

Publicato il 01/08/2023

N. 04661/2023 REG.PROV.COLL.
N. 04452/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4452 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Cosmopol S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 8796468308, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianluigi Pellegrino, Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Universita' degli Studi Napoli Federico II, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliataria ex lege in Napoli, via Diaz 11;

nei confronti

Prestige S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo D'Avino, Andrea Orefice, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a) del provvedimento prot. 99763 del 29.07.2022 con cui è stata comunicata l'esclusione dalla gara 3/S/2021 per l'affidamento del servizio di vigilanza armata presso le sedi dell'Università degli studi di Napoli Federico II in relazione al Lotto n. 3 - CIG 8796468308 per pretesa incongruità dell'offerta;

b) della relazione sulla verifica di anomalia trasmessa dal Responsabile del Procedimento richiamata nel provvedimento sub a); c) dei verbali di gara con particolare riferimento al verbale n. 3 del 01.06.2022 e n. 4 del 25 luglio 2022 nonché al verbale di contraddittorio del 20.06.2022;d) del disciplinare di gara e del capitolato speciale d'appalto nella parte in cui (cfr. art. 11) imponessero il numero massimo di addetti da assegnare per l'esecuzione del servizio, in violazione del monte ore massimo previsto ex lege; e) di tutti gli atti istruttori del procedimento di verifica di anomalia della offerta della ricorrente e, tra questi in particolare, della nota del RUP prot. n. 67396 del 06.06.2022 di richiesta di giustificazioni

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Cosmopol S.p.A. il 5/12/2022:

h) del provvedimento prot. 130766 del 27/10/2022 con cui è stata confermata

esclusione dalla gara 3/S/2021 per l'affidamento del servizio di vigilanza armata presso le sedi dell'Università degli studi di Napoli Federico II in relazione al Lotto n. 3 - CIG 8796468308 per pretesa incongruità dell'offerta;

i) del verbale n. 4 del 26.10.2022, richiamato nel provvedimento sub h), con il quale la commissione di gara, all'esito dell'attività di riesame, ha confermato l'esclusione della ricorrente per pretesa incongruità dell'offerta;

l) della relazione di riesame del 24/10/2022 a firma Responsabile del Procedimento, richiamata nel verbale di commissione di cui alla precedente lettera i);

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Cosmopol S.p.A. il 23/1/2023:

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Università degli Studi Napoli Federico II e di Prestige S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nell'udienza pubblica del 27 luglio 2023 la relazione del consigliere Paolo Corciulo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Cosmopol s.p.a. ha partecipato alla procedura aperta indetta dall'Università degli Studi di Napoli Federico II per l'affidamento del servizio di vigilanza armata presso le proprie sedi, gara divisa in cinque lotti, risultando all'esito delle operazioni di selezione, migliore offerente per i lotti 2 e 3. Con riferimento al lotto 3, all'esito della fase di verifica dell'anomalia dell'offerta, che si era svolto mediante richiesta di chiarimenti e successivo contraddittorio, Cosmopol s.p.a. è stata esclusa, avendo la stazione appaltante ritenuto incongrua la sua offerta.

Nella relazione istruttoria di verifica dell'anomalia, si rappresenta che «Considerati i rilievi effettuati, emerge, pertanto, che il costo agente/h non sarebbe 16,65 (espresso in offerta economica alla voce “stima costi manodopera” ed indicato dalla Società nei giustificativi) ma dovrebbe essere pari a 17,89. Ne consegue che il costo manodopera espresso in 1.548.450,00 € nel primo giustificativo (=93.000 ore x 16,65 €/h) non trova coincidenza nel costo manodopera che si ricaverebbe dal calcolo dei costi effettuato dal sottoscritto in base ai giustificativi e ai chiarimenti forniti dalla Società, in quanto pari a 1.666.185,15 €. L'incremento totale, considerando anche l'incremento pari a 2.960,20 euro per i costi tecnici e generali, risulta essere pari a 120.695,35 €. Inoltre, la Società non quantifica, anche solo in misura percentuale, i costi per i Security Manager e per addetti contact center e

addetti per centrale, che farebbe supporre maggiori costi sul quinquennio e non quantifica i costi relativi al piano della formazione e non fornisce gli opportuni chiarimenti in merito alla sostenibilità economica del progetto della formazione. Considerato tutto quanto sopra esposto, tenuto conto del fatto che le giustificazioni presentate e gli ulteriori chiarimenti e documenti prodotti - anche in sede di contraddittorio e peraltro con frequenti e successive modifiche dei dati dichiarati nell'ambito del sub procedimento di verifica di anomalia, modifiche che pure ingenerano dubbi sulla serietà ed affidabilità dell'Offerta originariamente formulata - non hanno fornito (per tutte le motivazioni riportate nella presente relazione) elementi adeguati per superare il sospetto di anomalia dell'Offerta presentata, si esprime una valutazione di non congruità dell'offerta per il lotto n. 3, che risulta, nel suo complesso, inaffidabile'». Inoltre, si rappresentava che « in pratica l'incremento totale dei costi è pari a € 120.695,35. Pur volendo ipotizzare una compensazione sull'utile, essendo quest'ultimo pari a € 101.927,53, si otterrebbe un importo negativo dalla differenza tra l'incremento totale dei costi e tale utile, pari a – 18.767,82 €'».

