



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1857 del 2013, proposto da:

Eurosafety Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, sig. Enrico Dri, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luca Ponti, Luca De Pauli e Luisa Acampora, con domicilio eletto presso lo Studio legale Abbamonte in Napoli, viale Gramsci, n. 16;

contro

Università degli Studi di Napoli Federico II, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, nei cui uffici domicilia in Napoli, via A. Diaz, n. 11;

nei confronti di

- Security Service Sistemi Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Abbamonte, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Napoli, via Melisurgo, 4;
- Team Service Soc. cons. a r.l., in persona del presidente legale rappresentante *pro tempore* Graziano Delfino, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Sanino, Lorenzo Aureli e Mario Barretta, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Napoli, via Duomo n. 314;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

«a) del Decreto del Dirigente della Ripartizione Attività Contrattuale e Relazioni con il Pubblico n. 32 d.d. 12 marzo 2013, comunicato a mezzo fax in pari data, con il quale sono stati approvati gli atti della Commissione di gara (Gara indetta dal Polo ST 2/S/2010 (UGCS 2/S2013) ad oggetto "Servizio di portierato, Custodia e Guardania delle strutture afferenti il Polo") ed è stata disposta la esclusione della ricorrente, per ravvisata anomalia all'esito della verifica eseguita ex art. 86, co. 2 d.lgs. 163/2006; b) dei presupposti verbali di gara (con particolare riferimento a quelli dal n. 14 d.d. 12 aprile 2012 in poi); c) del provvedimento con il quale è stato disposto lo scrutinio di anomalia della offerta della seconda classificata, Team Service Soc. Cons. a r.l., successivamente esclusa; d) del provvedimento con il quale è stato disposto lo scrutinio di anomalia della offerta della terza classificata, Security Service Sistemi S.r.l.; e) del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, assunto in data 22 febbraio 2013 (e non comunicato) f) del provvedimento del C.d.A. d.d. 22 marzo 2013, con cui è stata deliberata la aggiudicazione definitiva della procedura di gara ad oggetto "Servizio di portierato, Custodia e Guardania delle strutture afferenti il Polo" alla controinteressata Security Service Sistemi S.r.l., per un costo agente/h pari a E 15,89 oltre IVA per un numero stimato di ore per il triennio pari a complessive 252.000) ed un importo stimato triennale pari a E 4.004.280,00 oltre IVA, oneri per la sicurezza derivanti da rischi interferenziali pari a zero, comunicato a

mezzo fax di pari data; g) per quanto di interesse e di ragione, del Bando di Gara, del Disciplinare di Gara e del Capitolato Speciale di Appalto; h) di tutti gli altri atti comunque connessi, presupposti e conseguenti a quelli come sopra indicati, ivi compresi quelli eventualmente nelle more emanati;

e per la declaratoria della nullità e/o inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato in relazione alla procedura aperta de qua tra la Stazione appaltante ed i contro interessati,

nonché per il risarcimento dei danni tutti, patiti e patienti dalla ricorrente a fronte ed in conseguenza dell'operato della Amministrazione resistente nella procedura di selezione per cui è ricorso, con conseguente condanna della medesima al risarcimento dei danni tutti cagionati alla ricorrente, con preferenza del ristoro in forma specifica».

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, della Security Service Sistemi S.r.l. e della Team Service Soc. cons. a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Data per letta nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2013 la relazione del dott. Francesco Guarracino e uditi l'avv. Ezio Zuppari, per delega dell'avv. Luisa Acampora, per la ricorrente Euro safety S.p.a., l'avv. dello Stato Francesco Paladino per l'amministrazione intimata, l'avv. Ferdinando Migliozi, per delega dell'avv. Andrea Abbamonte, per la Security Service Sistemi S.r.l. e l'avv. Mario Barretta per la Team Team Service Soc. cons. a r.l.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Col ricorso in esame la Euro safety S.p.a. ha impugnato, unitamente agli atti indicati in epigrafe, il provvedimento col quale ne è stata disposta l'esclusione, per ravvisata anomalia dell'offerta, dalla procedura aperta di gara indetta dal Polo delle Scienze e delle Tecnologie dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II" avente ad oggetto l'affidamento, all'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di portierato, custodia e guardiana delle strutture afferenti il Polo per la durata di anni tre, con opzione di proroga per un massimo di due anni, per un importo complessivo presunto (eventuale proroga compresa) di € 7.123.200,00 (CIG 051366301E).

