivazione, difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto (subcriterio di valutazione a3. Del disciplinare di gara).

Ulteriore profilo di illegittimità dell'operato della commissione sarebbe rilevabile con riguardo all'attribuzione del punteggio di cui al criterio A3 a mente del quale “Analisi e rilevazioni dell'entità dei rischi definiti in relazione al livello di criticità specificamente rilevato per la ASL/AO/IRCS oggetto del lotto dando evidenza della policy di sicurezza adottate in relazione ai profili di rischio specifici rilevati”.

Anche in questo caso le offerte dell'Istituto ricorrente e della controinteressata divergerebbero in quanto la prima avrebbe indicato specifiche policy di sicurezza omesse dalla Security Service e ciononostante sarebbe stato ancora una volta attribuito un punteggio maggiore alla controinteressata la quale si sarebbe limitata solo a riservarsi di produrre specifiche indicazioni sul punto.

Si sono costituite in resistenza la Security Service s.r.l. e la Soresa s.p.a..

Alla camera di consiglio del 5 luglio 2023 fissata per la trattazione dell'istanza cautelare il Collegio ha dato avviso alle parti della possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata.

1) Con i primi due motivi di ricorso, l'Istituto di Vigilanza La Torre, secondo graduato, contesta l'attribuzione da parte della commissione del punteggio all'offerta tecnica della Security Service s.r.l. aggiudicataria, rilevando la violazione dei criteri valutativi delle offerte tecniche elaborati nel

disciplinare di gara con riguardo ai punti A2 e A1. Con riferimento al primo dei subcriteri indicati il disciplinare prevedeva che: “Poiché si ritiene che l’utilizzo del personale attualmente impiegato nello specifico appalto del lotto di cui trattasi possa avere una influenza significativa sulla qualità dell’esecuzione dell’appalto, saranno valutate le soluzioni che prevedono l’impiego del personale attualmente in servizio e la garanzia del mantenimento delle condizioni e dei trattamenti goduti”.

Parte ricorrente lamenta che pur avendo garantito l’assunzione di tutti i dipendenti della precedente appaltatrice e la conservazione del livello contrattuale per ciascuno di essi, la commissione ha attribuito un punteggio superiore alla controinteressata che invece si è limitata a garantire il rispetto degli obblighi di legge e quindi ad assumere 67 dipendenti su 82 e ad osservare per essi le prescrizioni del CCNL senza quindi garantire alcuna continuità in concreto e violando così in modo eclatante la disciplina di gara.

Sul punto la controinteressata e la stazione appaltante rilevano in limine che l’attribuzione del punteggio da parte della commissione di gara costituisce frutto di valutazioni connotate da ampia discrezionalità a cui non è sovrapponibile il giudizio critico di altro operatore economico. In particolare esse deducono che l’attribuzione di un punteggio premiale per il caso di assorbimento di tutte le risorse impegnate nel precedente appalto contrasterebbe con il divieto di imposizione di obblighi di assunzione ulteriori rispetto a quelli minimi previsti dalla normativa vigente. In particolare la controinteressata ritiene che la previsione del disciplinare sopra riportata non contenga un criterio quantitativo, nel senso che non privilegia il maggior numero di risorse assunte, ma solo il mantenimento negli stessi ruoli del personale che l’aggiudicatario è tenuto ad assorbire sulla base della disciplina vigente.

I motivi, che per la loro connessione possono esaminarsi congiuntamente, sono fondati alla stregua delle seguenti considerazioni.

Deve preliminarmente chiarirsi che dalla lettura congiunta del testo del disciplinare (punto A2) e della relazione illustrativa emerge che la premialità elaborata dalla stazione appaltante consisteva nell’attribuire il maggior punteggio a chi avesse assorbito risorse umane in numero superiore ai minimi di legge, assicurando ad esse mansioni e inquadramento analoghi a quelli precedenti, in modo da garantire la massima continuità nell’esecuzione dell’appalto.

Tale interpretazione, oltre ad essere coerente con il testo della clausola del disciplinare è anche l’unica che consente di riconoscere al subcriterio un valore prescrittivo. Accedendo alla diversa tesi di parte controinteressata si porrebbe ad un’egregi che mutilerebbe la portata del subcriterio e che troverebbe applicazione solo nel caso in cui le risorse umane provenienti dal precedente appalto sulla base degli obblighi di legge siano adibite alle medesime mansioni (profilo solo qualitativo).