Avverso la nota prot. 99763 del 29 luglio 2022 di comunicazione di esclusione e nei confronti degli atti del subprocedimento di verifica dell'anomalia ha propositato ricorso a questo Tribunale Cosmopol s.p.a. chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari.

A sostegno dell'impugnazione parte ricorrente sono state proposte le seguenti censure.

Con riguardo ai chiarimenti resi in sede di contraddittorio documentale Cosmopol s.p.a. premette di avere evidenziato che: 1) il RUP, dopo aver dato atto dell'integrale rispetto della voce, avrebbe comunque osservato "si registra una ripetuta variazione dei dati relativi al numero di GPG da impiegare". In realtà la diminuzione delle GPG sarebbe stata chiesta direttamente dalla Stazione appaltante in sede di verifica della anomalia; 2) allo stesso modo, avuto riguardo agli "Oneri per la sicurezza" il RUP in maniera del tutto

superflua ha evidenziato “si rilevano continue variazioni in riduzione della voce oneri per la sicurezza pur garantendo il minimo tabellare”; 3) parte ricorrente, ancora, contesta l’affermazione contenuta nella relazione circa la “ripetuta variazione degli importi relativi ad assegni ad personam e scatti triennali”, avendo la società ricorrente nei primi giustificativi indicato gli stessi nella misura prevista dalle Tabelle Ministeriali, salvo, poi, su richiesta ancora una volta del RUP, rimodulare gli stessi per il personale oggetto di cambio appalto.

Quanto alle specifiche ragioni della contestata anomalia Cosmpol s.p.a. ha sollevato le contestazioni qui di seguito descritte.

Innanzitutto, avuto riguardo ai permessi di assenza dal lavoro che Cosmopol s.p.a. aveva considerato come non fruiti, riducendo così il monte ore lavorate a 1877, monetizzando il relativo costo come aggiuntivo, il RUP aveva obiettato che non sarebbe possibile concedere “zero” permessi retribuiti, per cui ha eliminato le ore relative (140 pro capite potenzialmente fruibili) dal monte ore complessivo delle GPG, imponendo anche un aumento dei costi corrispondente per le sostituzioni. Deduce Cosmopol s.p.a. che ben sarebbe possibile la rinunciabilità alle ore di permesso da parte dei dipendenti, come in concreto accade per essa azienda, preferendo gli addetti “monetizzare” le ore di permesso non fruito. Tale situazione sarebbe attestata da idonea documentazione basata sulle statistiche aziendali, comprovanti la storica mancata fruizione delle ore di permesso. Ripristinando il monte ore medio annuo di ore lavorate, pari a 2017, non vi sarebbero né modifiche al costo medio orario mediato sul quinquennio, indicato da Cosmopol s.p.a. in € 16,65, né conseguentemente i maggiori costi della manodopera erroneamente ipotizzati dal RUP.

Con la seconda contestazione si deduce che la stazione appaltante, in maniera del tutto illogica, dopo aver considerato le 140 ore di permesso come integralmente fruito (e quindi non monetizzabili), nel ricalcolare il costo medio orario mediante applicazione del divisore determinato dalla riduzione

delle 140 ore di permesso portandolo da 2017 ore a 1.877 ore (2017 – 140), ha erroneamente mantenuto anche la voce di costo “oneri differiti” – non prevista dalla Tabella Ministeriale, ma appositamente implementata da Cosmopol s.p.a. per ristorare il mancato godimento. Si osserva che non sarebbe possibile la coesistenza tra fruizione delle ore di “permesso” e monetizzazione prevista per l’opposto caso di mancato godimento delle stesse.

Ancora, in sede di contraddittorio la stazione appaltante aveva preso atto che nel quinquennio Cosmopol s.p.a. avrebbe fruito della decontribuzione SUD per 76.950,55 euro (pari al 30% per i primi 3 anni e ed al 20% per gli altri due), evidenziando che pur non avendolo inserito nel calcolo dei costi della manodopera, comunque ciò avrebbe generato un utile. Tuttavia, nonostante tale premessa, della circostanza non si sarebbe tenuto conto nella valutazione finale di anomalia. Eppure, aggiunge parte ricorrente, la contestata perdita sarebbe sicuramente compensata sia dalla corretta quantificazione delle ore lavorate (id est, la questione dei permessi premio), sia dalla considerazione della spettanza dello sgravio contributivo.

Avuto riguardo alla presunta sottostima dei costi per la formazione del personale va rilevato che Cosmopol s.p.a. deduce di avere dimostrato e documentato che, alla data di presentazione dei giustificativi, disponeva di un importo complessivo pari ad € 238.000,00 sul proprio conto aziendale presso il Fondo Interprofessionale Fonservizi; Fondo che è costantemente alimentato mediante l’accantonamento dello 0,30% della contribuzione di ciascun lavoratore ed è, pertanto, destinato ad incrementarsi costantemente. In ogni caso, come emerge dal preventivo inerente ai percorsi formativi ingegnerizzati proposti per il lotto 2, il costo complessivo è pari a € 10.000 nel quinquennio.

Si è costituita in giudizio l’Università degli Studi Federico II.