Il ricorso è affidato a sei motivi di gravame, con i quali la ricorrente deduce la illegittimità degli atti impugnati per plurimi profili di violazione di legge ed eccesso di potere, domandando il loro annullamento, la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato eventualmente nelle more ed il risarcimento del danno, in forma specifica (mercé condanna dell'amministrazione all'assegnazione in suo favore dell'appalto) ed in subordine per equivalente.

Hanno resistito in giudizio l'Università degli Studi di Napoli "Federico II" e l'aggiudicataria Security Service Sistemi S.r.l., che hanno prodotto memorie difensive e documenti, nonché la Team Service Soc. cons. a r.l. (originaria seconda classificata ed anch'essa esclusa per anomalia dell'offerta, dopo l'esclusione della Euro safety).

Alla camera di consiglio del 6 giugno 2013, fissata per l'esame della domanda cautelare proposta col ricorso, la causa è stata cancellata dal ruolo.

In vista dell'udienza di discussione sono stati prodotti scritti difensivi a sostegno delle rispettive ragioni.

Alla pubblica udienza del 19 dicembre 2013 il ricorso è stato trattenuto in decisione e in data 20 dicembre 2013 è stato pubblicato il dispositivo di sentenza, n. 5966.

DIRITTO

1. Deve preliminarmente essere disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dalla resistente

Università degli Studi di Napoli "Federico II" con riferimento al fatto che l'atto introduttivo del giudizio sarebbe stato notificato esclusivamente a mezzo fax e non anche per via ordinaria, ai sensi dell'art. 52, comma 11, c.p.a.

In realtà, infatti, il ricorso risulta ritualmente notificato a mezzo del servizio postale.

2. – Nel merito, col primo motivo di doglianza la società ricorrente, denunciando violazione dell'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, dell'art. 88 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e dei principi di concentrazione delle operazioni di gara e di ragionevole durata del procedimento, sostiene che la verifica dell'anomalia dell'offerta si sarebbe protratta in maniera abnorme e ingiustificata per una molteplicità di sedute e per un arco di tempo eccessivamente lungo e che ciò avrebbe determinato l'estinzione del relativo procedimento e, di conseguenza, l'obbligo di assumere per congrua la sua offerta e di procedere all'aggiudicazione in suo favore.

La censura è infondata.

Come è noto, il principio di concentrazione e continuità delle operazioni di gara è solo tendenziale e suscettibile di deroga in presenza di ragioni oggettive, tra le quali rientra l'ipotesi di complessità delle operazioni di valutazione delle offerte (*ex ceteris*, cfr. C.d.S., sez. IV, 22 novembre 2013, n. 5542).

Nel caso in esame, la verifica dell'anomalia dell'offerta della società ricorrente si è protratta dal 9 maggio 2012 (verbale n. 15) al 20 luglio 2012 (verbale n. 22), per un totale di otto sedute.

Le giustificazioni prodotte dalla ricorrente in prima battuta erano costituite da quarantadue fogli e ventisette allegati sciolti, non firmati o timbrati, sicché di questi ultimi è stato necessario chiedere un nuovo invio (cfr. verbale n. 15).

