



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3620 del 2013, proposto da:

società Telecom Italia S.p.A., con sede in Milano, Piazza Affari 2, in persona del procuratore speciale legale rappresentante p.t. avv. Giovanni Venditti, giusta atto per Notar Maria Chiara Bruno in Roma del 28.6.2013 (Rep. 27863; Racc. 10120), in proprio e nella qualità di mandataria del RTI Telecom Italia s.p.a. Technomind s.p.a. — Sirti s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Rallo, con domicilio eletto in Napoli, Piazza della Repubblica, 2;

contro

la Regione Campania, in persona del Presidente p.t. della giunta regionale, rappresentata e difesa dall'Avvocatura regionale (avv. Almerina Bove), con domicilio eletto presso la sede dell'Ente, in Napoli, via S. Lucia, 81 in Napoli;

nei confronti di

della società Fastweb S.p.A., società a socio unico soggetta all'attività di direzione e coordinamento di Swisscom AG, con sede in Milano, Via Caracciolo n. 51, in persona dei legali rappresentanti p.t. dott.ri Giovanni Moglia e Alberto Calcagno, e per Selcom S.r.l., con sede in Casavatore (NA), in persona del legale rappresentante p.t., amministratore unico dott. Massimo D'Esposito, rappresentate e difese dagli avv.ti Andrea Guarino, Elenia Cerchi e Giuseppe Russo ed elettivamente domiciliate presso lo studio di quest'ultimo in Napoli, Via Cesario Console n. 3 (Studio Legale Giasi & Russo);

sul ricorso numero di registro generale 3924 del 2013, proposto da:

società International Trading Device s.r.l., in persona dell'amministratore delegato e legale rappresentante p.t., dott. Carlo Brigada, con sede in Milano alla Via Montecuccoli, 36, rappresentata e difesa unitamente e disgiuntamente, in virtù di procura speciale per Notaio Vilma Marsala in Milano Rep. n. 27251 del 2 settembre 2013, dall'avv. prof. Giovanni Leone e dall'avv. Benedetta Leone e con gli stessi elettivamente domiciliata in Napoli al Viale A. Gramsci, 23;

contro

la Regione Campania, in persona del Presidente p.t. della giunta regionale, rappresentata e difesa dall'Avvocatura regionale (avv. Lidia Buondonno), con domicilio eletto presso la sede dell'Ente, in Napoli, via S. Lucia, 81 in Napoli;

nei confronti di

della società Fastweb S.p.A., società a socio unico soggetta all'attività di direzione e coordinamento di Swisscom AG, con sede in Milano, Via Caracciolo n. 51, in persona dei legali rappresentanti p.t. dott.ri Giovanni Moglia e Alberto Calcagno, e per Selcom S.r.l., con sede in Casavatore (NA), in persona del legale rappresentante p.t., amministratore unico dott. Massimo D'Esposito, rappresentate e difese dagli avv.ti Andrea Guarino, Elenia Cerchi e Giuseppe Russo ed elettivamente domiciliate presso lo studio di quest'ultimo in Napoli, Via Cesario Console n. 3 (Studio Legale Giasi & Russo);

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 3620 del 2013:

quanto al ricorso introduttivo:

del provvedimento di aggiudicazione, qualificata come provvisoria, di cui al Decreto Dirigenziale n. 6 del 24.6.2013 (comunicato via PEC il 27.6.2013) con il quale il Dirigente del Settore A.G.C. 6, Area Generale di Coordinamento della Regione Campania ha approvato gli esiti della Procedura Aperta pubblicata sulla GUUE n. 132 del 12.7.2012 per l'affidamento del Servizio di Gestione e Manutenzione delle Reti Telematiche e dei Sistemi di Elaborazione del Sistema Informatico Regionale della Giunta Regionale della Campania (CIG 3659636B27; Importo a base d'asta Euro 7.350.000,00 Durata 3 anni), con aggiudicazione in favore dell'RTI Fastweb; B) della lex specialis della gara, con particolare riferimento al Bando, al Disciplinare di Gara ed al Capitolato Speciale di Appalto, nella parte in cui dovessero risultare lesivi, approvati con il Decreto Dirigenziale n. 18 del 3.7.2012, che pure si impugna per quanto di ragione, pubblicato sul BURC n. 42 del 9.7.2012; C) ove occorra, delle risposte FAQ nn. 30 del 25.9.2012 e 35 del 27.9.2012, nella parte in cui immotivatamente ed erroneamente modificano le precedenti FAQ nn. 13 del 21.9.2012 e 16 del 24.9.2012, consentendo la partecipazione mediante avalimento per le certificazioni di qualità aziendale di cui all'art. 4.2 a pag. 16 del CSA; D) del Decreto Dirigenziale di nomina della Commissione n. 36 del 26.10.2012 (non conosciuto); E) dei Verbali di Gara trasmessi in data 27.6.2013 dal n. 1 al n. 32 e delle valutazioni tecniche ed economiche svolte dalla Commissione, comprese le attribuzioni dei punteggi per l'offerta tecnica e per quella economica ai concorrenti, nonché di ammissione dell'offerta dell'RTI Fastweb e di verifica positiva dell'anomalia dell'offerta economica del medesimo Raggruppamento; F) di ogni altro atto premesso, connesso e conseguenziale, ivi compresa l'eventuale Aggiudicazione Definitiva ed il Contratto di Appalto che, nelle more, dovesse essere stipulato, e per la conseguente Declaratoria di inefficacia dello stesso Contratto;

Quanto al ricorso per motivi aggiunti:

del Provvedimento di Aggiudicazione Definitiva n. 10 del 2.8.2013 (comunicato via PEC il 6.8.2013), intervenuto nelle more, con il quale il Dirigente del Settore A.G.C. 6, Area Generale di Coordinamento della Regione Campania ha approvato in via definitiva gli esiti della Procedura Aperta pubblicata sulla GUUE n. 132 del 12.7.2012 per l'affidamento del Servizio di Gestione e Manutenzione delle Reti Telematiche e dei Sistemi di Elaborazione del Sistema Informatico Regionale della Giunta Regionale della Campania (CIG 3659636B27; Importo a base d'asta Euro 7.350.000,00 Durata 3 anni), con aggiudicazione in favore dell'RTI Fastweb;

nonché degli atti già impugnati con il ricorso introduttivo:

Quanto al ricorso incidentale depositato il 1° ottobre 2013 proposto dalle società Fastweb S.p.A. e Selcom S.r.l., per l'annullamento, previa sospensione:

dell'atto di ammissione alla gara dell'RTI costituendo Telecom-Sirti-Technomind; ed in particolare dei verbali n. 2 e 3 della Commissione di gara; dei verbali dal n. 9 al n. 29, in subordine e nei limiti dell'interesse, con i quali la Commissione di gara ha proceduto ad attribuire il punteggio tecnico dell'offerta dell'RTI costituendo Telecom;

Quanto al ricorso numero di registro generale 3924 del 2013;

quanto al ricorso introduttivo:

a) del decreto n. 10 del 2 agosto 2013 del Dirigente dell'area generale coordinamento A.C.G. 6 Ricerca Scientifica, Statistica, Sistemi informativi e Informatica della Regione Campania, mai comunicato alla ricorrente e pubblicato sul B.U.R.C. n. 48 del 2 settembre 2013, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva a favore del Raggruppamento Temporaneo di Imprese Fastweb s.p.a. e Selcom s.r.l. della gara d'appalto avente ad oggetto il Servizio di gestione e manutenzione delle reti telematiche e dei sistemi di elaborazione del sistema informatico regionale della Giunta Regionale della Campania; b) del decreto n. 6 del 24 giugno 2013 del Dirigente dell'area generale coordinamento A.C.G. 6 Ricerca Scientifica, Statistica, Sistemi informativi e Informatica della Regione Campania ha disposto l'aggiudicazione provvisoria in favore del RTI Fastweb s.p.a. Selcom s.r.l.; c) dei verbali di gara della Commissione giudicatrice da 1 a 32 contenenti le valutazioni sull'offerta tecnica ed economica delle concorrenti e la verifica sull'anomalia dell'offerta presentata dal R.T.I. Fastweb s.p.a. e Selcom s.r.l.; d) del bando, del capitolato speciale e del disciplinare di gara, approvati con decreto dirigenziale della Regione Campania n. 18 del 3 luglio 2012, in parte qua; e) di ogni altro atto preordinato, collegato, connesso e consequenziale, tra cui le FAQ nn. 30 del 25 settembre 2012 e 35 del 27 settembre 2012; e per la consequenziale declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto, ove stipulato.