Alla camera di consiglio dell’11 ottobre 2022 con ordinanza n. 1768/22 pubblicata il giorno successivo, il Tribunale ha accolto la domanda cautelare ai

fini del riesame, fissando l'udienza pubblica di discussione per il 26 gennaio 2023, adottando la seguente motivazione: « Rilevato, da un primo sommario esame, proprio della fase cautelare, che, a prescindere dalla plausibilità di quanto rappresentato dalla società ricorrente in merito ad un'incidenza pari a zero del costo dei permessi retribuiti nel quinquennio di esecuzione del servizio, così come della opposta prospettazione della stazione appaltante in termini di integrale fruizione dei medesimi nel predetto periodo, ciò che rileva ai fini della congruità dell'offerta, intesa come complessiva sostenibilità economica, è la copertura di tali maggiori costi, indicata nelle giustificazioni in forma di monetizzazione, come voce "oneri differiti";Ritenuto che nella relazione di verifica è operata una riduzione del monte ore, quale conseguenza della ritenuta integrale fruizione dei predetti permessi nel quinquennio, senza che sia stata operata una controbilanciata valutazione del venir meno dell'incidenza della corrispondente monetizzazione indicata negli "oneri differiti";Ritenuto che, anche l'incidenza della cd. decontribuzione debba costituire oggetto di più approfondito esame in sede di verifica di congruità, atteso che non è escluso che una rivalutazione di ambedue gli elementi de quibus possano condurre a ritenere l'offerta in utile e, quindi, congrua».

Con nota n. 130766 del 27 ottobre 2022, la stazione appaltante ha comunicato a Cosmopol s.p.a. la nuova esclusione dalla gara per le motivazioni riportate nel verbale della Commissione di Gara n. 4 della seduta pubblica del 26 ottobre 2022, corredato dalle relazioni del RUP.

Nelle relazione istruttoria del responsabile unico del procedimento si evidenzia - come passi salienti - quanto segue: «Con riferimento alle ore per permessi annui retribuiti, si conferma quanto era stato già evidenziato nella Relazione Definitiva, che non risulta corretto non riconoscere a priori (azzerandole) a tutte le 9,22 GPG impiegate, le 140 ore previste dalla tabella ministeriale alla voce "Permessi annui retribuiti (20 gg - ex artt. 76 e 84)". Queste ore, infatti, rappresentano una voce prevista dal CCNL a tutela dei diritti dei lavoratori, la cui monetizzazione è prevista dal CCNL ma solo al

termine dell'anno di servizio (o frazione di anno) e limitatamente alle ore di permesso non usufruite nel corso dell'anno precedente». Inoltre, si specifica «Invero, considerando le 1877 ore e la necessità di prevedere le 140 ore per Permessi annui retribuiti (20 gg - ex artt. 76 e 84) come da CCNL, nonché il numero di 9,22 GPG che la Società espone, emerge che potrebbero essere garantite solo $(1877 \text{ ore annue} / \text{GPG} \times 9,22 \text{ GPG} =) 17.305,94$ ore per anno, nel caso di attivazione del servizio presso la sede di Scampia - e pertanto la Società non riuscirebbe a garantire il monte ore annuo richiesto pari a 18627 ore – e, nel caso di mancata attivazione del servizio presso la sede di Scampia, potrebbero essere garantite solo $(1877 \text{ ore annue} / \text{GPG} \times 4,88 \text{ GPG} =) 9.159,76$ ore per anno e pertanto la Società non riuscirebbe a garantire il monte ore annuo richiesto dall'Amministrazione pari a 9.867 ore. Invero, la Società, al fine di garantire il monte ore annuo richiesto (9.867 in caso di mancata attivazione della sede di Scampia e 18627 ore effettive in caso di attivazione della sede di Scampia), dovrebbe assegnare un numero maggiore di ore di straordinario a ciascuna GPG, pari appunto a 140 ore annue, con conseguente sopportazione dei relativi (maggiori) costi.».

Ancora, «In ogni caso, si rileva che, seppur si azzerano i c.d. “Oneri differiti” che la Società ha previsto per

la monetizzazione di tali ore, il costo della manodopera in ogni caso risulta differente rispetto a quello indicato dalla società; nel prospetto economico, ridefinito dal sottoscritto, si evidenzia l'incidenza economica di tale impostazione. Si rinvia allo stesso [cfr. Tabella B]».

Con riferimento alla tematica della “decontribuzione Sud”, nella relazione si rappresenta che «In relazione agli sgravi contributivi richiamati dalla Società nel documento presentato in sede di contraddittorio, pari a € 76.950,55. Si osserva che tale decontribuzione – come ammesso dalla Società – rappresenta un elemento meramente eventuale, rispetto al quale non vi è certezza di una conferma negli anni successivi. D'altronde dalla documentazione prodotta dal concorrente, emerge che lo stesso è stato ammesso al beneficio fiscale in un

momento successivo alla presentazione delle giustificazioni/chiarimenti nel corso del contraddittorio; pertanto, tale elemento non poteva essere considerato come certo al momento della verifica. Giova, tuttavia, evidenziare che la legge di Bilancio 2021 ha esteso fino al 31 dicembre 2029 l'esonero contributivo "Decontribuzione sud". Tale agevolazione è però soggetta all'autorizzazione della Commissione europea e che, ad oggi, la stessa Commissione europea ha approvato tale misura, limitatamente al periodo 1° luglio 2022 – 31 dicembre 2022, con la Decisione C(2022)4499 final del 24 giugno 2022. Bisogna considerare che al tempo del contraddittorio la suddetta decisione non era stata ancora presa e pertanto la decontribuzione è stata considerata unicamente come eventuale. Ad oggi, in sede di riesame, si può tener conto di tale sgravio nei limiti in cui lo stesso è stato riconosciuto come certo, ossia limitatamente al periodo 1° luglio 2022 – 31 dicembre 2022 (...).».