Inoltre, la commissione di gara ha consentito il più ampio contraddittorio procedimentale, invitando la ricorrente a fornire chiarimenti su punti specifici delle giustificazioni prodotte (cfr. verbale n. 17), esaminandone, quindi, la nuova serie di scritti e documenti (un fascicolo di trentadue pagine con diciotto allegati: cfr. verbale n. 18) e, infine, provvedendo alla sua audizione, in persona di quattro delegati (cfr. verbale n. 20), le cui ulteriori argomentazioni, insieme a tutto il resto, sono state fatte oggetto di analisi conclusiva nelle ultime due sedute del sub-procedimento.

In definitiva, i lavori si sono protratti innanzitutto a garanzia della pienezza della tutela endoprocedimentale dell'odierna ricorrente, alla quale è stato consentito di fornire ulteriori chiarimenti sia per iscritto, sia in contraddittorio orale, con un inevitabile, ma giustificato, allungamento dei tempi ed un aggravio di lavoro per la commissione, anche in termini di maggior complessità della documentazione da esaminare. Di per sé, inoltre, la valutazione della sostenibilità economica dell'offerta ha richiesto una approfondita analisi di molteplici voci e sottovoci incidenti sul costo del lavoro, di cui è stato dato ampio resoconto nei suddetti verbali. Alla luce di tutto ciò, non può dirsi violato il principio di concentrazione e continuità delle operazioni di gara e la durata delle operazioni di valutazione dell'anomalia dell'offerta della ricorrente è rimasta chiaramente contenuta nei limiti della ragionevolezza.

3. – Con il secondo motivo di impugnazione, la società ricorrente sostiene che la commissione di gara non avrebbe potuto provvedere direttamente alla verifica dell'anomalia dell'offerta, bensì avrebbe dovuto aggiudicare provvisoriamente la gara e rimettere ogni decisione sulla verifica dell'anomalia stessa al responsabile unico del procedimento.

Argomenta che la previsione contenuta al riguardo a pagina 15 del disciplinare di gara sarebbe ambigua e reticente e, perciò, da interpretare alla luce degli artt. 11, 12, 86, 87 e 88 del d.lgs. 163/2006, nonché dell'art. 121 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, nel senso dell'esclusiva competenza del R.U.P. a decidere le modalità della verifica di anomalia e, più precisamente, se procedervi in proprio oppure affidarla a una commissione appositamente nominata ovvero, ancora, alla stessa commissione incaricata della valutazione delle offerte.

Ove tale interpretazione non fosse percorribile, conclude la ricorrente, ad essere illegittima sarebbe la stessa

clausola del disciplinare, con conseguente invalidità derivata degli atti compiuti dalla commissione di gara e, in ogni caso, del decreto di approvazione delle attività di quest'ultima.

Anche questo motivo di ricorso, su cui le parti si sono ampiamente confrontate nei rispettivi scritti difensivi, è infondato.

Occorre anzitutto osservare che, come correttamente obiettato da parte resistente, l'art. 121 del D.P.R. n. 207/2010 non può trovare applicazione al caso in esame, poiché la gara di cui si tratta è stata bandita nel febbraio 2011, mentre l'invocato regolamento di esecuzione ed attuazione del D.lgs. 163/2006 è entrato in vigore nel giugno successivo (cfr. art. 359 del D.P.R. n. 207/2010, che ne fissa l'entrata in vigore centottanta giorni dopo la sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale, avvenuta il 10 dicembre 2010).

Difatti, il principio *tempus regit actum* attiene alle sequenze procedurali composte di atti dotati di propria autonomia funzionale e non anche ad attività interamente disciplinate dalle norme vigenti al momento in cui essa ha inizio, ragion per cui le norme sopravvenienti per le quali non è configurabile alcun rinvio implicito nella *lex specialis* non modificano, di regola, i concorsi già banditi, a meno che diversamente non sia espressamente stabilito dalle norme stesse (cfr. C.d.S., Ad. Plen., 24 maggio 2011, n. 9).

Non occorre, dunque, soffermarsi sulla disposizione in parola, irrilevante ai fini della presente decisione.