Quanto al ricorso per motivi aggiunti:

del Provvedimento di Aggiudicazione Definitiva n. 10 del 2.8.2013 (comunicato via PEC il 6.8.2013), intervenuto nelle more, con il quale il Dirigente del Settore A.G.C. 6, Area Generale di Coordinamento della Regione Campania ha approvato in via definitiva gli esiti della Procedura Aperta pubblicata sulla GUUE n. 132 del 12.7.2012 per l'affidamento del Servizio di Gestione e Manutenzione delle Reti Telematiche e dei Sistemi di Elaborazione del Sistema Informatico Regionale della Giunta Regionale della Campania (CIG 3659636B27; Importo a base d'asta Euro 7.350.000,00 Durata 3 anni), con aggiudicazione in favore dell'RTI Fastweb; nonché degli atti già impugnati con il ricorso introduttivo.

Quanto al ricorso incidentale depositato il 1° ottobre 2013 proposto dalle società Fastweb S.p.A. e Selcom S.r.l., per l'annullamento, previa sospensione:

dell'atto di ammissione alla gara dell'RTI costituendo Telecom-Sirti-Technomind; ed in particolare dei verbali n. 2 e 3 della Commissione di gara; dei verbali dal n. 9 al n. 29, in subordine e nei limiti dell'interesse, con i quali la Commissione di gara ha proceduto ad attribuire il punteggio tecnico dell'offerta dell'RTI costituendo Telecom.

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Campania e delle società Fastweb S.p.A. e Selcom S.r.l.;

Visti i ricorsi incidentali proposti dalle società Fastweb S.p.A. e Selcom S.r.l.;

Viste le ordinanze nn. 1591/2013 e 1592/2013 del 10 ottobre 2013, con le quali la Sezione ha accolto le domande incidentali di sospensione degli atti impugnati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2013 il dott. Paolo Carpentieri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

1. Con il ricorso in trattazione, notificato il 23 luglio 2013 e depositato in segreteria il 31 luglio 2013 (nonché con il seguente ricorso per motivi aggiunti notificato il 29 agosto 2013), la società Telecom s.p.a. ha impugnato, deducendo una pluralità di censure di violazione di legge e di eccesso di potere, gli atti, in epigrafe indicati, con i quali la Regione Campania ha aggiudicato alla società controinteressata Fastweb s.p.a. (in a.t.i. con la società Selcom s.r.l.), la gara per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione per tre anni delle reti telematiche e dei sistemi di elaborazione del sistema informatico regionale della giunta regionale, di importo a base d'asta pari a euro 7.350.000,00, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (la società ricorrente si è classificata seconda con il punteggio complessivo di 84,74, con 71,44 punti per l'offerta tecnica e 13,30 punti per il ribasso pari al 7,14% proposto nell'offerta economica, contro i punti 100 attribuiti al raggruppamento controinteressato – 80 per l'offerta tecnica e 10 per il ribasso pari all'11% proposto nell'offerta economica; la terza impresa partecipante – a.t.i. Wind - è stata esclusa per inidoneità dell'offerta con verbale n. 28 del 5 marzo 2012 per punteggio tecnico – punti 17,47 – insufficiente). La società Telecom – precedente affidataria del servizio in proroga fino al 31 novembre 2013 – ha altresì impugnato la *lex specialis* della procedura e le risposte alle “f.a.q.” nn. 13 del 21 settembre 2012 e 16 del 24 settembre 2012 nella parte in cui hanno consentito la partecipazione mediante avvalimento per la certificazione di qualità aziendale di cui all'art. 4.2. (pag. 16) del c.s.a. (capitolato speciale d'appalto).

2. Si sono costituite a resistere in giudizio sia l'amministrazione regionale, sia l'a.t.i. controinteressata Fastweb.

3. Chiamata una prima volta alla camera di consiglio del 12 settembre 2013, la causa è stata rinviata, su istanza delle parti, alla successiva camera di consiglio del 10 ottobre 2013 per dare modo alla parte resistente di proporre ricorso incidentale (con rinuncia d'accordo a tutti i termini liberi processuali a difesa).

4. L'a.t.i. controinteressata Fastweb, vincitrice della gara, ha dunque proposto ricorso incidentale diretto avverso gli atti della procedura nella parte in cui avrebbero omesso di escludere il raggruppamento avversario, per i plurimi motivi in essa azione incidentale sviluppati.

5. Con autonomo ricorso ritualmente notificato e depositato in segreteria la società mandante International Trading Device s.r.l., subentrata alla società Technomind s.p.a. raggruppata temporaneamente alla Telecom s.p.a., ha a sua volta impugnato gli atti di gara, proponendo azioni e ragioni sostanzialmente corrispondenti a quelle già proposte dalla società mandataria Telecom s.p.a. Essa società International Trading Device s.r.l. ha parimenti proposto motivi aggiunti per l'impugnativa della successiva aggiudicazione definitiva. Anche in seno a questo secondo giudizio, iscritto al n. 3924/2013 R.G., la controinteressata società Fastweb s.p.a. ha proposto ricorso incidentale.

6. Alla successiva camera di consiglio del 10 ottobre 2013, con ordinanze nn. 1591/2013 e 1592/2013 in pari data 10 ottobre 2013, la Sezione ha accolto le domande incidentali di sospensione degli atti impugnati, proposte in via incidentale ai ricorsi principali, “*ritenuto, ad un primo esame sommario della lite, che non appaiono privi di elementi di fondatezza i motivi di parte ricorrente concernenti l'adeguatezza dei requisiti di parte resistente e gli esiti della verifica di anomalia dell'offerta Fastweb*”.

7. Alla pubblica udienza del 21 novembre 2013 entrambe le cause sono state chiamate, discusse e trattenute in decisione, con lettura del dispositivo, su richiesta dell'amministrazione regionale.

8. Occorre disporre in primo luogo, come richiesto dalle parti, la riunione dei due ricorsi in trattazione, stante l'evidente connessione oggettiva e soggettiva che li unisce. Quanto alla focalizzazione del tema del decidere e alla definizione dell'ordine di trattazione delle questioni, secondo le indicazioni scaturenti dalla pronuncia della Corte di Giustizia CE (4 luglio 2013, n.C-100/12), in presenza di due azioni reciprocamente escludenti (tra le due sole imprese rimaste in gara) occorre esaminare nel merito tutte le censure introdotte, seguendo l'ordine naturale di esame dei motivi, partendo dalla trattazione del ricorso introduttivo e pervenendo, in caso di sua accoglibilità,

all'esame del ricorso incidentale (altrimenti improcedibile nel caso di esito negativo di quello principale).

9. Il ricorso introduttivo della società Telecom, in uno ai motivi aggiunti successivamente presentati, deve essere giudicato fondato e meritevole di accoglimento, per l'assorbente fondatezza dei motivi inerenti l'inadeguata dimostrazione, da parte del raggruppamento vincitore, dell'effettività dell'avvalimento del requisito delle certificazioni "ad alto livello" di partnership per le tecnologie Cisco System e Juniper Networks, nonché della sostenibilità economica dei costi del personale, in relazione al ribasso proposto. Analoghe conclusioni sono da valere per il ricorso della mandante ITD, sostanzialmente corrispondente, nelle azioni e nelle ragioni proposte e dedotte, a quello della mandataria Telecom (per sintesi, d'ora innanzi le prospettazioni delle ricorrenti saranno trattate in modo unitario, come motivi riferibili all'a.t.i. aggiudicataria). Occorre comunque procedere, per una più compiuta disamina della controversia, alla trattazione, nell'ordine proposto in ricorso, dei diversi motivi di censura.