Avverso la nuova esclusione ha proposto motivi aggiunti di ricorso Cosmopl s.p.a. notificati in data 25 novembre 2022 e depositati il 5 dicembre 2022, con contestuale proposizione di domanda cautelare.

I motivi aggiunti si sviluppano attraverso due specifiche contestazioni.

Con la prima censura Cosmopol s.p.a. innanzitutto ha contestato –con ciò evidenziando anche la violazione o elusione dei principi conformativi contenuti nell'ordinanza cautelare propulsiva - la decisione del RUP di confermare l'impossibilità di monetizzare le ore di permesso non fruito. Inoltre, si contesta l'illegittimità del percorso argomentativo esposto nella relazione istruttoria, ove a seguito della riassegnazione delle 140 ore per permessi alle GPG, e quindi della necessità di procedere a lavoro straordinario per assicurare il monte ore stabilito per l'esecuzione dell'appalto, era tuttavia stato mantenuto nella tabella riepilogativa la voce oneri differiti.

Parte ricorrente ha poi evidenziato che nella relazione istruttoria sono state elaborate tre distinte tabelle, denominate rispettivamente con le lettere A (contenente il prospetto economico volto ad evidenziare le differenze rispetto a quello indicato dalla società nei propri giustificativi, calcolando un costo

medio orario di € 17,89 ed una perdita pari a € 28.446,23), B (prospetto economico ottenuto eliminando dall'offerta gli importi riferiti alla voce "Oneri differiti" calcolando un costo medio orario di €17,33 ed un utile di €23.170, 50) e C (quadro economico ottenuto eliminando gli importi riferiti alla voce "Oneri differiti" e ipotizzando la previsione di n. 140 ore di straordinario affinché la Società sia in grado di garantire il monte ore annuo richiesto dalla Stazione Appaltante; ciò, calcolando un costo medio orario di €18,06 ed una perdita pari a € 43.931,26).

Con riferimento alla tabella C, che si assume essere più rispondente ai criteri seguiti dal RUP (contenendo la fruizione integrale delle ore di permesso, l'introduzione di lavoro straordinario per supplirvi ed assicurare il monte orario complessivo e la eliminazione della voce oneri differiti) Cosmopol s.p.a. evidenzia che erroneamente il divisore del costo complessivo non viene ricalcolato come valore pari a 2017, ossia computando le ore di straordinario, ma ancora ad ore 1877. Inoltre, sarebbe errata l'incidenza dei costi per contributi INPS ed INAIL, non tenendosi conto dell'incremento di imponibile dovuto alle maggiorazioni per lavoro straordinario.

In tal modo, operando l'esatto calcolo del costo medio orario nel quinquennio questo sarebbe pari a € € 16,85 (15,97 + 16,15 + 17,10 + 17,31 + 17,73 €/h. / 5 anni 16,85 €), determinando un utile di € 68.740,55; tanto, «addirittura senza invocare, lo sgravio contributivo (Decontribuzione Sud) per l'intera durata dell'appalto, pari a 5 anni, ma soltanto (come ipotizzato dal RUP) sino al 31/12/2022».

Parte ricorrente passa poi a contestare anche i calcoli contenuti nelle tabelle A e B, premettendone l'inutilità a fini di valutazione di anomalia, in quanto come premesso dallo stesso RUP le relative ipotesi ricostruttive presuppongono la mancata copertura del monte ore complessivo. In ogni caso, mentre nella tabella A non è controbilanciato l'integrale godimento dei permessi con l'eliminazione della voce di costo per "oneri differiti", nella tabella B pur scomputandosi la voce di costo per "oneri differiti" a fronte della

riassegnazione alle GPG delle 140 ore per permessi retribuiti, viene sottratto il solo elemento retributivo legato a tale voce di costo, ma non il correlato elemento contributivo, mantenendo ancora gli imponibili INPS ed INAIL dell'ipotesi A.

Con il secondo motivo aggiunto si contesta quanto opinato dal RUP nella relazione istruttoria che ha limitato il beneficio della "decontribuzione SUD" al periodo 1° luglio – 31 dicembre 2022, non estendendola quindi all'intera durata dell'appalto, essendo subordinata all'approvazione da parte della Commissione Europea. Al riguardo, viene richiamata quella giurisprudenza secondo cui la previsione normativa in esame sarebbe sufficiente ad ipotizzare una ragionevole e attendibile programmazione imprenditoriale che faccia leva su di essa.