Venendo, perciò, direttamente all'esame delle previsioni della *lex specialis*, il disciplinare di gara (un elaborato denominato "Norme di gara", cui la stazione appaltante ha affidato il compito di integrare il bando) prevede, al punto IV.3.8, pagina 15, che, valutate le offerte tecniche e aperte le buste contenenti le offerte economiche, «*la Commissione, quindi, in successiva seduta riservata, procederà all'attribuzione del punteggio per l'offerta economica in base alla formula di cui al punto IV.2.1 lettera B del presente elaborato, a sommare i punteggi relativi alle voci tecniche attribuite e a redigere la graduatoria, all'individuazione e alla verifica delle eventuali offerte anomale ed alla formulazione della proposta di aggiudicazione provvisoria. L'aggiudicazione definitiva sarà effettuata dall'Organo deliberante*».

Come appare evidente dal senso proprio delle parole e senza alcun margine di incertezza o di ambiguità, il disciplinare prepone la medesima commissione già incaricata della valutazione delle offerte, direttamente e senza intermediazione alcuna da parte del R.U.P., anche all'individuazione e alla verifica delle offerte anomale.

La commissione, pertanto, ha agito conformemente a quanto disposto dalla legge di gara.

Residua, allora, l'ulteriore questione se la previsione del disciplinare possa dirsi in contrasto con la legge vigente al momento della sua adozione e, segnatamente, col sistema degli artt. 11, 12, 86, 87 e 88 del d.lgs. 163/2006, anche a prescindere dall'inapplicabilità, *ratione temporis*, dell'art. 121 del D.P.R. n. 207/2010.

Lo sostiene la ricorrente, argomentando, con particolare riferimento al comma 1 bis dell'art. 88 cit., che il regolamento non avrebbe fatto altro che precisare profili che sarebbero stati già indicati dal D.lgs. n. 163/2006 ed invocando, a conforto della tesi per la quale, anche nel regime anteriore all'entrata in vigore del D.P.R. n. 207/2010, la competenza primaria a verificare l'anomalia delle offerte sarebbe spettata, in via inderogabile, al R.U.P. e solo in via ausiliaria e su sua specifica richiesta alla commissione di gara o a una apposita commissione, giurisprudenza dell'Adunanza plenaria e delle Sezioni semplici del Consiglio di Stato (rispettivamente, C.d.S., Ad. plen., 29 novembre 2012, n. 36, e C.d.S., sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 761).

La tesi non merita seguito, alla luce del dato normativo.

L'art. 88 del D.lgs. 163/2006, dedicato al procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse, individua sempre e soltanto nella "stazione appaltante" il soggetto che chiede le giustificazioni e le eventuali precisazioni, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle precisazioni, convoca, se del caso, l'offerente per la sua audizione, seppure con la precisazione, contenuta nel comma 1 bis, che essa «*ove lo ritenga opportuno, può*

istituire una commissione secondo i criteri stabiliti dal regolamento per esaminare le giustificazioni prodotte» (sul che si tornerà tra poco); lo stesso dicasi per l'art. 87, che anch'esso (nelle sue varie versioni) ha sempre fatto riferimento esclusivo alla "stazione appaltante", né diversamente avviene quanto all'art. 86.

Per definizione, la "stazione appaltante" è, semplicemente, l'amministrazione aggiudicatrice o il soggetto aggiudicatore (art. 3, comma 33, D.lgs. 163/2006) e, pertanto, quando si fa riferimento ad essa per l'assunzione di provvedimenti e decisioni, ci si riferisce di regola ai suoi organi deliberanti.

Nulla aggiungono al quadro normativo di riferimento gli artt. 11 e 12 dello stesso D.lgs. 163/2006, anch'essi richiamati dalla ricorrente, posto che entrambi non prevedono alcunché di diverso.