9.1. L'a.t.i. ricorrente principale sostiene in primo luogo (primo motivo di ricorso) che l'a.t.i. vincitrice avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per carenza del requisito delle certificazioni "ad alto livello" di partnership per le tecnologie Cisco System e Juniper Networks richiesto dal punto 4.2, pag. 16, del capitolato speciale d'appalto, atteso che per tale "requisito soggettivo intrasmissibile" non sarebbe ammesso l'avvalimento (TAR Lazio, sez. I, 24 aprile 2013, n. 4126; AVCP, det. n. 2 del 1° agosto 2012; punto 4.2, pag. 16, del capitolato speciale d'appalto) e, comunque e in via subordinata (primo dei motivi aggiunti), anche ove si volesse optare per l'ammissibilità dell'avvalimento per questo requisito (Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344), perché la società ausiliaria Tecnet s.r.l. si sarebbe limitata (contratto di avvalimento del 16 ottobre 2012) a un mero prestito formale del requisito senza alcun impegno della sua organizzazione aziendale "a gestire un qualsivoglia servizio oggetto dell'appalto", stante anche l'importo minimo del contratto (1.000 euro).

Sul punto, prestata adesione alla tesi più ampliativa e favorevole alla partecipazione (Cons. Stato, sez. III, n. 2344 del 2011 cit.; Id., sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5408; 8 ottobre 2011, n. 5496), merita adesione e deve giudicarsi fondato il secondo profilo del mezzo di censura in esame, con il quale la società ricorrente principale ha posto in luce l'oggettiva insufficienza del contratto di avvalimento con la società ausiliaria Tecnet. Al riguardo la società controinteressata ha replicato, ma in modo non convincente, affermando che Tecnet ha promesso, nel contratto, di mettere a disposizione "*i requisiti nonché tutte le risorse di qualsiasi natura relative ai suddetti requisiti e necessarie alla corretta esecuzione dei servizi oggetto dell'appalto*", sicché non si sarebbe in presenza di un mero prestito formale del requisito, ma non ha fornito spiegazioni sul corrispettivo di soli mille euro pattuito, assumendo che tale profilo non avrebbe dovuto essere nemmeno dichiarato e sarebbe del tutto indifferente ai fini della gara, attenendo esclusivamente ai rapporti interni tra le imprese paciscenti (limitandosi nel merito a dire che il corrispettivo particolarmente basso deriverebbe dal fatto che Fastweb e Tecnet sono partner commerciali abituali e ciò avrebbe consentito di ottenere un prezzo particolarmente vantaggioso, nell'ambito di un accordo quadro di più ampia portata, peraltro non indicato, né depositato in gara, ma richiamato solo in sede difensiva). In senso contrario ritiene il Collegio, in linea con la prevalente giurisprudenza, che l'avvalimento, in specie allorquando, come nel caso di specie, riguarda requisiti non puramente formali e "immateriali", ma requisiti relativi alla qualità dell'organizzazione aziendale, al *know how* e alla dotazione di mezzi strettamente attinenti alla buona riuscita delle prestazioni oggetto dell'appalto, debba poggiare su basi contrattuali solide e certe, oggettivamente idonee a dimostrare la serietà e l'efficacia dell'impegno dell'ausiliaria che, in tali casi, lungi dal costituire una mera obbligazione di garanzia (Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto), impinge direttamente alla capacità concreta dell'impresa partecipante ausiliata di fare fronte adeguatamente alle prestazioni dedotte nel contratto di appalto con l'amministrazione committente (la stessa, citata, pronuncia del Consiglio di Stato, sez. III, n. 2344 del 2011, ha bene

precisato che *“Tuttavia, pur ammettendo l'astratta operatività dell'avvalimento, non può essere trascurata l'evidente difficoltà di dimostrare, concretamente, l'effettiva disponibilità di un requisito che, per le sue caratteristiche, è collegato all'intera organizzazione dell'impresa, alle sue procedure interne, al bagaglio delle conoscenze utilizzate nello svolgimento delle attività. Ne consegue che è onere della concorrente provare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità”*; è peraltro pacifico in giurisprudenza il principio secondo cui l'avvalimento nei requisiti soggettivi di qualità deve essere reale e non formale e che è necessaria la prova che l'impresa ausiliaria non si è impegnata semplicemente a "prestare" il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma ha assunto l'obbligazione di mettere in concreto a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità: Cons. St., sez. III, 29 ottobre 2012 n. 5512; sez. V, 10 gennaio 2013, n. 90; 5 dicembre 2012, n. 6233; 23 ottobre 2012, n. 5408; 18 novembre 2011, n. 6079; 23 maggio 2011, n. 3066; sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340; Tar Campania, sez. II, 13 settembre 2013, n. 4264; Corte di Giustizia UE, sez V, 10 ottobre 2013 - causa C-94/12). Ritiene inoltre il Collegio che debba trovare applicazione anche nei contratti di appalto di servizi l'art. 88 del regolamento del 2010 (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), dove è per l'appunto specificata l'esigenza che il contratto di avvalimento riporti *“in modo compiuto, esplicito ed esauriente, l'oggetto, le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico, la durata e ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento (in tal senso, TAR Sardegna, sez. I, 21 marzo 2013, n. 248; TAR Campania, sez. I, n. 1589/2012; Cons. Stato, sez. V, n. 1943/2012; Id., sez. III, n. 5512 del 29 ottobre 2012; n. 169/2011; AVCP, determinazioni n. 2 del 1° agosto 2012 e n. 4 del 10 ottobre 2012).*

Il Collegio ritiene determinante, ai fini della serietà e credibilità dell'offerta, che l'avvalimento delle certificazioni *“ad alto livello”* di partnership per le tecnologie Cisco System e Juniper Networks richiesti dal punto 4.2, pag. 16, del capitolato speciale d'appalto, in quanto requisiti non puramente formali e *“immateriali”*, ma di tipo sostanziale e direttamente incidenti sulla buona esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto, sia fondato su impegni contrattuali chiari, certi, seri e credibili, e tale verifica, lungi dal costituire, come affermato dalla resistente, un profilo attinente esclusivamente ai rapporti interni tra le imprese e irrilevante ai fini della gara, rappresenti invece un elemento essenziale della serietà e sostenibilità dell'offerta, che ben avrebbe potuto e dovuto costituire oggetto di specifica verifica da parte della stazione appaltante. Né ha pregio l'ulteriore replica di parte resistente, secondo la quale l'eventuale non veridicità dell'impegno contrattuale tra Fastweb e Tecnonet avrebbe se del caso dovuto essere fatto rilevare e accertare mediante l'apposita azione di impugnazione civile del contratto simulato. L'azione di simulazione è posta a tutela delle parti stesse (il contratto simulato non produce effetti tra le parti: art. 1414 cod. civ.), non dei terzi (la simulazione di regola non è opponibile ai terzi: art. 1415 cod. civ.) e, comunque, nell'ambito della fase pubblicistica della gara, l'amministrazione dispone di poteri/doveri autoritativi funzionali diretti proprio a verificare la serietà, la credibilità, la validità, la congruità, la non anormalità degli impegni e delle obbligazioni assunti da parte delle imprese partecipanti, e in questo ampio ambito funzionale rientra, ad avviso del Collegio, senz'altro anche la verifica di adeguatezza e serietà dell'impegno di ausilio di che trattasi. Risulta, invece, confermato, nella fattispecie, che il corrispettivo pattuito tra la ausiliata Fastweb e l'ausiliaria Tecnonet è di soli mille euro e appare già *prima facie* del tutto sproporzionato (per difetto) rispetto agli ordinari valori di mercato di una qualificazione e prestazione specialistica del tipo di quella prestata dalla seconda alla prima impresa, se rapportato alla durata triennale dell'appalto e all'importo stimato pari a sette milioni e 350mila euro (iva esclusa),

