

Pubblicato il 26/04/2022

N. 03191/2022REG.PROV.COLL.
N. 10434/2021 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
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 10434 del 2021, proposto da (Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati P. S. e F. Z., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. F. Z. in Roma, via (Omissis),

contro

l'Azienda Regionale (Omissis), in persona del direttore generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato S. M., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

nei confronti

della (Omissis), di (Omissis), di (Omissis), non costituiti in giudizio,
per la riforma
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 9779/2021,
resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio (Omissis);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2022, il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La (Omissis) ha contestato, dinanzi al TAR Lazio, la deliberazione n. 280, pubblicata in data 2 aprile 2021 con la quale la (Omissis) - ha assunto la determinazione tesa: *a*) a indire la procedura di una nuova gara, cd. "ponte", per affidare il servizio di "*soccorso sanitario in area extra ospedaliera in via d'urgenza*", per la durata di sei mesi eventualmente rinnovabile per ulteriori sei mesi, con previsione di clausola risolutiva espressa in ragione della progressiva re-internalizzazione delle attività, entro il limite dell'importo complessivo a base d'asta di € 11.520.021,36 IVA esente, suddivisa in 5 lotti territoriali; *b*) ad affidare alla ricorrente il servizio, in via d'urgenza e nelle more della gara ponte, alle stesse condizioni economiche originariamente convenute. Con successivi motivi aggiunti la ricorrente ha censurato la deliberazione n. 394 del 4 maggio 2021 con la quale la stazione

appaltante ha determinato di approvare gli atti di gara e, in particolare, il disciplinare e il capitolato tecnico allegati alla delibera, approvando altresì gli avvisi da pubblicare.

2. In estrema sintesi la ricorrente ha dedotto l'incongruità e la non remuneratività del prezzo posto a base della procedura ad evidenza pubblica, in ragione degli intervenuti aumenti del costo del lavoro derivanti dalla sottoscrizione, in data 28 settembre 2018, del nuovo CCNL per il personale socio-sanitario, assistenziale e delle pubbliche assistenze, per il periodo compreso tra il 1° luglio 2017 e il 31 dicembre 2019. L'aumento del costo del lavoro sarebbe da quantificarsi, per i lotti oggetto di ricorso (n. 1 e n. 2), rispettivamente in euro 424.641,72 ed euro 309.917,64. La mancata considerazione dei riportati aumenti salariali, costituirebbe ostacolo all'accesso alla gara con conseguente pregiudizio per il principio di libera concorrenza.

3. Il TAR ha respinto il ricorso. Ha ritenuto che le mere prospettazioni prognostiche incentrate sull'aumento del solo costo della manodopera come declinato nel servizio prestatato, non fossero sufficienti a determinare l'annullamento del bando, ben potendo una diversa organizzazione del servizio, consentire costi inferiori. Il Tribunale ha precisato che *“solo le macroscopiche, evidenti ed illogiche previsioni del valore a base d'asta consentono al giudice amministrativo di intervenire in via preventiva sulla stessa gara”*.

4. Avverso la sentenza la (Omissis) ha proposto appello. La medesima evidenza che la domanda di annullamento era supportata da oggettivi dati economici (e non mere prospettazioni prognostiche e parziali) essendo l'appellante, come detto, affidataria uscente dell'intero servizio oggetto dei 5 lotti della gara per cui è causa, e avendo la stessa prodotto, nel giudizio di primo grado, una perizia giurata asseverata dei costi relativi alla manodopera da sopportare per l'esecuzione delle prestazioni afferenti i 5 lotti, declinata non già in ragione del servizio dalla stessa prestatato, bensì nell'oggettiva elaborazione dei costi riferiti alle singole figure professionali da impiegare nell'appalto ed al relativo impegno orario stimato dalla Committenza (cfr. Allegato 1 alla Delibera n. 394/2021 - cfr. doc. 23). Incremento che non potrebbe essere fronteggiato sul solo versante della riorganizzazione del servizio.

5. L'Amministrazione, costituitasi in giudizio, eccepisce: a) che la clausola del bando di gara che fissava la base d'asta non era a carattere escludente, sicché l'appellante avrebbe dovuto fare domanda di partecipazione per potere acquisire legittimazione all'impugnazione. Non avendola fatta il ricorso sarebbe inammissibile; b) il ricorso sarebbe comunque improcedibile, essendo venuto meno l'oggetto del contendere, posto che la gara, che l'appellante assume come pregiudizievole, è poi andata deserta.

6. L'appellante, pur riconoscendo gli effetti della sopravvenienza in punto di interesse a ricorrere, insiste per la delibazione dell'appello ai fini delle spese alla luce della soccombenza virtuale.

7. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 10 marzo 2022.

8. Risulta dagli atti che la gara, oggetto di contenzioso, è poi andata deserta, giusta attestazione effettuata con deliberazione di ARES 118 n. 95 del 28 gennaio 2022.

9. Alla luce degli esiti della procedura selettiva per cui è causa, il giudizio è certamente divenuto improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, essendo evidente che l'appellante non ricaverebbe alcuna utilità dall'annullamento degli atti di indizione della detta procedura a suo tempo impugnati.