In definitiva, le disposizioni del D.lgs. 163/2006 appositamente dedicate alla verifica delle offerte anomale e al relativo procedimento non menzionano affatto la figura del responsabile del procedimento e, pertanto, non gli riservano nessuna competenza in materia.

Vero è, invece, che l'art. 10 del D.lgs. 163/2006 stabilisce che *«il responsabile del procedimento svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti»*.

A ben vedere, tuttavia, la norma gli riconosce in tal modo una competenza di tipo residuale, non una competenza di carattere generale limitata solo da espresse deroghe di legge.

Lo chiarisce la lettura del successivo comma terzo, il quale introduce un elenco di compiti tipici del R.U.P. (tra cui non figura la verifica dell'anomalia delle offerte, ma la generica funzione di curare il corretto e razionale svolgimento delle procedure) affermando che *«in particolare, il responsabile del procedimento, oltre ai compiti specificamente previsti da altre disposizioni del presente codice: a) formula proposte...ecc.»*: l'inciso palesa che per volontà del legislatore, oltre ai compiti indicati nell'elenco, spettano inderogabilmente al responsabile del procedimento soltanto i compiti che sono "specificamente" previsti da altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, tra le quali, come si è visto, non vi è alcuna norma che conferisca al R.U.P. competenza sulle verifiche dell'anomalia (come avviene, al contrario, per competenze diverse: cfr. ad esempio art. 90, comma 6; art. 91, comma 2; art. 97, comma 7; art. 119, comma 1; art. 122, comma 7 ecc.).

Ciò è tanto più vero, in quanto il comma 4 dello stesso art. 10 stabilisce che *«il regolamento individua gli eventuali altri compiti del responsabile del procedimento»*: la qual cosa sarebbe, con tutta evidenza, superflua se la competenza del R.U.P. fosse, in principio, generale ed inderogabile.

Quando, perciò, all'art. 10, comma 2, il legislatore afferma che il responsabile del procedimento svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal codice che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti, vuole dire che al R.U.P. spettano in via residuale i compiti che la stessa legge o la stazione appaltante, nella sua autonomia, non abbiano deciso di assegnare ad altri organi o soggetti: e, per quanto qui interessa, la legge consente senz'altro agli organi decisionali della stazione appaltante, in base al citato art. 88, comma 1 bis, di istituire, se lo ritengano opportuno, una commissione per esaminare le giustificazioni prodotte.

Ciò posto, non vi è alcuna ragione logica o giuridica per ritenere che la stazione appaltante, alla stregua del (solo) codice dei contratti, non potesse assegnare il compito di esaminare le giustificazioni alla stessa commissione di gara nominata per la valutazione delle offerte e che non potesse farlo già a monte, nella *lex specialis* di gara.

Manca, infatti, nel codice dei contratti – giova ripeterlo – una previsione analoga a quella sopravvenuta recata dall'art. 121 del suo regolamento di esecuzione, che per gli appalti di lavori prevede che sia il responsabile del procedimento a procedere alla verifica delle giustificazioni presentate dai concorrenti, avvalendosi degli uffici od organismi tecnici della stazione appaltante ovvero della commissione di gara ove costituita (cfr. art. 121, commi 2 e

10, del DPR n. 207/2010, nonché comma 4 per la richiesta di nomina di apposita commissione).

E' l'art. 121 del D.P.R. cit., infatti, ad avere "inciso in modo decisivo sulla questione", come rileva *in limine* l'Adunanza plenaria nella pronuncia invocata dalla ricorrente (C.d.S., Ad. plen., n. 36/2012, § 1.2 della motivazione), e ciò gli è stato consentito dalla summenzionata previsione dell'art 10, comma 4, del D.lgs. n. 163/2006.

Tuttavia, come già detto, l'art. 121 del D.P.R. n. 207/2010 non si applica, *ratione temporis*, alla fattispecie in esame e, d'altronde, esso è dettato per le procedure di affidamento di lavori (e di appalto di lavori era anche la controversia esaminata dalla Adunanza plenaria), mentre il caso del quale si controverte in questa sede è relativo ad un appalto di servizi (servizio di portierato, custodia e guardiania).