come tale del tutto insufficiente a garantire l'efficacia dell'impegno dell'ausiliaria e, dunque, la qualità della prestazione promessa dalla partecipante alla gara. Sul punto resta insoddisfacente la replica della Fastweb, limitata alla considerazione che il corrispettivo particolarmente basso deriverebbe dal fatto che Fastweb e Tecnonet sono partner commerciali abituali e ciò avrebbe consentito di ottenere un prezzo particolarmente vantaggioso, nel contesto di un accordo quadro, che prevede una pluralità di rapporti. Nella memoria depositata il 9 novembre 2013 la società Fastweb afferma che l'importo di 1000 euro rappresenta una integrazione del canone mensile che Fastweb è tenuta a versare alla Tecnonet indipendentemente dalla gara in esame. Sennonché può agevolmente obiettarsi in merito che la garanzia offerta alla stazione appaltante, tramite il contratto di avvalimento, non è costituita dall'accordo quadro, mai dedotto in gara, ma dal solo contratto applicativo offerto in tale sede, sicché la garanzia offerta resta limitata al corrispettivo del contratto. Nella medesima memoria del 9 novembre 2013 la Fastweb afferma poi (pag. 3) che "Nulla, ad esempio, vieterebbe a Fastweb di affidare alla stessa Tecnonet in subappalto le prestazioni oggetto del contratto di avvalimento ed in questa sede regolare il corrispettivo". Tale asserzione comprova, in realtà, la evidente inconsistenza del corrispettivo, puramente simbolico, pattuito nel contratto, che è però il solo, ad oggi, a vincolare realmente l'impresa ausiliaria. La parte resistente ulteriormente replica alla contestazione affermando, da un lato, che la tipologia del requisito avvalso non avrebbe richiesto altro che la messa a disposizione delle licenze e dei software per l'accesso ai sistemi Cisco System e Juniper Networks, sicché non vi sarebbe alcuna sproporzione tra l'oggetto e il valore del corrispettivo della prestazione di ausilio pattuita e l'importo e l'impegno complessivi dell'appalto in gara, dall'altro lato richiamando il fatto che la gara prevedeva questa particolare qualificazione su un duplice livello, quello delle unità di personale qualificato messo a disposizione, in possesso, come singoli, della qualificazione di alto livello per i sistemi in discorso, cui andava ad aggiungersi quella richiesta anche in capo all'azienda concorrente, sicché a maggior ragione emergerebbe la sufficienza del contratto di avvalimento esibito in gara. Entrambe le controdeduzioni, che si fondono peraltro in una medesima tesi, secondo cui il contratto di avvalimento avrebbe dovuto fornire al personale già specializzato semplicemente la chiave d'accesso ai sistemi Cisco System e Juniper Networks, non persuadono il Collegio: come agevolmente desumibile dal punto 4.2 (pagg. 16 ss.) del capitolato speciale d'appalto e come ampiamente esplicito nelle memorie di parte ricorrente e documentato in atti, tali sistemi e la connessa alta qualificazione aziendale richiesta rappresentano la parte essenziale del *know how* necessario per le imprese partecipanti per far fronte adeguatamente all'oggetto principale dell'appalto e, in particolare, al servizio di manutenzione, gestione e sviluppo reti e sicurezza informatica, richiedente anche l'istituzione di una struttura dedicata on-site ("NOC" - *Network Operations Center*). Tale servizio comprende la gestione e lo sviluppo reti, la manutenzione reti, la creazione di nuove prese telematiche e la sicurezza reti (con configurazione e gestione di tutti gli elementi che costituiscono l'infrastruttura di rete dell'amministrazione, reti LAN, MAN e WAN, apparati attivi e passivi, *etc.*, interventi volti al ripristino delle funzionalità del servizio di rete e di tutti gli apparati TLC attivi e passivi, gestione degli allarmi e attivazione del servizio di manutenzione *hardware*, assistenza in remoto, disponibilità on-line di mappe di rete in grado di rendere visibile in ogni istante la situazione infrastrutturale delle sedi connesse, monitoraggio costante dei parametri significativi della qualità della rete e delle prestazioni, gestione dei guasti di rete disponibile via *web* in tempo reale, effettuazione degli interventi *hardware* e *software* periodici programmati, implementazione e garanzia delle politiche di sicurezza informatica decise dall'amministrazione, con blocco dei tentativi di accesso non autorizzato mediante l'uso delle tecniche più avanzate, gestione della sicurezza informatica, sistemi di *back-up* dei dati, gestione del servizio reti identità, *password* e profilature degli utenti, informazione/formazione specialistica per il personale su tutte le attività, test prestazionali periodici. E' altresì da sottolineare come il capitolato speciale d'appalto richiedesse, coerentemente, per le applicazioni *software*, la

fornitura delle licenze d'uso dei *software* commerciali coperti da *royalty*, ovvero il codice sorgente e la documentazione d'uso e manutenzione, comprensivo di eventuale liberatoria all'uso e modifica di parti di esse realizzate esternamente all'appalto, per *software open source* e/o sviluppati *ad hoc*. Per l'insieme di tutte queste delicatissime e complesse prestazioni il punto 4.2 del capitolato speciale esigeva dunque il requisito, in capo alla ditta aggiudicataria, pena esclusione, della certificazione ad alto livello (escluse le certificazioni di livello base) di *partnership* per le tecnologie Cisco Systems e Juniper Networks. Ora, appare evidente al Collegio che questa speciale qualificazione non può considerarsi sovrapponibile con quella, distinta e parimenti necessaria, richiesta per il personale del "N.O.C.", per il quale il capitolato richiedeva i requisiti minimi di tre anni di esperienza documentabili nella configurazione e gestione di reti complesse e *multivendor* e l'ottima conoscenza degli aspetti infrastrutturali ed impiantistici che connettono gli apparati, degli apparati di *switching/routing/voce* su IP e *wireless* Lan, una buona conoscenza di elementi di architettura delle reti di trasporto SDH/DWDM e della lingua inglese a livello tecnico (con la connessa richiesta di almeno una delle certificazioni in stato attivo indicate alla pag. 20 del c.s.a.). Dirimente sul punto della non sovrapponibilità dei due piani – aziendale e individuale – delle certificazioni richieste è infine la previsione del capitolato (par. 8) che impone l'obbligo per l'aggiudicataria di garantire che almeno un componente del NOC possieda le certificazioni Cisco CCNP, Juniper JNCIS-M e Cisco *Advanced Data Center networking Infrastructure* ed *Advance Wireless LAN*). Ciò che dimostra come la qualificazione dell'azienda e la qualificazione dei singoli operatori costituissero due elementi concorrenti e integranti tra loro, parimenti essenziali e non interscambiabili.

9.2. Con il secondo dei motivi aggiunti l'a.t.i. Telecom chiede l'esclusione dell'avversaria per l'ulteriore profilo della asserita violazione dell'art. 6, lett. b), pag. 9 del disciplinare di gara e dell'art. 42 del codice dei contratti pubblici, perché le referenze della mandante Selcom s.r.l. inerenti il requisito tecnico-professionale dei servizi analoghi sarebbero insufficienti in quanto l'appalto del 2011 per la realizzazione e manutenzione di un sistema di videosorveglianza per il Comune di Volla di importo di euro 107.731,94 non avrebbe dovuto essere valutato, siccome non pertinente alla gara indetta dalla Regione, sicché non sarebbe comprovato il possesso, in capo a tale mandante, di una percentuale adeguata del suddetto requisito (posto che, esclusa la referenza ora detta, perché non coerente con l'oggetto dell'appalto per cui è causa, le altre referenze addotte dalla Selcom s.r.l. ammonterebbero a soli euro 424.954, non raggiungendo la soglia necessaria pari a euro 443.000, corrispondente al richiesto 22,5% dell'importo della gara).

Questo secondo mezzo di censura non è giudicato accoglibile dal Collegio, poiché la referenza in questione, esibita dalla mandante Selcom, peraltro afferente a una quota marginale del complessivo requisito comprovato, appare comunque riconducibile ai servizi telematici (gestione e manutenzione di una rete telematica), come dimostrato nelle repliche delle parti resistenti.

