



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 Cod. proc. amm.
sul ricorso numero di registro generale 8969 del 2013, proposto da:
Netgroup s.r.l., nella persona dell'amministratore in carica, rappresentato e difeso
dall'avv. Giovanni Leone, con domicilio eletto presso Giovanni Leone in Roma,
via Principessa Clotilde, 2;

contro

S2i Italia s.r.l., nella persona dell'amministratore in carica, rappresentato e difeso
dall'avv. Antoniofranco Todaro, con domicilio eletto presso Antoniofranco
Todaro in Roma, via Pinerolo, 22;

nei confronti di

Università degli Studi di Salerno, nella persona del rettore in carica, rappresentato e
difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei
Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO: SEZIONE I n. 01965/2013, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di manutenzione software di postazioni informatiche

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società S2i Italia a r.l. e dell'Università degli Studi di Salerno, appellante incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2014 il Cons. Vito Carella e uditi per le parti gli avvocati Leone, Montanari per delega di Todaro e l'avvocato dello Stato Palmieri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

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

FATTO

I.- L'Università degli Studi di Salerno ha indetto una gara a procedura aperta del valore complessivo di € 400.000,00 con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento del servizio quadriennale di manutenzione delle postazioni informatiche di Ateneo che, in esito al giudizio positivo di anomalia, è stato definitivamente aggiudicata con contratto stipulato in data 5 ottobre 2012 alla vittoriosa Netgroup s.r.l., decorso il termine dilatorio.

Risulta dalla sentenza appellata che il Tribunale amministrativo regionale di Salerno ha accolto il ricorso (notificato il 15 ottobre 2012 e depositato il successivo giorno 24) come proposto dalla seconda offerente S2i Italia s.r.l., con assorbimento delle altre censure, avendo ravvisato persuasivo il ragionamento della ricorrente originaria secondo cui sarebbe stato unicamente indicato il costo di 384 ore, pari ad € 5.653,26, corrispondente, in realtà, ad un solo anno di servizio e non - come

erroneamente indicato - all'importo necessario a "coprire" l'intero servizio straordinario per tutta la durata dell'appalto (quattro anni), che, sulla base dei valori esposti dalla stessa aggiudicataria, sarebbe stato pari a € 21.785,60 (€ 14,72 costo medio ora straordinario x 1.480 totale ore straordinario offerte).

Specularmente sono state disattese dai primi giudici le osservazioni dell'aggiudicataria resistente [per la quale le ore di straordinario garantite dal responsabile tecnico di presidio, al quale si doveva applicare la retribuzione del CCNL di riferimento, erano 96 all' anno, mentre veniva garantita la copertura delle altre ore di straordinario (274) dai due tecnici di presidio, che avrebbero goduto di una particolare flessibilità contrattuale (a progetto), con compenso da riguardarsi quale omnicomprensivo], dato che, pur prima (art. 63 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 - *Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30*) e dopo la legge "Fornero" (l. 28 giugno 2012, n. 92 - *Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*), per il principio di proporzionalità (rispetto alla qualità e alla quantità del lavoro eseguito e non a quello della sufficienza), il compenso da erogarsi ai collaboratori a progetto deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito, e deve tenere conto dei compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto sulla base di specifico progetto.

Di conseguenza, i giudici di prima istanza hanno dichiarato l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria (*"di cui non vi è traccia nelle allegazioni di parte, con conseguente condanna, a titolo di risarcimento in forma specifica, ad aggiudicare la gara alla ricorrente, a titolo di seconda graduata, non sussistendovi ragioni ostantive. Per l'eventualità che - nelle more del giudizio - il contratto fosse stato già anche solo parzialmente eseguito, la ricorrente è facultata ad attivare giudizio di ottemperanza per conseguire, alla luce delle eventuali sopravvenienze in fatto, il risarcimento per equivalente nel quantum a determinarsi"*).

2.- La sentenza è criticata dalla società appellante a mezzo di tre censure per violazione del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (art. 86, comma 2 e 3), e del Codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (artt. 40, 63 e 64, 12 e 122), nel merito opponendo invece l'errore di prospettiva in cui sarebbe incorsa la pronuncia, giacché le ore di straordinario (370) offerte nel progetto tecnico erano da intendersi a copertura di tutto l'anno, e potevano (come attualmente possono) essere svolte sia dal responsabile tecnico (fino a 96 ore anno, 384/4), che dal restante personale assunto con contratto a progetto (ossia contratto "*chiuso*" omnicomprensivo) cui comunque è stato computato un costo straordinario forfettario di € 25 al mese (non già come affermato ad anno).

Ha svolto appello incidentale autonomo, adesivo alla posizione della società appellante, l'amministrazione universitaria la quale, con tre ragioni di doglianza, ha lamentato l'erronea declaratoria di inefficacia del contratto (non potendo il giudice amministrativo operare autonomamente la verifica della congruità dell'offerta presentata o di sue singole voci, peraltro in una gara ad offerta migliorativa che, ove annullata, andrebbe nel caso rinnovata e non costituire di per sé titolo ad ottenere l'appalto da parte dell'impresa seconda graduata); ha censurato l'inesatto accoglimento del ricorso (per giurisprudenza costante, la valutazione dell'anomalia deve essere complessiva, le tabelle ministeriali non sono vincolanti, il bando ha richiesto ed è stata oggetto di valutazione in gara la messa a disposizione di 370 ore nei quattro anni come tetto massimo di chiamate straordinarie richiedibili all'impresa ma non è detto che ciò accada e comunque il disallineamento impropriamente addebitato viene a corrispondere ad appena un 2,15% rispetto ai costi preveduti dall'offerta); ha denunciato l'illegittimo riconoscimento ipotizzato del danno per equivalente (per di più indimostrato).