Per tutte queste ragioni, l'impugnata clausola del disciplinare di gara è immune dai vizi prospettati e la censura va, conclusivamente, respinta.

4. - Col terzo motivo di ricorso, la ricorrente sostiene che la commissione di gara avrebbe ingiustificatamente assunto ad elemento sintomatico dell'inaffidabilità dell'offerta la modificazione delle giustificazioni (ad offerta invariata) di cui la ricorrente si sarebbe legittimamente avvalsa e lamenta la violazione del principio secondo cui l'attendibilità dell'offerta deve essere valutata nella globalità e non invece soffermandosi su singoli profili.

Le censure sono infondate.

Il giudizio negativo sulla congruità dell'offerta della ricorrente, conclusivamente espresso dalla commissione nella seduta del 20 luglio 2012, non è fondato sul valore sintomatico dell'inaffidabilità dell'offerta che sarebbe riconoscibile alla presentazione di plurime ipotesi alternative di giustificazione basate su modelli organizzativi significativamente diversi, bensì sulla sostenibilità dell'offerta nel suo insieme con riferimento alla questione della copertura economica del costo del personale (costituente voce di gran lunga predominante) per le 6.789 ore annuali eccedenti il monte ore annuo della commessa. Per la commissione di gara, infatti, ciò "erode l'utile e determina un bilancio negativo e quindi una perdita per l'azienda" pari a € 89.765,73 annui, soggiungendo, per completezza, che ad analoga conclusione si dovrebbe pervenire anche se "per mera ipotesi" potessero portarsi in detrazione le economie dichiarate dalla ricorrente nelle precisazioni (ad esempio, un costo pari a zero per le 6.000 ore annuali offerte a titolo di migliororia), in quanto si produrrebbe, comunque, una perdita d'esercizio, nella misura di € 22.065,73 (cfr. verbale di gara n. 22 del 20 luglio 2012).

Pertanto, le summenzionate censure non trovano riscontro nel giudizio concreto espresso dalla commissione.

5. - Con il quarto motivo d'impugnazione, la ricorrente deduce che la valutazione di anomalia della sua offerta sarebbe affetta da macroscopici errori di giudizio, frutto di una errata applicazione delle norme di legge e di contratto in materia di determinazione del costo del lavoro, oltre che da palesi contraddizioni tra quanto deliberato in conclusione dei lavori dalla Commissione e quanto dalla stessa sostenuto nel corso dei medesimi lavori.

Sostiene la ricorrente che il reale costo dell'esecuzione annuale dell'appalto ammonterebbe a € 1.235.525,00 (anziché a € 1.395.965,73 come indicato dalla commissione di gara) che, al netto delle economie di spesa che sarebbero state riconosciute dalla stessa commissione di gara, si ridurrebbero a € 1.223.025,00, consentendo di avere un utile annuo di impresa pari a € 83.175,00, vale a dire il 6,4% del corrispettivo dell'appalto.

A questo risultato si perverrebbe, in sintesi, attraverso i seguenti passaggi:

- una prima riduzione del costo del lavoro nella misura del 10%, grazie alla riduzione di quattro voci di costo (premio Inail; rivalutazione TFR; percentuale di adesione al Fondo di previdenza complementare; aliquota IRAP aziendale) sulla base di rilievi e delucidazioni prospettati dalla ricorrente che, sebbene accolti dalla commissione, quest'ultima non avrebbe considerato;
- un'ulteriore riduzione del costo del lavoro del 7,5% rispetto alla misura sopra rideterminata, nonché l'azzeramento