9.3 L'a.t.i. ricorrente principale obietta dunque (secondo motivo del ricorso introduttivo e terzo motivo di quelli aggiunti) che il maggior punteggio attribuito all'a.t.i. Fastweb sarebbe intrinsecamente contraddittorio perché l'eccessivo ribasso proposto (11%) sarebbe ingiustificabile se rapportato all'elevato numero e all'elevata qualità curriculare del personale offerto per l'espletamento del servizio, sicché il cumulo del maggior punteggio conseguito per l'offerta tecnica (giustificato per il numero e la tipologia di personale offerti) e per il maggior ribasso (ingiustificabile in relazione al tipo di offerta tecnica) evidenzerebbe un'intrinseca illogicità del giudizio della commissione, della conseguente aggiudicazione e, ancor prima, della stessa offerta presentata dall'a.t.i. avversaria, per "*stridente discrepanza tra offerta tecnica e offerta economica*". Tale contraddittorietà si sarebbe manifestata anche negli stessi atti della commissione giudicatrice, che aveva dapprima chiesto chiarimenti, in sede di verifica dell'anomalia ai sensi degli artt. 86 e 87 del codice dei contratti pubblici (verbali n. 29 del 27 marzo

2013 e n. 31 del 16 maggio 2013), per poi cambiare radicalmente impostazione (verbale n. 32 del 5 giugno 2013), accettando la generica e insufficiente giustificazione fornita dall'a.t.i. Fastweb fondata sul rilievo che le *policy* commerciali avrebbero consentito un'ottimizzazione della forza lavoro e dei costi. In sede di motivi aggiunti l'a.t.i. ricorrente afferma che la rilevata incoerenza, incompletezza e incongruità dell'offerta dell'a.t.i. Fastweb ne avrebbe dovuto provocare l'esclusione in radice dalla gara ed evidenzia che gli aggiustamenti successivi, proposti dall'avversaria in sede di giustificazione dell'anomalia del ribasso, si porrebbero in violazione del principio di immodificabilità dell'offerta, posto che, in sintesi, le giustificazioni fornite avrebbero determinato un aumento dei costi dell'offerta Fastweb di ben 1.258.704,54 euro (in particolare, l'a.t.i. Fastweb avrebbe modificato in sede di giustificazioni l'offerta originaria di 204 giorni/lavoro – in luogo dei 253 dovuti – aggiungendo inammissibilmente altri 49 giorni/lavoro, oltre ad ulteriori 30-36 giorni extra richiesti dal capitolato speciale d'appalto; mentre in sede di gara l'offerta aggiudicataria indicava 4 risorse lavorative per i tecnici di presidio, nelle giustificazioni sarebbero state indicate risorse per 2x8 ore/giorno; nelle seconde giustificazioni rese alla stazione appaltante, inoltre, l'a.t.i. Fastweb, nell'intento di giustificare la già rilevata minore offerta di forza lavoro – 204 giorni/lavoro in luogo dei 253 dovuti – avrebbe sostenuto che il costo orario dei lavoratori SPOC (servizio di *contact center Single Point Of Contact*) di bassa qualificazione fosse di 17,88 euro/ora, quasi uguale a quella di 17,89 euro/ora dei lavoratori qualificati SIS e NOC, il tutto peraltro in palese contraddizione con quanto indicato in proposito nell'offerta originaria, dove il costo giornaliero dei primi era pari a euro 144,72 e quello dei secondi pari a euro 238,91.

Fastweb replica che la contestazione avversaria si originerebbe dalla mancata comprensione della distinzione, operata nell'offerta di essa resistente, dei costi del personale in due macro-categorie: costi fissi del personale (costi del personale costantemente mantenuto in forza alla commessa) e costi variabili (costi del personale impegnato in più commesse). Più in dettaglio, secondo Fastweb *“i costi fissi corrispondono ai costi del personale che viene costantemente mantenuto in forza alla commessa; i costi variabili corrispondono invece ai costi delle risorse che vengono assegnate a più commesse. Rientrano in questa macrocategoria i costi del personale che viene chiamato in caso di guasti o di malfunzionamenti. I costi del personale che viene chiamato in situazioni di emergenza che richiedono alta specializzazione. I costi del personale chiamato a sostituire il personale fisso assente per ferie o permessi o corsi di formazione. Sono appunto detti variabili perché è variabile la loro incidenza sulla commessa. I costi fissi sono stati messi nel costo del personale. I costi variabili nella voce relativa ai costi dei servizi di assistenza e manutenzione”*.

Il Collegio rileva che l'offerta Fastweb, come dedotto dalle ricorrenti, si discosta dalle previsioni della *lex specialis* di gara (che non contemplava tale distinzione del costo del personale tra costi fissi e costi variabili, tant'è che essa non era stata affatto compresa dalla stessa commissione giudicatrice, neanche a seguito dei primi chiarimenti chiesti e resi in proposito); lungi dal rivestire un significato puramente formale (secondo la resistente non vi sarebbe dubbio sulla completezza e la congruità dell'offerta, poiché quel che conta è il totale del monte ore lavoro offerto, nella giusta ripartizione tra i diversi livelli professionali richiesti, restando irrilevante la distribuzione del personale nelle diverse voci dell'offerta), la divisione dei costi del personale, operata da Fastweb, tra costi fissi e costi variabili, assume in realtà un oggettivo significato qualitativo idoneo a incidere sulla completezza e la congruità dell'offerta stessa, rispetto al parametro vincolante costituito dalla regola di gara, poiché i “costi variabili”, come dichiarato negli stessi scritti difensivi di parte resistente, a differenza di quelli fissi, implicano che si tratti di personale impiegato contemporaneamente su più commesse, la cui disponibilità a operare per l'espletamento dell'appalto resta inevitabilmente condizionata e dipendente dalla credibilità – di difficile verifica *ex ante* – delle previsioni (più o meno realistiche) circa la variabile incidenza delle “variabili” (ossia delle urgenze, delle

emergenze, dei guasti, nelle sostituzioni per malattia, *etc.*), non solo di quelle incidenti nel corso della commessa regionale per cui è causa, ma anche di quelle incidenti nelle altre commesse in atto, nelle quali il personale “variabile” è o sarà contemporaneamente impegnato. In questo modo sembra che il costo del personale “variabile” venga “spalmato” da Fastweb contemporaneamente su una pluralità di commesse, così da rendere del tutto ipotetica e non controllabile la proporzionalità e la congruità della previsione.

A fronte di questa costruzione, non semplice e non chiara, dell’offerta Fastweb, come giustamente lamentato dalle ricorrenti, la commissione giudicatrice, dopo avere correttamente ritenuto, nel verbale n. 30 dell’8 aprile 2013, sulla base dei giustificativi Fastweb, che *“a seguito di approfondita analisi dei documenti prodotti non è risultata chiara la corrispondenza tra le risorse umane previste nell’offerta tecnica con quelle computate nell’offerta economica”*, con conseguente richiesta di documentazione integrativa (*analisi dei costi del personale da cui sia possibile evincere, per ciascuna risorsa impiegata, il ruolo all’interno dello specifico servizio, così come definito nell’offerta tecnica, il livello economico, la percentuale di utilizzo presso la Regione Campania e il costo annuo, nonché l’elenco dettagliato e completo della fornitura di tutti i prodotti, servizi e licenze previsti nell’offerta, in termini di marca/modello, quantità, prezzo unitario, codice prodotto, tipo, etc.*); dopo avere criticamente rilevato, nel successivo verbale n. 31 del 13 maggio 2013, alla luce degli ulteriori giustificativi forniti, *“discrepanze fra l’offerta tecnica ed il dettaglio dei costi fornito”* (*“In particolare, si evidenzia che: Il dimensionamento del servizio SPOC in progetto prevedeva 14 risorse per almeno 83 ore/uomo giornaliera . . . mentre l’analisi dei costi presentata prevede che ciascuna delle 14 risorse venga impiegata per 4 ore lavorative per un totale di 56 ore/uomo giornaliera. I 4 tecnici di presidio, così come presentati in progetto, non risultano essere part time, mentre nell’analisi dei costi vengono impiegati per 4 ore/giorno. Analogamente, le figure “program manager” computate per 28,5 gg/3anni sono palesemente sottodimensionate in rapporto al servizio proposto senza che tale impiego ridotto fosse evidenziato nel progetto offerto. Non viene esplicitato il costo degli operatori di Help Desk, NOC e SIS per esigenze contingenti al di fuori della fascia oraria base per un massimo di 36/30 giorni in 3 anni, così come richiesto in Capitolato. . . Inoltre, avendo spostato i costi imprevisi del personale (ferie, permessi, malattie, corsi) nei costi di assistenza e manutenzione, si richiede che anche per queste voci venga fornito il dettaglio e la relativa analisi dei costi”*), con conseguente necessità di chiedere maggiori e più precisi giustificativi, dai quali si possano trarre tutti gli elementi utili ad un’effettiva analisi di coerenza tra l’offerta tecnica ed il dettaglio dei costi); infine, nel verbale n. 32 del 5 giugno 2013 la commissione, pur in presenza di così importanti e incisive anomalie, si è limitata a rilevare genericamente che *“A seguito di approfondita analisi dei documenti prodotti, la Commissione ha rilevato quanto segue. I giustificativi offerti dal R.T.I., con nota acquisita al protocollo del Settore Cred in data 4/6/2013 al n. 0395641, sono stati espressi con puntualità e dettaglio, rispondendo esaurientemente ai quesiti posti dall’Amministrazione. In particolare, in ordine ai quesiti posti circa il dimensionamento del personale ed il relativo costo, il R.T.I. ha chiarito che le policy commerciali dell’azienda mandataria in ordine alla ripartizione tra costi fissi e variabili hanno consentito una ottimizzazione delle forze lavoro e dei costi. In considerazione delle giustificazioni offerte e delle osservazioni svolte nel merito dalla Commissione, l’offerta economica del R.T.I. FASTWEB S.P.A. — SELCOM S.R.L. appare congrua ed adeguata rispetto all’entità e alle caratteristiche dei servizi e delle forniture offerte, in quanto le attività esplicate ed i relativi costi risultano conformi a quanto richiesto dai bando e alle disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali vigenti in materia”*.