Invece, il punteggio supplementare risulta collegato anche al profilo quantitativo, per cui, in base alla previsione, maggiore è il numero di dipendenti che, in eccedenza rispetto ai minimi di legge, viene mantenuto dal nuovo appaltatore nelle medesime mansioni ed inquadramento, e maggiore sarà il punteggio supplementare (nei limiti di quanto stabilito nel disciplinare).

È bene chiarire poi che la clausola così interpretata non entra in conflitto con i vincoli di concorrenza derivanti dal diritto unionale, tenuto conto che essa non comporta l'imposizione di un obbligo ma accorda in via opzionale ai concorrenti la possibilità di conseguire un punteggio maggiore garantendo la continuità dei rapporti lavorativi e delle mansioni dei dipendenti del precedente appaltatore.

Né la controinteressata ha impugnato con ricorso incidentale la previsione del disciplinare in discorso, limitandosi a fornirne un'interpretazione che, come detto, non pare coerente con i criteri esegetici testuale e teleologico.

Tale previsione peraltro non si appalesa illegittima, tenuto conto che la condizione necessaria per il legittimo esercizio del potere discrezionale di stabilire i criteri di attribuzione del punteggio è costituita dalla verifica della sussistenza di una connessione tra i criteri e l'oggetto dell'appalto (art. 95, comma 6) del d.lgs. n. 50/2016, nei termini della definizione di cui all'art. 95, comma 11, che considera connessi all'oggetto dell'appalto i «criteri di aggiudicazione [che] riguardino lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito di tale appalto sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale» (la disposizione recepisce l'art. 67, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE). Prendendo in considerazione anche fattori relativi all'intero ciclo di vita del lavoro, del bene o del servizio da acquisire, compresi i fattori coinvolti anche in una fase successiva al ciclo di vita, tra i criteri di aggiudicazione possono essere compresi anche criteri di natura sociale riferiti all'applicazione di un determinato contratto collettivo di lavoro o di una determinata tipologia di contratto di lavoro individuale, volti a conseguire specifici obiettivi di stabilità occupazionale e di trattamento economico e normativo dei lavoratori impiegati nell'appalto; fermo restando il limite da tempo individuato dalla giurisprudenza europea, ossia che il requisito non trasmodi nella previsione di criteri sociali che, abbandonando il legame con l'oggetto del contratto (nei termini sopra richiamati), prendano in considerazione gli aspetti relativi alla politica generale dell'impresa o altri aspetti estranei al programma contrattuale (cfr. Cons. Stato n. 7053/2021; C.G.U.E., 17 settembre 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland; in seguito C.G.U.E., 10 maggio 2012, C-368/10, Commissione c. Paesi Bassi, in particolare ai punti 89 ss.).

Nel caso di specie non vi è dubbio che la conservazione delle risorse umane e del loro inquadramento sia funzionale alla migliore esecuzione dell'appalto secondo l'Amministrazione che, evidentemente,

trovava utile non modificare la composizione delle squadre che avevano prestato la propria attività nel corso del precedente periodo di esecuzione.

Accertata la legittimità del subcriterio in questione, nel caso di specie non è contestato che parte ricorrente si sia impegnata nella propria offerta tecnica a mantenere in servizio tutti i dipendenti (82) già occupati, garantendone il medesimo inquadramento, laddove la Security Service si è limitata a garantire la prosecuzione del rapporto di lavoro con il numero di risorse strettamente necessario ad osservare le prescrizioni normative sul punto senza garantirne il medesimo inquadramento (67).

Ne consegue che l'attribuzione di un punteggio maggiore alla controinteressata rispetto alla ricorrente risulta *prima facie* non coerente con la previsione in discorso.