10. Parte appellante insiste però per la condanna alle spese, alla luce del principio di soccombenza virtuale, dicendosi certa della fondatezza delle censure a suo tempo formulate avverso i predetti provvedimenti, e reiterate con l'appello in esame.

11. Ritiene il Collegio che possa accedersi alla richiesta dell'appellante.

11.1. In proposito il Collegio osserva, ovviamente ai soli fini della regolazione delle spese, che:

A) L'eccezione di inammissibilità avanzata dall'Amministrazione è superabile. In forza dell'autorevole pronunciamento dell'Adunanza Plenaria, 26 aprile 2018, n. 4, sono da considerare *“clausole immediatamente escludenti”* solo quelle che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse delle imprese in quanto precludono, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara a un operatore economico.

Sulla base di questa premessa, la Sezione ritiene di dare seguito alla giurisprudenza che considera immediatamente escludente la legge di una gara di appalto che preveda una base d'asta insufficiente

alla copertura dei costi o alla remunerazione del capitale impegnato per l'esecuzione della commessa ovvero che escluda un sia pur minimo margine di utile ed, a maggior ragione, che comporti l'esecuzione in perdita (Cons. Stato, III, 21 febbraio 2019, n. 513; id., III, 26 febbraio 2019, n. 1331; id., V, 25 novembre 2019, n. 8033, e da ultimo Cons. Stato, III, Sez. V, 8 gennaio 2021, n. 284). Nel caso di specie l'appellante ha fornito, anche sulla base di una perizia giurata asseverata, elementi di prova in tal senso, e tanto basta a rendere ammissibile l'impugnativa.

L'onere probatorio ovviamente muta ai fini del merito del giudizio, poiché l'illegittimità della legge di gara sussiste sole se l'impossibilità, che il ricorrente deduce sotto il profilo soggettivo, è comune a qualsiasi delle imprese operanti nel settore. La prova da fornire in tal caso concerne, dunque l'oggettiva e generalizzata impossibilità di una partecipazione remunerativa, qualunque sia il modello organizzativo adottato.

B) Da un esame degli atti e dell'evoluzione della vicenda contenziosa, può dirsi che l'appellante sia riuscito nella prova della quale si è or ora fatto cenno. Trattasi di un appalto ad alta intensità di manodopera, bandito con una base d'asta che non tiene conto del rinnovo contrattuale, e comportante, secondo i calcoli forniti dall'appellante, un incremento del costo del lavoro di circa il 7,50% (sono stati previsti aumenti retributivi così specificati: - autista € 89,72; - infermiere € 107,26; 2 - ausiliario € 78,25). La contestazione mossa dall'odierna appellante nell'ambito del giudizio di primo grado relativa all'incongruenza della base d'asta, lungi dall'essere, secondo quanto ritenuto dal Tar *“una doglianza non condivisibile perché di contenuto meramente prognostico e basata su conteggi effettuati dalla stessa ricorrente”* era, al contrario, supportata da oggettivi dati economici essendo l'appellante, affidataria uscente dell'intero servizio oggetto dei 5 lotti dell'odierna gara, e avendo la stessa prodotto, nel giudizio di primo grado, una perizia giurata asseverata (cfr. doc. 9 del foliaro di prime cure) dei costi connessi agli incrementi disposti dalla contrattazione collettiva.

Inoltre, non può sottacersi che la conferma della bontà della tesi sostenuta dall'appellante è pure arrivata *ex post* dal mercato, posto che nessun operatore ha inteso fare domanda di partecipazione alla gara, evidentemente valutando l'appalto come non economicamente sostenibile. Conclusione, quest'ultima, che pur non essendo certificata o certificabile, appare al Collegio del tutto verosimile secondo l'*id quod plerumque accidit*, alla luce della diffusa presenza di operatori economici in linea di massima interessati alla partecipazione di gare nel settore del trasporto sanitario d'urgenza, e alla mancata dimostrazione della sussistenza di ragioni in via generale impeditive della partecipazione, diverse dal fattore prezzo stigmatizzato dall'appellante.

12. Il Collegio ritiene dunque equo, alla luce di quanto sopra considerato, applicare il principio di soccombenza virtuale ai fini della regolazione delle spese del doppio grado. Nondimeno il Collegio ritiene che non debba trascurarsi che la prova effettiva, di carattere dirimente, è giunta *ex post*, nelle more del giudizio, e che in assenza della stessa era oggettivamente difficile, per l'Amministrazione, discernere, *ex ante*, tra profili soggettivi delle ragioni del ricorrente (legati alla propria organizzazione, pur sperimentata da anni) e profili oggettivi e assoluti di impedimento, come tali potenzialmente in grado di condizionare e far desistere qualsivoglia operatore di mercato, anche il più efficiente e meglio organizzato. Siffatta circostanza depone per una correzione del principio di soccombenza a mezzo di una parziale compensazione delle spese, nella misura di cui in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, dichiara improcedibile il giudizio.

Condanna l'amministrazione alla refusione di parte delle spese di lite sostenute dall'appellante per il doppio grado, forfettariamente liquidate in €. 3.000, oltre oneri di legge. Le compensa per il resto.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere
Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE
Giulio Veltri

IL PRESIDENTE
Raffaele Greco

IL SEGRETARIO