Ora, pur al di là dell’evidente profilo di difetto di motivazione che inficia il verbale n. 32 del 5 giugno 2013 (la commissione avrebbe dovuto fornire un quadro dettagliato di ricostruzione unitaria dei costi del personale, variamente distribuiti, nell’offerta Fastweb, in diverse voci, così da dimostrarne esattamente la coerenza con le

prestazioni richieste e la sostenibilità economica, in modo quanto meno da fornire alla stazione appaltante un quadro riepilogativo chiaro e preciso di quale fosse esattamente l'obbligazione assunta da Fastweb con la sua offerta), ciò che non appare superabile è il punto della offerta di personale, sotto la voce dei costi "variabili", destinato all'appalto *de quo solo part time*, per una percentuale di utilizzo presso la Regione Campania legata a una valutazione prognostica soggettiva dell'impresa offerente, ma non verificabile in termini oggettivi, essendo legata ad altri e contestuali impieghi dello stesso personale su altri appalti, nonché il punto dell'incidenza di altri costi "variabili" del personale (ferie, permessi, malattie, corsi), "spostati" nei costi di assistenza e manutenzione. Più in generale, il Collegio ritiene, conclusivamente sul punto, che l'offerta Fastweb avrebbe dovuto essere giudicata inammissibile, perché oggettivamente inidonea a definire in termini chiari, precisi e inequivoci gli impegni contrattuali con essa assunti, quanto alla voce del costo del personale, voce incidente, peraltro, sulla struttura e la connotazione stessa delle prestazioni di assistenza informatica dedotte nel contratto. La verifica di anomalia svolta dalla commissione, dunque, esondando dagli argini di una verifica di anomalia, è trasmodata in una vera e propria richiesta di integrazione modificativa dell'offerta presentata in gara, come tale inammissibile. La prova di tale conclusione è costituita dal rilievo che, senza i reiterati giustificativi forniti, l'offerta Fastweb sarebbe di per sé inidonea a integrare un contratto valido, per indeterminatezza e incertezza dell'offerta stessa, in alcune sue componenti essenziali. La verifica dell'anomalia, infatti, non può tradursi inammissibilmente in una sorta di soccorso istruttorio *ex post*, allargato al punto da consentire il completamento o la riformulazione dell'offerta stessa. L'amministrazione avrebbe dunque dovuto respingere perché inammissibile l'offerta Fastweb, siccome non idonea, in quanto proposta irrevocabile, secondo le regole del codice civile, a condurre alla valida stipula del contratto, in caso di aggiudicazione.

10. Con atto notificato il 26 settembre 2013 e depositato in segreteria il 1° ottobre 2013, le società Fastweb S.p.A. e Selcom S.r.l. hanno proposto ricorso incidentale contestando l'atto di ammissione alla gara dell'a.t.i. avversaria Telecom-Sirti-Technomind, nonché i verbali della Commissione di gara di attribuzione del punteggio tecnico dell'offerta del raggruppamento Telecom.

11. Tutti i motivi di ricorso incidentale, diretti all'esclusione dell'avversaria, sono ritenuti non accoglibili dal Collegio, per i motivi in relazione a ciascuno di essi qui di seguito esposti.

10.1.a. Secondo Fastweb il raggruppamento Telecom-Sirti-Technomind avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per non avere presentato, ai sensi dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici (e secondo quanto statuito di recente dal Consiglio di Stato, ad. plen., n. 10 del 4 maggio 2012 e n. 21 del 7 giugno 2012), le dichiarazioni degli amministratori della società SAIAT, società attività intermedie ausiliarie p.a. incorporata in Telecom s.p.a. in data 1 agosto 2012 (e dunque prima del termine del 5 ottobre 2012 per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara).

Al riguardo parte ricorrente principale ha dimostrato l'infondatezza della censura avversaria, sul rilievo assorbente in punto di fatto per cui il contratto di incorporazione risulta stipulato in data 18 ottobre 2012 per notar Marchetti in Milano (rep. n. 9318, racc. 4854), con effettiva decorrenza dal 1 novembre 2012, e dunque in data successiva al termine del 5 ottobre 2012 per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara. Peraltro, come pure condivisibilmente fatto rilevare dalla ricorrente principale, il principio, espresso dalle citate pronunce della "plenaria" del 2012, deve essere ragionevolmente temperato nel senso di delimitare l'onere di dichiarazione ex art. 38 per gli amministratori e direttori tecnici dell'impresa cedente o incorporata solo a condizione che tale onere fosse precisato dalla *lex specialis* della gara, ciò che non è avvenuto nel caso in esame (TAR Lazio, sez. III, 5 marzo 2013, n. 2361, 11 aprile 2013, n. 2672, 20 maggio 2013, n. 5013).

11.1. Il raggruppamento Telecom avrebbe dovuto essere escluso, inoltre, secondo la tesi svolta nel ricorso

incidentale, anche perché mancherebbero le dichiarazioni ex art. 38 *cit.* di un (asserito) terzo direttore tecnico, dott. Roberto Giuseppe Opilio, che, a detta della ricorrente incidentale, si aggiungerebbe ai due direttori tecnici – sigg.ri Luca Tommasi e Michele Riela – dichiarati da Telecom, poiché il predetto dott. Opilio dal 2011 sarebbe Direttore *Technology* di Telecom Italia e risulterebbe altresì "CTO (*Chief Technology Officer*)", nonché "*Executive Vice President*" di Telecom. Anche questa contestazione appare superabile, giusta le documentate repliche di parte ricorrente principale, nelle quali si è evidenziato come l'ing. Opilio non è direttore tecnico di Telecom, ma solo un funzionario del settore tecnologico (il suo nominativo non risulta dal certificato camerale, unico atto dal quale possono trarsi i riferimenti ai soggetti tenuti alle dichiarazioni ex art. 38). Il Collegio condivide altresì la replica di parte ricorrente principale in ordine all'esigenza di circoscrivere l'estensione pretoria (Cons. Stato, sez. V, n. 4328 del 2013) dell'onere di dichiarazione ex art. 38 anche ad altri funzionari tecnici al solo caso, non ricorrente nella fattispecie, di intento elusivo del partecipante alla gara, ipotesi non riferibile alla Telecom, "*che ha due direttori tecnici, unici a ricoprire tale carica in via ufficiale; ed un funzionario (ing. Opilio) che — come dimostrato in atti (doc 4 della produzione 3.10.2013) e com'è ovvio in una grande azienda multinazionale — si occupa del settore "interno" della Technology aziendale di Telecom*".

11.2. Sotto un ulteriore profilo, si afferma in ricorso incidentale che il raggruppamento avversario avrebbe meritato l'esclusione perché Telecom non avrebbe comunicato alla stazione appaltante il sopravvenuto mutamento di uno dei direttori tecnici dichiarati in sede di gara (il sig. Michele Riela, cessato dalla carica e sostituito in data 21 febbraio 2013 dal signor Valter Chiovini, che non avrebbe reso le dichiarazioni previste dall'art. 38, comma 1, del decreto n. 163 del 2006 in contrasto con lo specifico onere di comunicazione e obbligo di dichiarazione gravante anche sul sostituto, non surrogabili mediante soccorso istruttorio, ribaditi da Cons. Stato, sez. IV, sentenza n. 6539 del 2012). Anche questa contestazione non convince il Collegio. Come giustamente replicato da Telecom, l'obbligo di dichiarazione della intervenuta sostituzione del direttore tecnico, nelle procedure aperte, scatta solo al momento della stipula del contratto, ma non anche in corso di procedura (restando peraltro comprovato in atti che il nuovo direttore tecnico, ing. Walter Chiovini, è in possesso dei requisiti, come da dichiarazione versata in atti).