Con la memoria depositata il 17 gennaio 2014 la società appellata ha contrapposto la tardività dell'appello incidentale e l'infondatezza dell'appello, riproponendo altresì i motivi dichiarati assorbiti in primo grado (tra i costi del personale non sono stati stimati gli oneri relativi alle sostituzioni del personale assente e per il costo/mese stimato di acquisto del carburante, e la sottovalutazione del "costo del lavoro" rappresenta di per sé violazione dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità).

III.- Alla Camera di Consiglio del 21 gennaio 2014 la causa è stata trattenuta in decisione immediata, preavvertite le parti.

DIRITTO

1.- La presente decisione viene assunta in forma semplificata, a termini degli artt. 60 e 74 Cod. proc. amm., dopo aver accertato la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, preavvertite le parti, essendo chiara la situazione di fatto nei suoi punti di riferimento e nella problematica dibattuta.

La questione controversa si incentra sul giudizio di anomalia concluso positivamente per la società appellante nella gara espletata dall'Università degli studi di Salerno per l'affidamento del servizio quadriennale di manutenzione delle postazioni informatiche dell'ateneo.

L'appello va accolto e la sentenza merita di essere riformata.

2.- Preliminarmente va esaminata l'opposizione sollevata dalla società appellata di tardivo deposito dell'appello incidentale, nell'assunto che *"nella fattispecie in esame, mentre le notifiche dell'appello incidentale de quo sembrerebbero essersi perfezionate in data 24 dicembre 2013, il deposito dello stesso è stato effettuato solamente in data 03.01.2014, quindi ben oltre i cinque giorni previsti ex lege"*.

Contrariamente a quanto prospettato, detto appello è invece rituale, essendo stato proposto dalla difesa statale in via autonoma a tutela di un interesse proprio

dell'Università di Salerno, nell'osservanza degli ordinari termini di impugnazione e di deposito dimidiati in quindici giorni.

3.- Nel merito va messo in luce che, nel presente giudizio, è controversa l'anomalia dell'offerta in ordine alla quale – per consolidata giurisprudenza – l'amministrazione gode di ampia discrezionalità, per cui la sua valutazione, espressione di apprezzamento tecnico-discrezionale, inerente al merito amministrativo, è insindacabile in sede di legittimità se non per aspetti di manifesta irrazionalità o evidente travisamento dei fatti.

Nello specifico, tali circostanze lumeggiate dal giudice di prima istanza su aspetti marginali e di dettaglio della singola voce, in realtà non sussistono solo se si consideri il concreto procedimento svolto per la verifica di attendibilità dell'offerta, dopo gli ulteriori chiarimenti richiesti, in relazione alla valutazione complessiva e globale della proposta migliorativa dell'offerente concretamente intervenuta.

Del resto, senza entrare sulle non convincenti proposizioni della sentenza sui costi della manodopera per le prestazioni straordinarie (€ 5.653,26 per i quattro anni o per anno) e della tipologia lavorativa (a progetto e a chiamata eventuale), è qui sufficiente rilevare come l'importo stesso di questa componente contestata, pur ad anno, non sia tale per la sua esiguità da incidere con immediata evidenza sull'economicità del servizio appaltato ovvero da non poter essere sostanzialmente assorbito dall'utile di impresa oppure da rendere l'offerta economica complessivamente inattendibile quando essa, ai fini di un corretto esercizio in fase di esecuzione del contratto, è stata tangibilmente apprezzata dall'amministrazione universitaria in termini positivi all'esito dello svolto giudizio di anomalia.

4.- Da disattendere sono, infine, i motivi dichiarati assorbiti in primo grado e riproposti in questa sede dalla società appellata con riguardo ai costi asseritamente non stimati per le sostituzioni del personale assente e per gli oneri di acquisto mese del carburante.

Sul punto vale osservare che il costo orario per qualifica dei lavoratori determinato da apposite tabelle del Ministero del lavoro include le sostituzioni; e comunque, nella specie, in cui la squadra a disposizione è composta da tre unità, il bando non ha richiesto che alla chiamata il gruppo di lavoro debba rispondere nella sua unitarietà; il costo del carburante è invece onere strumentale che rientra nelle spese generali e che non ha incidenza alcuna sulla qualità delle prestazioni in appalto.

5.- Conclusivamente, l'appello principale e incidentale vanno accolti e la sentenza riformata, con il rigetto del ricorso in primo grado, atteso che il procedimento di verifica di anomalia, essendo improntato alla collaborazione tra l'amministrazione appaltante e l'offerente, non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando invece ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto.

Per la particolarità della fattispecie, sussistono validi motivi per disporre la compensazione integrale tra le parti delle spese di lite relative al doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto (ricorso numero: 8969/2013), accoglie l'appello principale e incidentale e, per l'effetto, a riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale di Salerno n. 1965 del 2013, respinge il ricorso in primo grado.

Spese compensate del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Vito Carella, Consigliere, Estensore

Claudio Contessa, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/05/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)