del costo delle 6.000 ore di prestazioni aggiuntive, essenzialmente applicando ai lavoratori a tempo pieno in carico alla società uscente, da assorbire dall'aggiudicatario, il regime orario contrattuale di 45 ore settimanali (ai sensi dell'art. 32 del CCNL per il personale dipendente da imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati/multiservizi), anziché di 40 ore, a retribuzione mensile invariata e riparametrando di conseguenza il regime orario dei lavoratori part-time, il che determinerebbe, a parità di costo, 5 ore settimanali in più, oltre la quarantesima ora, per ogni lavoratore (considerando i diciassette lavoratori part-time come 12,5 lavoratori a tempo pieno); del che, secondo quanto denunciato dalla ricorrente a pag. 25 dell'atto introduttivo, la commissione non avrebbe tenuto alcun conto;

- la determinazione del costo complessivo per lavoro notturno o festivo sulla base del costo medio orario risultante dalla suddette riduzioni, anziché sul costo tabellare adoperato dalla commissione di gara.

Dalla lettura dei verbali di gara emerge la perplessità della commissione di gara allorché, per la prima volta, l'odierna ricorrente ha prospettato, come possibile soluzione per la copertura del costo del personale per le suddette 6.000 ore/anno, l'espansione dell'orario settimanale contrattuale a 45 ore senza oneri aggiuntivi per l'azienda.

Afferma infatti la commissione, a pag. 3 del verbale n. 18 del giorno 15 giugno 2012, che *"preso atto che a pag. 3 della Relazione tecnica l'Azienda dichiara di "...riassorbire il personale attualmente impiegato" esponendo una tabella che ripropone per il personale attualmente in servizio il medesimo livello retributivo e il medesimo monte ore contrattuale e preso atto altresì della dichiarata maggiore produttività che consentirebbe all'attuale forza lavoro di svolgere mediamente in un anno circa 90.789 ore a fronte delle 84.000 richieste dal Bando (corrispondenti a 6.789 ore in più), non è chiaro alla Commissione come sia conciliabile un numero medio annuo maggiore di ore effettivamente lavorate con la conservazione degli attuali livelli retributivi e l'attuale monte ore e inquadramento contrattuale del personale attualmente in servizio"*.

In successiva sede di contraddittorio orale (cfr. verbale n. 20 del 29 giugno 2012) la ricorrente ha così inteso chiarire il dubbio della commissione: *"Il ricorso a prestazioni di lavoro supplementare o straordinario nonché a benefici contributivi (quali ad es. quelli ex art. 8 comma 9 L.407/90, menzionati negli originali chiarimenti), assumono una valenza sussidiaria rispetto alla gestione dell'orario contrattuale consentito dal CCNL. Infatti Eurosafety per una scelta di natura relazionale e sostanzialmente esclusivamente di prudenza ha sin qui inteso, nei giustificativi prodotti, non inserire nei prospetti di calcolo, i consistenti benefici economici derivanti da una omogenea applicazione a tutti i lavoratori full time delle previsioni di cui all'art. 32 del ccnl. Ciò non toglie che ai fini della presente verifica dell'anomalia, l'impresa possa in questa sede sostanziare ed affermare la possibilità di utilizzo del suddetto strumento contrattuale e la conseguente disponibilità economica ultronea ed aggiuntiva rispetto a quelle sino ad oggi previste nei piani di calcolo consegnati alla commissione. Infatti l'applicazione dei dettami di cui all'articolo 32 fa sì che, fermo restando la facoltà aziendale di richiedere prestazioni sino a 45 ore contrattuali per i full time, l'adempimento dell'esecuzione del 6000 ore aggiuntive, ove richieste, possa avvenire attingendo al predetto monte ore contrattuale a spesa invariata e ad utile conseguentemente aumentato"*.