11.3. Sotto un quarto profilo Fastweb assume che risulterebbero insufficienti le misure di dissociazione attuate dalla società mandante Technomind riguardo al sig. Riccardo Benedini, che ha presentato la dichiarazione ai sensi dell'art. 38 *cit.* in qualità di socio di maggioranza della mandante Technomind sino al 25 giugno 2012, ancorché destinatario di una sentenza di patteggiamento per il reato di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 74 del 2000 (dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti); il mero allontanamento del signor Benedini dal consiglio di amministrazione e la conseguente nomina di un Amministratore unico della società non sarebbero sufficienti, sulla base della giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. V, n. 7967 del 2010), che richiede che la dissociazione sia sostanziale e non meramente formale, connotata da una volontà "tempestiva" ed "inequivoca" e non esclusivamente "necessitata e strumentale" (il potere di gestione e di amministrazione della società risulterebbe conferito al fratello del Benedini, il 25 giugno 2012 la società Technomind è stata acquistata dalla Progetto Grano s.p.a. nella quale il signor Riccardo Benedini riveste la qualifica di consigliere di amministrazione e di proprietario e la cui gestione sarebbe riconducibile al nucleo familiare del medesimo Benedini, proprietario della Progetto Grano per il 20%; in ogni caso il presidente del consiglio di amministrazione e legale rappresentante della Progetto Grano s.p.a., sig. Benito Benedini, non ha reso nessuna dichiarazione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lvo n. 163 del 2006, ancorché dovuta, secondo la già citata giurisprudenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 2012, trattandosi di un'ipotesi di acquisizione con potenziali finalità elusive degli effetti proibitivi della partecipazione alle gare pubbliche scaturenti dall'art. 38 in relazione a vicende societarie in atto (e dovendosi senz'altro ritenere che l'obbligo dichiarativo imposto dal ripetuto articolo

38, comma 1, lett. c), con riferimento alle società di capitali, debba valere in capo "al socio unico persona fisica ovvero al socio di maggioranza nel caso di società con meno di quattro soci".

La complessa e analitica contestazione non convince il Collegio, alla stregua di un criterio di equilibrio e proporzionalità nell'applicazione delle norme e delle regole giurisprudenziali nella materia *de qua*, pena il raggiungimento di conclusioni eccessivamente punitive, di paralisi delle attività imprenditoriali, senza una reale ragione di interesse generale sufficiente a giustificare tali esiti di assoluto rigore. Come chiarito adeguatamente nelle difese della mandante Technomind, la nomina di Ruggero Benedini ad amministratore unico della Technomind s.p.a. risale al 19 novembre 2008, ossia a circa quattro anni prima della pubblicazione del bando di gara da parte della Regione Campania (10 luglio 2012) e il sig. Riccardo Benedini aveva rassegnato le dimissioni da consigliere d'amministrazione ed amministratore unico della Technomind già nell'assemblea del 19 novembre 2008, a seguito della sentenza del Tribunale di Milano n. 1937 del 15 ottobre 2008. In data 21 dicembre 2010 la Technomind aveva inoltre revocato a Riccardo Benedini i poteri di direttore generale, con ciò pervenendo a una dissociazione piena e totale. L'art. 38 del codice dei contratti pubblici impone l'esclusione delle imprese i cui amministratori muniti di potere di rappresentanza o direttori tecnici o soci unici persone fisiche, ovvero soci di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio, abbiano subito una sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale. Tali presupposti non sussistevano per la società Technomind al momento (rilevante) della presentazione della domanda o della pubblicazione del bando. In tali date l'amministratore munito del potere di rappresentanza della s.p.a. Technomind era Ruggero Benedini, e il sig. Riccardo Benedini era cessato dalla carica di consigliere di amministrazione e di amministratore unico di Technomind sin dal 19 novembre 2008 ed era stato revocato come direttore generale in data 21 dicembre 2010, dunque ben prima dell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara (10 luglio 2012). Appare eccessiva la suggestiva ricostruzione proposta dalla parte ricorrente incidentale, tesa a dimostrare che il controllo dell'azienda sia rimasto comunque nell'ambito della famiglia del soggetto nei cui confronti ha operato la dissociazione (la carica di amministratore unico della società sarebbe stata rivestita dal fratello del precedente amministratore; il sig. Riccardo Benedini avrebbe conservato il ruolo di socio di maggioranza). Premesso che il sig. Riccardo Benedini ha ceduto le sue azioni alla data del 25 giugno 2012, prima, dunque, della pubblicazione del bando (10 luglio 2012), il Collegio osserva che la logica sottesa all'impostazione argomentativa di parte resistente, se rilevante in vicende inerenti, ad esempio, la diversa materia della prevenzione dei tentativi di infiltrazione malavitosa nelle imprese, nel quadro della disciplina speciale di prevenzione contro la criminalità organizzata, appare fuori luogo e inappropriata nella diversa materia qui trattata, in cui si discute della necessità che l'impresa escluda da ogni ruolo decisionale e di rappresentanza legale quei soggetti che fossero colpiti da condanne (o pronunce a tali fini equivalenti) per reati incidenti sulla moralità professionale. Ad analoghe critiche va sottoposta l'ulteriore deduzione di parte ricorrente incidentale, secondo la quale le misure di dissociazione di Technomind risulterebbero insufficienti perché la società Technomind in data 25 giugno 2012 è stata acquistata dalla Progetto Grano s.p.a., di cui presidente è Benito Benedini, padre di Riccardo (che è consigliere di amministrazione e detiene il 20% delle azioni), sicché quest'ultimo, attraverso il fratello ed il padre, continuerebbe a controllare la società. I casi di esclusione sotto questo profilo, in quanto fortemente limitativi delle libertà e dei diritti di impresa e di lavoro dei soggetti, esigono del resto una stretta interpretazione, che non consente estensioni analogiche. Ora, poiché risulta provato in atti che, alla data di pubblicazione del bando, il sig. Riccardo Benedini non era né amministratore in carica, né socio di maggioranza, il motivo di ricorso incidentale in esame deve giudicarsi infondato e andrà come tale respinto. Anche questo motivo è del tutto pretestuoso ed

infondato.

Sotto un diverso profilo la parte ricorrente incidentale ha insistito nella contestazione della posizione della mandante sostenendo che anche il presidente del consiglio di amministrazione e legale rappresentante della Progetto Grano s.p.a., sig. Benito Benedini, avrebbe dovuto rendere la dichiarazione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lvo n. 163 del 2006, dichiarazione asseritamente dovuta, trattandosi di un'ipotesi di acquisizione con potenziali finalità elusive degli effetti proibitivi della partecipazione alle gare pubbliche scaturenti dall'art. 38 in relazione a vicende societarie in atto (e dovendosi senz'altro ritenere che l'obbligo dichiarativo imposto dal ripetuto articolo 38, comma 1, lett. c), con riferimento alle società di capitali, debba valere in capo "al socio unico persona fisica ovvero al socio di maggioranza nel caso di società con meno di quattro soci)". Anche questa tesi non è condivisa dal Collegio. Resta indimostrato e assertorio "l'intento elusivo" che, in base a certa giurisprudenza, a giudizio dell'a.t.i. Fastweb, avrebbe imposto l'obbligo dichiarativo in questione, invero non richiesto dalla legge, né dal bando. In ogni caso ha buon gioco la difesa di parte ricorrente principale nel replicare che, a tutto voler concedere, stante l'oggettiva incertezza circa un siffatto dovere, ben avrebbe dovuto e potuto la stazione appaltante, al limite, nell'esercizio dei poteri di soccorso istruttorio, provvedere a richiedere la conseguente integrazione documentale (come previsto espressamente del resto anche dalla pronuncia n. 21 del 2012 dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato).

11.4. Un ulteriore motivo di ricorso incidentale si dirige avverso la mancata comunicazione della cessione del ramo di azienda da parte di Technomind a ITD e alla mancata allegazione delle dichiarazioni degli amministratori di quest'ultima ex art. 38 citato. La deduzione è giudicata infondata dal Collegio. Siffatto obbligo non trova una sua base giuridica nel codice dei contratti pubblici, né nel bando. In punto di fatto, peraltro, parte ricorrente principale (la società ITD cessionaria) ha dimostrato di avere trasmesso, in data 11 gennaio 2013, con nota prot. 20130111-2/AL/SP (prot. regionale n. 30889 del 14 gennaio 2013), la comunicazione dell'intervenuta cessione, comunicazione confermata con successiva nota prot. n. 20130114-1/AL/SP del 14 gennaio 2013, assunta al protocollo regionale n. 59505 in data 25 gennaio 2013.