Si è costituita in giudizio l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

Alla camera di consiglio del 16 dicembre 2022, con ordinanza n. 2202/22, il Tribunale ha respinto la domanda cautelare ed ha disposto verifica tecnica, nominando il Direttore dell'Ispettorato Territoriale del Lavoro di Napoli e proponendo i seguenti quesiti: « - Non vi è contestazione tra le parti in ordine alla circostanza per cui il monte ore "annuale" del servizio è di 9.867 ore in caso di mancata attivazione della sede di Scampia e 18627 ore effettive in caso di attivazione della sede di Scampia; tale ipotesi è quella configurata nella relazione istruttoria con la tabella C, in cui si presuppone tale monte ore annuale e la necessità di aggiungere all'impiego di personale 140 ore di straordinario al fine di supplire alla fruizione da parte delle GPG dedicate al servizio dei permessi annui retribuiti ed ottenere un numero di ore lavorate per ciascuna GPG pari a 2017;

Parte ricorrente contesta che il divisore impiegato in sede istruttoria possa essere 1877 ore come si assume essere stato calcolato, dovendo essere quello pari a 2017 ore, tenendo conto del monte ore inclusivo delle 140 ore di straordinario necessario per la copertura del monte ore annuo di servizio; La stazione appaltante assume che il costo del lavoro straordinario sia superiore

del 30% rispetto a quanto calcolato dalla società ricorrente; A tale fine si formula il seguente quesito:

- Dica il verificatore quale sia il costo complessivo della manodopera da sostenersi per ciascun anno di servizio, e quindi nel quinquennio secondo l'ipotesi formulata nella relazione istruttoria ed elaborata nella tabella C;
- Calcoli il verificatore il costo complessivo per il servizio rispetto al valore di offerta, se esso sia o meno in utile ed in perdita, sia considerando l'applicazione della cd. "decontribuzione Sud" per l'intero quinquennio, sia calcolandola solo fino al 31 dicembre 2023;».

Con atto notificato e depositato in data 23 gennaio 2023 parte ricorrente ha proposto un secondo atto di motivi aggiunti, impugnando il provvedimento dell'Università prot. n. DG/2023/10 del 11/01/2023 con cui è stata disposta l'aggiudicazione del lotto per cui è giudizio alla Prestige S.r.l.

A sostegno dell'impugnazione è stata configurata l'illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione rispetto alle censure proposte con il primo atto di motivi aggiunti.

Con decreto n. 154 del 24 gennaio 2023 è stata accolta la domanda di adozione di misure cautelari in sede monocratica e fissata la camera di consiglio del 16 febbraio 2023 per la trattazione in sede collegiale.

Si è costituita in giudizio Prestige s.r.l. e l'Università degli Studi ha depositato memoria.

Alla camera di consiglio del 16 febbraio 2023 con ordinanza n. 309/23 è stata accolta la domanda cautelare, previa prestazione di cauzione da parte della società ricorrente, e fissata udienza di discussione per il 18 maggio 2023, con contestuale concessione di proroga del termine per il deposito dell'elaborato di verifica.

La verifica è stata depositata in data 15 maggio 2023.

All'udienza pubblica del 18 maggio 2023, la trattazione è stata differita all'udienza del 27 luglio 2023, onde consentire alle parti di depositare memorie sulla verifica.

All'udienza pubblica del 27 luglio 2023, in vista della quale sono state depositate memorie, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Deve preliminarmente essere dichiarata l'improcedibilità del ricorso introduttivo per sopravvenuta carenza di interesse. Invero, a seguito di ordinanza cautelare propulsiva, la stazione appaltante ha proceduto alla rinnovazione della valutazione di anomalia dell'offerta della ricorrente, adottando un provvedimento di conferma propria della precedente esclusione, provvedimento –impugnato con il primo atto di motivi aggiunti - che si pone quale nuova ed esclusiva fonte regolativa del rapporto controverso.

Occorre, pertanto, procedere all'esame del primo atto di motivi aggiunti.

Innanzitutto, occorre operare una precisazione circa il compito assegnato al verificatore. In particolare, oggetto dell'incarico non è stata la rinnovazione delle operazioni di verifica dell'anomalia dell'offerta di Cosmopol s.p.a., come tali implicanti un puntuale accertamento circa l'avvenuta dimostrazione documentale dell'effettiva rispondenza dei costi esposti per lo svolgimento del servizio, quanto una ricostruzione dei dati contabili indicati nella relazione del responsabile unico del procedimento, con le variabili specificate nella formulazione dei quesiti. In tal senso, il verificatore si ritiene abbia puntualmente svolto il proprio incarico ai fini della decisione della controversia.

Con riferimento al primo motivo aggiunto, occorre esaminare, in questa fase di merito, la questione, non esaminata in fase cautelare, della facoltà della società ricorrente di aver calcolato le 140 ore di permessi retribuiti alle GPG (valore che importo corrisponde alla differenza tra il monte ore di 1877 e quello di 2017, in pratica il valore del cd "divisore") come ore di effettivo servizio, includendole nel monte ore dedicato allo svolgimento delle prestazioni contrattuali.