Orbene, è palese come nella soluzione così da ultimo prospettata in sede di gara la ricorrente non abbia fatto riferimento alcuno alla rideterminazione in aumento anche del regime orario dei lavoratori part-time impiegati dal gestore uscente del servizio (in numero di diciassette) alla quale, invece, si fa riferimento espresso nel ricorso in esame (a pag. 24, dove, parlandosi di corrispondente riduzione in percentuale rispetto all'orario settimanale di lavoro di 45 ore degli impiegati a tempo pieno, ci si intende riferire ad un riproporzionamento dell'orario part-time in corrispondenza all'aumento dell'orario full-time da 40 a 45 ore; nonché a pag. 25, dove più cripticamente si considerano i diciassette lavoratori part-time come 12,5 lavoratori a tempo pieno) e che è ancor meglio chiarita nella memoria di replica depositata dalla ricorrente il 7 dicembre 2013.

Il citato verbale di gara del 29 giugno 2012, che fa piena prova fino a querela di falso, attesta, infatti, che in quella sede (punto 4, pag. 4) la ricorrente ha invocato semplicemente “*i consistenti benefici economici derivanti da una omogenea applicazione a tutti i lavoratori full time delle previsioni di cui all'art. 32 del ccnl*”, senza far menzione dei lavoratori part-time se non con riferimento ad altra questione ed in maniera generica (cfr. pag. 3, punto 3, in relazione alla questione dell’assunzione a tempo indeterminato degli operatori in carico al gestore uscente del servizio, dove si legge che “*Eurosafety chiarisce che tale è il proprio intendimento attraverso la stipula di nuovo contratto di lavoro alle condizioni tutte consentite dalla legge e nel rispetto del monte ore contrattuale ove full time ed individuale ove part-time*”).

L’intendimento di giustificare il costo delle 6.000 ore di prestazioni aggiuntive anche attraverso una corrispondente proporzionale rideterminazione delle ore di lavoro dei lavoratori part-time non è stato, dunque, manifestato alla commissione di gara, nei termini espressi, chiari ed univoci che sarebbero stati necessari, bensì prospettato soltanto nella presente sede giurisdizionale.

Conseguentemente, a ben vedere, con il motivo di ricorso in esame la ricorrente finisce, in realtà, per sollecitare un non consentito riesame in questa sede della anomalia dell’offerta, alla luce di giustificazioni parzialmente nuove.

Per tale ragione, il motivo va nel complesso dichiarato non ammissibile.

6. – Resistendo il provvedimento di esclusione della ricorrente alle censure che si sono esaminate, deve essere respinto il sesto motivo di ricorso, per la parte in cui la ricorrente denuncia l’illegittimità derivata di tutti gli atti di gara successivi alla propria esclusione.

Per quanto riguarda l’impugnazione, affidata allo stesso motivo di ricorso, della aggiudicazione provvisoria in favore della Security Service Sistemi S.r.l. per vizi propri (nonché della aggiudicazione definitiva, in via derivata), essa si palesa anzitutto improcedibile alla luce del rigetto delle censure rivolte all’esclusione della ricorrente, la quale non potrebbe giovarsi, perciò, dell’eventuale esclusione della controinteressata, che determinerebbe soltanto uno scorrimento ulteriore della graduatoria.

Peraltro, poiché si tratta di impugnazione affidata alla medesima contestazione del *modus procedendi* stabilito dalle “Norme di gara” al punto IV.3.8, pagina 15, che è stata esaminata e respinta al precedente § 3, il gravame è altresì infondato nel merito, per le stesse ragioni ivi già esposte.

7. – In conclusione, la domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati deve essere respinta, siccome infondata.

Non sussistendo, di conseguenza, l’ingiustizia del pregiudizio lamentato, deve essere, altresì, respinta la domanda di risarcimento del danno.

8. – Quanto alle spese di giudizio, nella complessità delle questioni esaminate si ravvisano giusti motivi per la loro integrale compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe (n. 1857/13), lo respinge. ---

Spese compensate. ---

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente FF

Francesco Guarracino, Consigliere, Estensore

Brunella Bruno, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/01/2014

IL SEGRETARIO

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