1.1) Fondata poi è anche l'ulteriore censura con la quale parte ricorrente lamenta la violazione anche del criterio A1 in base al quale era richiesto alle imprese concorrenti di predisporre un "modello e dimensionamento della struttura organizzativa proposta e delle modalità operative di esecuzione del servizio in termini di pianificazione dei turni di lavoro e gestione delle assenze per ferie, scioperi e malattie" (fino a 6 punti). In particolare parte ricorrente lamenta che alla controinteressata è stato attribuito un punteggio maggiore nonostante nulla sia stato detto con riguardo all'organizzazione assunta per il caso di assenze per sciopero.

Invero dalla proposta tecnica della ricorrente emerge un'accurata descrizione dell'organizzazione volta a far fronte alle eventuali assenze del personale, distinguendo tra assenze programmabili e non; in particolare sullo sciopero alla pagina 11 dell'offerta tecnica della ricorrente è prevista una serie di adempimenti volti a sostituire tempestivamente le risorse che aderiranno all'agitazione mediante un sistema di comunicazioni.

Parte controinteressata adduce che la commissione non ha considerato praticabili le soluzioni proposte dalla ricorrente perché integranti una condotta antisindacale illecita, ma di tale valutazione, che invece avrebbe dovuto essere specificamente motivata, non risulta alcuna traccia.

Ne consegue che anche su tale criterio emerge *ictu oculi* l'incongruenza della valutazione delle offerte tecniche svolta dalla commissione di gara rispetto ai criteri che la stessa Amministrazione aggiudicatrice si era data nella *lex specialis*, tenuto conto che a fronte della tendenziale completezza del modello predisposto dalla ricorrente quello dell'aggiudicataria si appalesa invece parzialmente lacunoso non prendendo in considerazione le specifiche voci evidenziate dal subcriterio. Diversamente da quanto opinato dalla controinteressata, infatti, l'evenienza delle assenze per sciopero è solo menzionata nel titolo del paragrafo dell'offerta tecnica ma non anche sviluppato al suo interno.

2) Con il terzo motivo di censura parte ricorrente si duole della violazione anche del subcriterio A3 in base al quale ai concorrenti è stato richiesto di elaborare "Analisi e rilevazioni dell'entità dei rischi definiti in relazione al livello di criticità specificamente rilevato per la ASL/AO/IRCS oggetto del

lotto dando evidenza della policy di sicurezza adottate in relazione ai profili di rischio specifici rilevati” (fino a 3 punti).

In questo caso il disciplinare è volto a favorire offerte che siano specificamente elaborate in relazione alle esigenze delle singole ASL sul territorio regionale.

Anche in questo caso, effettivamente, l’offerta tecnica della ricorrente contiene un’analisi specificamente riferita al contesto territoriale ed ambientale dell’ASL Salerno a cui si riferisce il lotto 4, al ragionevole fine di stimolare l’elaborazione di offerte che garantissero la maggiore compatibilità possibile con le singole ASL in cui si articola l’assistenza sanitaria regionale.

Ciò premesso, mentre il documento elaborato dall’aggiudicataria indica soluzioni di tipo generale vevoli in buona sostanza per tutti i contesti territoriali, l’offerta elaborata dalla ricorrente reca uno specifico studio sul contesto territoriale dell’ASL Salerno (cfr. pag. 17 dell’offerta tecnica), con la conseguenza che anche sotto questo profilo l’attribuzione di un punteggio maggiore all’odierna controinteressata non trova un’attendibile giustificazione e risulta *prima facie* irragionevole rispetto al subcriterio in discorso, in mancanza di una motivazione al riguardo da parte della commissione.

In definitiva l’attribuzione del punteggio alle offerte tecniche della ricorrente e della controinteressata si appalesa illegittimo rispetto ai criteri evidenziati da parte ricorrente, con conseguente annullamento dell’attribuzione del punteggio all’aggiudicataria e degli atti impugnati successivi alla valutazione delle offerte tecniche, fermo restando che la riedizione del potere di valutazione dovrà essere esercitato da una commissione di gara in diversa composizione.

La complessità delle questioni trattate giustifica l’integrale compensazione delle spese del giudizio, salvo il rimborso del contributo unificato in favore dell’Istituto ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto annulla i provvedimenti impugnati relativi al lotto 4 nei sensi e limiti di cui in motivazione salvi gli ulteriori provvedimenti dell’Amministrazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2023 con l’intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Maurizio Santise, Consigliere

Domenico De Falco, Consigliere, Estensore