Sul punto, il responsabile unico del procedimento, nella sua relazione del 24 ottobre 2022, posta a fondamento della conferma di esclusione di Cosmopol

s.p.a., ha ribadito che «Con riferimento alle ore per permessi annui retribuiti, si conferma quanto era stato già evidenziato nella Relazione Definitiva, che non risulta corretto non riconoscere a priori (azzerandole) a tutte le 9,22 GPG impiegate, le 140 ore previste dalla tabella ministeriale alla voce “Permessi annui retribuiti (20 gg - ex artt. 76 e 84)”. Queste ore, infatti, rappresentano una voce prevista dal CCNL a tutela dei diritti dei lavoratori, la cui monetizzazione è prevista dal CCNL ma solo al termine dell’anno di servizio (o frazione di anno) e limitatamente alle ore di permesso non usufruite nel corso dell’anno precedente. Inoltre, si rileva un indiscriminato, preventivo e generalizzato azzeramento delle ore di permesso da parte della Società, laddove l’ art. 82 del CCNL, prevede che il lavoratore – per scelta propria o per esigenze aziendali di servizio – può “non usufruire, in tutto o in parte, i permessi accumulati”, prevedendo in tal caso la corresponsione della retribuzione con le maggiorazioni ivi stabilite. Pertanto, seppur ammissibile che il lavoratore vi rinunci per esigenze aziendali di servizio e che la Società possa prevedere la relativa monetizzazione, si ritiene non opportuna la valutazione della Società di non prevedere ore per “permessi annui retribuiti” per le GPG impiegate. Si ribadisce, pertanto, la non condivisione della scelta aziendale di azzeramento delle ore di “permessi annui retribuiti”, dovendo le stesse essere rimesse a valutazioni dei lavoratori a fine anno nel momento in cui – per propria volontà o per esigenze aziendali imposte dalla Società - devono poter chiedere la monetizzazione delle ore di permesso non godute ex art. 84 CCNL».

L’argomentazione posta a fondamento dell’assunto è smentita da condivisibile sentenza del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato V Sezione 6 dicembre 2019 n. 8344) che nel ritenere la rinunciabilità dei permessi retribuiti ritiene che tale principio «trova ulteriore conferma nell’art. 82 del CCNL, ove si ammette espressamente che il lavoratore – per scelta propria o per esigenze aziendali di servizio – può “non usufruire, in tutto o in parte, i permessi accumulati”,

prevedendo in tal caso la corresponsione della retribuzione con le maggiorazioni ivi stabilite».

Ebbene, in disparte tale condivisibile principio, è la stessa motivazione addotta dal responsabile unico del procedimento a rivelarsi per nulla convincente. Invero, pur riconoscendo egli la giuridica possibilità di una rinuncia a tali permessi (anche) per esigenze aziendali di servizio, lo stesso ha ritenuto “non opportuna” e non condivisibile la valutazione della società ricorrente di non prevedere ore per “permessi annui retribuiti” per le GPG impiegate.

Occorre evidenziare che la possibilità di non fruizione dei permessi, oltre che al lavoratore, è riconosciuta espressamente dalla norma contrattuale anche “per esigenze aziendali di servizio”, in altri termini, ad una scelta ricadente nel dominio esclusivo della parte datoriale (controbilanciata dalla certezza per i lavoratori di spettanza della retribuzione) cui sola è rimessa ogni valutazione di opportunità, ricadendosi nell’applicazione del principio costituzionale di libertà di impresa. Consentire in sede di valutazione di anomalia al responsabile unico del procedimento di giudicare come “non opportune” o non condivisibili siffatte scelte, espressamente riservate all’imprenditore dalla contrattazione collettiva, significherebbe travalicare i compiti propri della verifica di attendibilità estrinseca dell’offerta e sovrapporre un giudizio di tipo sostitutivo da parte della stazione appaltante; nè, dalla lettura della relazione del responsabile unico del procedimento è dato scorgere qualche elemento sintomatico di inattendibilità della affermazione di Cosmopol s.p.a. sulla rinunciabilità dei permessi retribuiti, essendosi risolta ogni valutazione sul punto in un’apodittica e generale inopportunità o non condivisibilità della scelta aziendale de qua, laddove, ad adiuvandum, non è per nulla escluso che una simile opzione possa essere stata approvata o comunque non contestata dai lavoratori, interessati al conseguimento della commessa che garantisce loro maggiori opportunità di lavoro.

Da quanto premesso, discende che del tutto legittimamente la società ricorrente aveva quantificato le ore di servizio dedicate in 2017 per GPG,

ossia tenendo conto anche delle ore per permessi retribuiti, di cui non è stata accertata, né indagata ogni eventuale e concreta inattendibilità.

Ne discende che il corretto divisore orario corrispondente al monte ore della singola GPG è pari a 2017, valore che, moltiplicato per le 9,22 GPG dedicate al servizio, determina il prodotto di 18.596,74 ore, monte orario che potrebbe consentire di soddisfare le esigenze di servizio.

Le considerazioni che precedono impongono al Collegio di prescindere dall'esame dell'incidenza del lavoro straordinario, essendo venuto meno il presupposto logico del ricorso a tale forma organizzativa, secondo il percorso argomentativo del responsabile unico del procedimento.