11.5. Il raggruppamento Telecom – a detta della parte ricorrente incidentale - avrebbe inoltre meritato l'esclusione per l'evidente ambiguità e/o insufficienza della dichiarazione relativa agli oneri di sicurezza, "non soggetti a ribasso", pari a 3.500 euro; tale dichiarazione, se riferita agli oneri di sicurezza propri dell'impresa, sarebbe chiaramente insufficiente (atteso che il costo medio per le dotazioni di sicurezza del personale impiegato nel servizio ammonterebbe all'incirca a euro 7.397, cui occorrerebbe aggiungere circa euro 3.800 per la formazione); se riferito, invece, agli oneri di sicurezza da interferenza non soggetti a ribasso, allora l'offerta Telecom avrebbe dovuto essere esclusa per omessa indicazione degli oneri di sicurezza interna propri dell'impresa (come previsto dagli artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, del d.lvo n. 163 del 2006); l'offerta tecnica di Telecom sarebbe poi insufficiente e inadeguata rispetto a quanto richiesto dal capitolato speciale d'appalto in ordine ai requisiti richiesti al personale del SIS ("garantire la continuità del servizio richiesto e la presenza on site presso l'Amministrazione, nella struttura ospitante il CRED, di almeno cinque unità all'interno del SIS", per 24 ore tutti i giorni dell'anno, dalle ore 8,00 alle ore 20,00 nei giorni feriali e attraverso presidio remoto o automatizzato, il sabato e nei giorni festivi - punto 4.3, pagg. 19 e 20): le sette unità di personale SIS indicate da Telecom, senza specificazione se mediante ricorso al lavoro straordinario, sarebbero inadeguate a garantire il rispetto delle citate previsioni del capitolato (senza ricorso allo straordinario, Telecom non riuscirebbe a garantire la presenza di cinque risorse di presidio nell'intervallo dalle ore 8,00 alle ore 20,00, atteso che per poter garantire tale presenza è, infatti, necessaria l'erogazione di almeno 60 ore giornaliere - cinque risorse moltiplicato 12 -, mentre con sette risorse su turni da 8 ore si avrebbero a disposizione 56 ore giornaliere; se con ricorso al lavoro straordinario, l'offerta di Telecom non

rispetterebbe i tetti massimi di lavoro straordinario – per un massimo di 250 ore all'anno – poiché per garantire la presenza di almeno cinque risorse di presidio, è necessario che ciascuna delle sette unità dichiarate da Telecom garantisca 383 ore di lavoro straordinario all'anno – ossia 4 ore giornaliere che, moltiplicate per 250 giorni lavorativi, danno un totale di 1.000 ore, mentre sarebbero necessarie in tutto 2.680 (1.000+1680) ore di straordinario, monte ore che travalica la soglia massima di lavoro straordinario stabilita dalla legge).

L'articolata contestazione di parte ricorrente incidentale trova puntuale e soddisfacente replica nelle controdeduzioni di parte ricorrente principale. Circa gli oneri per la sicurezza, Telecom ha dimostrato che, nella propria offerta, il riferimento era agli oneri per la sicurezza interna, avendo il capitolato speciale escluso del tutto gli oneri da interferenza e che l'importo di 3.500,00 euro ben poteva essere considerato congruo e sufficiente, posto che i costi per i beni indicati nel ricorso incidentale (estintori, pronto soccorso, etc.) sono a carico della dell'amministrazione, costituendo la dotazione di sicurezza delle sedi regionali ove andrà svolto il servizio, restando effettivamente troppo generica la tesi di Fatsweb secondo cui detti oneri non avrebbero dovuto essere di importo pari a 7.500,00 euro. Circa la garanzia della continuità del servizio richiesto per il personale SIS (System Operation Center), di almeno 5 unità on site per 24 ore per tutto l'anno, con orario di lavoro dalle h. 8,00 alle h. 20,00 (12 ore al giorno), la Telecom ha fornito, nelle sue difese, un dettagliato resoconto che è giudicato dal Collegio idoneo a comprovare la idoneità della proposta (salve, comunque, le finali valutazioni tecniche dell'amministrazione, nel riesercizio della funzione, valendo questa disamina ai soli fini del respingimento del ricorso incidentale escludente, e non già a fare stato nei confronti dell'amministrazione circa la sussistenza in fatto dei presupposti e requisiti per la congruità dell'offerta Telecom, per quanto attiene agli aspetti qui vagliati). Telecom ha dimostrato, infatti, di avere offerto n. 7 risorse per il servizio SIS (di cui n. 2 unità di competenza Telecom Italia e n. 5 unità della mandante I.T.D.). Secondo i calcoli – che appaiono esatti – forniti nella memoria di replica da Telecom, con 7 unità offerte, di cui 5 di presidio, la prestazione richiesta sarebbe soddisfatta senza superare il limite delle 250 ore per anno di straordinario per ciascun lavoratore, posto che 8 ore/giorno per 5 unità = 40 ore/giorno di presidio; su 7 unità disponibili per turnazione ($7 \times 8 = 56$ ore/giorno) si rendono necessarie 4 ore/giorno di straordinario per giungere alle 60 ore/giorno necessarie; moltiplicando le 4 ore di straordinario necessarie per 250 giorni annui si avrà un totale di 1000 ore di straordinario che, diviso tra le 7 unità a disposizione (sulle 5 in servizio), dà un totale di 142,85 ore di straordinario per ciascun lavoratore, inferiore al limite delle 250 ore fissato dalla legge n. 183 del 2010. Secondo i calcoli di parte ricorrente – si ripete, non implausibili, salva l'eventuale valutazione tecnica dell'amministrazione, rilevando in questa sede tale esame ai soli fini interni al processo di respingimento dell'azione paralizzante di ricorso incidentale – il limite delle 250 ore annue di straordinario a persona non sarebbe travalicato neppure se si aggiungessero i 30 giorni di ferie e i 10 giorni aggiuntivi (80 ore imposte dal disciplinare), poiché si arriverebbe a un totale di 290 giorni lavorativi x 4 ore di straordinario = 1160 ore straordinario per le 7 unità a disposizione.

Conclusivamente, anche questo motivo di ricorso incidentale è giudicato infondato dal Collegio.

11.6. Infine, nel ricorso incidentale si contesta l'erroneità del punteggio tecnico attribuito per questa voce al raggruppamento Telecom circa "*la consistenza del SIS e qualità del curriculum e delle certificazioni del personale indicato*", nonché "*la consistenza numerica del gruppo*". Tale censura si appalesa a questo punto inammissibile, perché non sorretta più da un interesse processuale, traducendosi il suo eventuale accoglimento in una diminuzione di punteggio per l'associazione Telecom, esito dal quale evidentemente il raggruppamento Fastweb, una volta escluso, per effetto delle statuizioni sopra svolte, dalla procedura di gara, non ritrarrebbe più alcun beneficio diretto, concreto e attuale.

12. Per tutti gli esposti motivi i riuniti ricorsi principali, con i conseguenti atti di motivi aggiunti, devono essere

accolti, mentre i ricorsi incidentali devono essere respinti, per le motivazioni sopra svolte, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Le spese, secondo il criterio della soccombenza, devono essere poste a carico dell'amministrazione resistente e del raggruppamento ricorrente incidentale, nell'importo liquidato in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede di Napoli, sez. III, definitivamente pronunciando sui ricorsi di cui in epigrafe indicati, ne dispone la riunione e così decide:

- 1) accoglie i ricorsi principali;
- 2) respinge i ricorsi incidentali;

e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati con i ricorsi principali.

Condanna la Regione Campania e la società controinteressata ricorrenti incidentali al pagamento in solido tra loro, delle spese processuali, che si liquidano in complessivi euro 6.000,00 (seimila/00).

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Sabato Guadagno, Presidente

Paolo Carpentieri, Consigliere, Estensore

Paola Palmarini, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/12/2013

IL SEGRETARIO

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