Passando all'esame del secondo motivo aggiunto, relativo alla durata del periodo di fruizione del regime di agevolazione contributiva denominato "decontribuzione Sud" è sufficiente richiamare il consolidato, nonché ribadito di recente, orientamento del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato III Sezione, 10 febbraio 2023, n. 148), secondo cui: «4.4. Sempre in via preliminare, occorre chiarire che la valutazione di anomalia, avendo intrinsecamente carattere prospettico (dovendo basarsi sulla considerazione dei costi che l'impresa presumibilmente sosterrà nell'esecuzione della commessa), deve svolgersi secondo parametri (non di certezza, ma) di ragionevole prevedibilità: ne consegue che la stessa potrà ritenersi inficiata nella sua attendibilità solo quando risulti che la stazione appaltante (e, prima ancora, l'impresa interessata), nel ritenere la congruità dell'offerta scrutinata, ha fatto affidamento su elementi del tutto arbitrari, perché sganciati da ogni margine di prevedibile accadimento. E' evidente che, nell'ambito del sindacato avente ad oggetto la correttezza della valutazione di anomalia, potrà darsi spazio anche ad elementi sopravvenuti rispetto alla stessa, laddove idonei a corroborare la attendibilità delle conclusioni cui la stazione appaltante sia pervenuta. 4.5. Ciò premesso, deve osservarsi che la misura agevolativa de qua è prevista dall'art. 1, comma 161, l. 30 dicembre 2020, n. 178, ai sensi del quale: "Al fine di contenere il perdurare degli effetti straordinari sull'occupazione, determinati

dall'epidemia di COVID-19 in aree caratterizzate da grave situazione di disagio socio-economico, e di garantire la tutela dei livelli occupazionali, l'esonero contributivo di cui all'articolo 27, comma 1, del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126, si applica fino al 31 dicembre 2029, modulato come segue: a) in misura pari al 30 per cento dei complessivi contributi previdenziali da versare fino al 31 dicembre 2025; b) in misura pari al 20 per cento dei complessivi contributi previdenziali da versare per gli anni 2026 e 2027; c) in misura pari al 10 per cento dei complessivi contributi previdenziali da versare per gli anni 2028 e 2029". Il comma 164 del medesimo articolo prevede inoltre che "l'agevolazione di cui al comma 161 è concessa dal 1° gennaio 2021 al 30 giugno 2021 nel rispetto delle condizioni previste dalla comunicazione della Commissione europea C(2020) 1863 final, del 19 marzo 2020, recante un « Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19 »", mentre, ai sensi del comma 165, "dal 1° luglio 2021 al 31 dicembre 2029 l'agevolazione di cui al comma 161 è concessa previa adozione della decisione di autorizzazione della Commissione europea ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e nel rispetto delle condizioni previste dalla normativa applicabile in materia di aiuti di Stato". Deve inoltre osservarsi che la decontribuzione in trattazione è stata applicata, fino al 30 giugno 2022, ai sensi della sezione 3.1 della comunicazione della Commissione europea C(2020) 1863 final del 19 marzo 2020, e successive modificazioni, recante "Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19" (c.d. Temporary Framework). L'applicazione della misura fino al 31 dicembre 2022 è stata successivamente autorizzata dalla Commissione europea con la decisione C(2022) 4499 final del 24 giugno 2022, nel rispetto delle condizioni di cui alla sezione 2.1 della comunicazione della Commissione C(2022) 1890 final del 23 marzo 2022, concernente "Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a

sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina" (c.d. Temporary Crisis Framework). La Commissione europea, con la decisione C(2022) 9191 final del 6 dicembre 2022, ha infine prorogato l'applicabilità della decontribuzione in oggetto al 31 dicembre 2023, ritenendo che le misure di sostegno nazionali possano aiutare effettivamente le imprese colpite dalle gravi perturbazioni dell'economia causate dall'aggressione russa all'Ucraina, dalle sanzioni imposte dall'Unione europea o dai suoi partner internazionali, nonché dalle contromisure economiche adottate finora dalla Russia, preservando i livelli di occupazione.

4.6. In tale quadro normativo, può ragionevolmente affermarsi che la valutazione positiva di anomalia esperita dalla stazione appaltante – sulla scorta del rilievo secondo cui “il costo della manodopera, considerando gli sgravi fiscali, è conforme ai valori tabellari di riferimento” – sia fondata su dati dotati di sufficiente concretezza e, comunque, affatto aleatori o incerti, come invece sostiene la parte appellante, sussistendo univoci elementi per ritenere che, nel periodo di prevista esecuzione dell'accordo quadro, come innanzi determinato, l'aggiudicataria avrebbe potuto beneficiare del regime decontributivo suindicato.

4.7. Deve al riguardo premettersi che le richiamate comunicazioni della Commissione UE si iscrivono nel quadro tipologico delle comunicazioni cd. decisorie, mediante le quali essa indica le linee direttrici cui ispirerà l'esercizio del suo potere decisionale, in particolare, ai fini della valutazione della compatibilità degli aiuti di Stato introdotti dagli Stati membri e destinati, in particolare, “a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro”, ai sensi dell'art. 107, comma 3, lett. b) T.F.U.E.. Ebbene, chiarito che la suddetta valutazione di (non) anomalia è stata formalizzata in data 5 aprile 2022, deve rilevarsi che a quella data la richiamata comunicazione della Commissione C(2022) 1890 final del 23 marzo 2022 offriva un quadro sufficientemente definito il quale consentiva di ipotizzare ex ante la compatibilità della misura decontributiva de qua con le norme europee in materia di aiuti di Stato e, quindi, affermare il carattere affatto incerto ed indeterminato di quella misura

ai fini della valutazione di sostenibilità economica dell'offerta della controinteressata: ciò non senza ribadire che la parte appellante, da un lato, non formula alcuna specifica censura intesa a contestare la sentenza appellata nella parte in cui ha affermato la legittimità delle modifiche delle giustificazioni che, senza alterare l'entità originaria dell'offerta, tengano conto, al fine di dimostrarne la complessiva logicità ed attendibilità, di fattori sopravvenuti, dall'altro lato, non articola alcuna allegazione intesa a dimostrare il contrasto della cd. decontribuzione Sud con le condizioni fissate dalla Commissione con la citata comunicazione. 4.8. Quanto invece alla ulteriore proroga della misura, nella estensione temporale necessaria a "coprire" l'intero periodo di esecuzione dell'accordo quadro, deve osservarsi che la finalizzazione della stessa, come riconosciuto dalla Commissione UE, a fare fronte alle gravi ripercussioni economiche derivanti dall'aggressione della Russia ai danni dell'Ucraina, dalle sanzioni inflitte allo Stato aggressore dall'Unione Europea e dai partner internazionali e dalle contromisure adottate dal primo, offriva ragionevoli elementi per ritenere che, in costanza della suddetta difficile situazione internazionale e dei suoi riflessi sull'economia mondiale, destinati a protrarsi per un significativo lasso temporale, la Commissione UE ne avrebbe ugualmente valutato la compatibilità con l'art. 107 del T.F.U.E.: prognosi la cui plausibilità ha trovato tangibile dimostrazione con la citata decisione C(2022) 9191 final del 6 dicembre 2022, con la quale la suddetta istituzione europea ha autorizzato la proroga della decontribuzione in oggetto al 31 dicembre 2023. 4.9. Deve solo aggiungersi che la giurisprudenza della Sezione si è già orientata nei sensi suindicati. Invero, nello statuire la reiezione della censura intesa a dimostrare l'anomalia di una offerta in relazione al minor costo del lavoro derivante dalla "decontribuzione Sud", sulla scorta della deduzione secondo cui non vi sarebbe stata alcuna certezza sull'applicazione di tale agevolazione per tutto il periodo di esecuzione dell'appalto, per cui, in assenza di una disciplina che specificasse l'eventuale misura e il relativo ammontare anche per i periodi successivi, il

calcolo del costo del lavoro stimato dall'aggiudicataria sarebbe risultato fondato su elementi ipotetici e incerti, in quanto tali inutilizzabili (censura i cui contenuti sono del tutto affini a quelli del motivo di appello in esame), ha osservato la Sezione che “la previsione per legge della ‘decontribuzione Sud’ sino al 2029, per quanto subordinata, dopo il 30 giugno 2022, al via libera della Commissione europea, è sufficiente a giustificare una ragionevole e attendibile programmazione imprenditoriale che faccia leva su di essa (Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza 25 maggio 2022, n. 4191; Tar Lazio, sede di Roma, sezione prima, sentenza 22 febbraio 2022, n. 2094)” (Consiglio di Stato, Sez. III, 20 giugno 2022, n. 5022)».

Alla luce della richiamata e condivisa giurisprudenza deve essere ritenuto fondato il secondo motivo aggiunto, nella parte in cui il responsabile unico del procedimento ha ritenuto applicabile alla società ricorrente il beneficio della “decontribuzione Sud” solo al 31 dicembre 2022 e non anche per tutta la durata quinquennale del servizio, da concludersi prima dell'anno 2029.

Ne discende anche la fondatezza del secondo atto di motivi aggiunti con cui è stato impugnato il provvedimento di aggiudicazione del lotto 2 in favore della società Italpol Vigilanza s.r.l., risultando fondato il dedotto vizio di illegittimità derivata.

In conclusione, in accoglimento dei primi ed i secondi motivi aggiunti devono essere annullati l'impugnato provvedimento di conferma propria dell'esclusione della società ricorrente, nonché il provvedimento di aggiudicazione del secondo lotto in favore della società Prestige s.r.l., dovendo la stazione appaltante rinnovare il procedimento di verifica dell'anomalia, secondo i principi contenuti nella presente sentenza.

Le spese seguono la soccombenza con condanna dell'Università degli Studi di Napoli Federico II al relativo pagamento in favore di Cosmopol s.p.a. nella misura di €5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato e compensazione delle stesse nei confronti della società controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara improcedibile il ricorso introduttivo;

accoglie il primo ed il secondo atto di motivi aggiunti e per l'effetto annulla l'impugnato provvedimento di conferma dell'esclusione di Cosmopol s.p.a. dal lotto 2 della gara ed il successivo provvedimento di aggiudicazione in favore di Prestige s.r.l.

Condanna l'Università degli Studi di Napoli Federico II al pagamento delle spese processuali in favore di Cosmopol s.p.a. nella misura di €5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato con compensazione delle stesse nei confronti della società controinteressata.

Condanna l'Università degli Studi di Napoli Federico II al pagamento delle spese per la verifica che saranno liquidate con separato decreto all'atto della presentazione dell'istanza di liquidazione.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 27 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente, Estensore

Daria Valletta, Primo Referendario

Mariagiovanna Amorizzo, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO