

La presente deliberazione viene affissa il 14 LUG 2010 all'Albo Pretorio per rimanervi 15 giorni

PROVINCIA di BENEVENTO

Deliberazione della Giunta Provinciale di Benevento n. 388 del 09 LUG. 2010

Oggetto: Tar Campania – Ricorso- T.D. GROUP S.p.A. c/ - Provincia di Benevento + 1 -
Ratifica atti e autorizzazione a stare in giudizio.

L'anno duemiladieci il giorno nov del mese di LUGLIO presso la Rocca dei Rettori si è riunita la Giunta Provinciale con l'intervento dei Signori:

1) Prof. Ing. Aniello Cimitile	- Presidente	_____
2) On. Avv. Antonio Barbieri	- Vice Presidente	_____
3) Dr. Gianluca Aceto	- Assessore	<u>ASSENTE</u>
4) Ing. Giovanni Vito Bello	- Assessore	<u>ASSENTE</u>
5) avv. Giovanni Angelo Mosè Bozzi	- Assessore	_____
6) Dr. Annachiara Palmieri	- Assessore	_____
7) Dr. Carlo Falato	- Assessore	_____
8) dr. Nunzio Pacifico	- Assessore	<u>ASSENTE</u>
8) geom. Carmine Valentino	- Assessore	_____

Con la partecipazione del Segretario Generale Dott. Claudio Uccelletti
L'ASSESSORE PROPONENTE Avv. Giovanni Angelo Mosè Bozzi



LA GIUNTA

Premesso che con ricorso notificato il 08/07/2010 la T.D. Group S.p.A. agiva in giudizio contro la Provincia di Benevento + 1. dinanzi al Tar Campania di tutti gli atti connessi e conseguenti per il risarcimento del danno anche in forma specifica;

Con determina n. 563/010 si procedeva alla costituzione nel giudizio pendente a mezzo dell'Avvocatura Provinciale;

Rilevato che in virtù di orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione, in interpretazione del dispositivo di cui all'art.50 T.U.E.L. e con espresso richiamo in

motivazione a precedente normativa (art.36 legge 142/90), e pure in presenza delle attribuzioni dirigenziali di cui all'art.107 del medesimo T.U.E.L., si ritiene sussistere la rappresentanza giudiziale dell'Ente in capo al Presidente della Provincia con autorizzazione a stare in giudizio a mezzo delibera di Giunta;

Ritenuto per tali motivi procedere al conferimento dell'autorizzazione a stare in giudizio dal Presidente della Provincia nel contenzioso di cui in premessa promosso dalla T.D. Group S.p.A. c/ Provincia di Benevento + 1 dinanzi al Tar Campania con ricorso notificato il 08/07/010 e ratificare gli atti di costituzione in giudizio dell'Ente adottati con determina n. 563/010;

Esprime parere favorevole circa la regolarità tecnica della proposta.

li _____

Il Dirigente Settore Affari Legali-Avvocatura
(Avv. Vincenzo Catalano)

Esprime parere favorevole circa la regolarità contabile della proposta,

Li _____

Il Dirigente del Settore FINANZE
E CONTROLLO ECONOMICO
(dr. Filomena Lazazzera)

LA GIUNTA

Su relazione dell'Assessore avv. Giovanni Angelo Mosè Bozzi

A voti unanimi

DELIBERA

Per i motivi espressi in narrativa e che formano parte integrante e sostanziale del presente dispositivo:

Ratificare gli atti di costituzione in giudizio dell'Ente di cui alla determina n. 563/010 ed autorizzare la costituzione nel giudizio promosso con ricorso notificato il 08/07/010 dinanzi al Tar Campania dalla T.D. Group S.p.A. c/ Provincia di Benevento + 1 di tutti gli atti connessi e conseguenti per il risarcimento del danno anche in forma specifica;

Dare alla presente immediata esecutività stante l'urgenza

Verbale letto, confermato e sottoscritto
(Dr. Claudio Uccelletti)

IL PRESIDENTE
(Prof. Ing. Aniello Gimitile)

N. 493 **Registro Pubblicazione**

Si certifica che la presente deliberazione è stata affissa all'Albo in data odierna, per rimanervi per 15 giorni consecutivi a norma dell'art. 124 del T.U. - D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267.

BENEVENTO 14 LUG 2010

IL MESSO

IL VICE SEGRETARIO GENERALE
IV SEGRETARIO GENERALE
Dr.ssa Irena Di Donato

La suesesa deliberazione è stata affissa all'Albo Pretorio in data 14 LUG 2010 e contestualmente comunicata ai Capigruppo ai sensi dell'art. 125 del T.U. - D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267.

SI ATTESTA che la presente deliberazione è divenuta esecutiva a norma dell'art. 124 del T.U. - D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267 e avverso la stessa non sono stati sollevati rilievi nei termini di legge.

Il 27 AGO 2010
IL RESPONSABILE DELL'UFFICIO

IL VICE SEGRETARIO GENERALE
IL SEGRETARIO GENERALE
(Dr.ssa Patrizia TARANTO)

Si certifica che la presente deliberazione è divenuta esecutiva ai sensi del T.U. - D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267 il giorno 25 LUG. 2010.

- Dichiarata immediatamente eseguibile (art. 134, comma 4, D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267)
- Decorsi 10 giorni dalla sua pubblicazione (art. 134, comma 3, D.Lgs.vo 18.08.2000, n. 267)
- E' stata revocata con atto n. _____ del _____.

BENEVENTO, il 27 AGO. 2010

IL VICE SEGRETARIO GENERALE
IL SEGRETARIO GENERALE
(Dr.ssa Patrizia TARANTO)

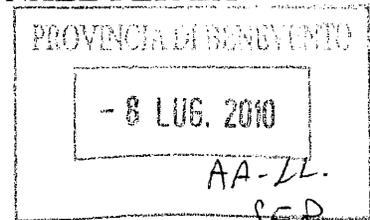
Copia per
2 SETTORE AALL ORG. PERS
SETTORE _____
SETTORE _____
Revisori dei Conti
Nucleo di Valutazione
cap. Capigruppo

il	<u>2360</u>	prot. n. _____
il	<u>16.7.10</u>	prot. n. _____
il	_____	prot. n. _____
il	_____	prot. n. _____
il	_____	prot. n. _____

06 LUG 2010
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA

CAMPANIA - NAPOLI

RICORSO



Per: la **TD GROUP S.p.A.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
Dr. Valterio Castelli nato a Melegnano (MI) il 14/11/1953 (C.F.
CSTVTR53S14F100D) (*di seguito: TD GROUP S.p.A.*), con sede legale in
Vecchiano, Località Migliarino Pisano (Pi), alla Via del Fischione n. 19 (già Via
Traversaglia n. 48), (P. Iva: 00890260508 - C.F.: 06262970152), - R.E.A. Pisa
0431R, rappresentata e difesa - congiuntamente e disgiuntamente -
in calce al presente atto, dagli avv. ti Giovanna Isser (SSR. C/N 73E58 F839B) e
Giuseppina Pica (PCL GPP 81C44 F839E), con i quali effettivamente domicilia
presso lo studio di quest'ultima, in Portici (Na) alla Via G. Poli n. 48;

contro:

la **PROVINCIA DI BENEVENTO**, in persona del Presidente *pro tempore*,
elettivamente domiciliato per la carica in Benevento, alla Piazza Castello (Rocca
dei Rettori) - 82100;

contro:

la **NETGROUP S.r.l.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore* e
dell'amministratore delegato (*di seguito: NETGROUP S.r.l.*), con sede legale in
Marigliano (Na), alla Via Pontecitra n. 23.

Provincia di Benevento
AOO: Prot. Generale
Registro Protocollo Entrata
Nr. Prot. 0019649 Data 08/07/2010
Oggetto RICORSO TD GROUP CONTR
PROVINCIA DI BN
Dest. Edilizia Settore

per l'annullamento, previa sospensiva

I) del provvedimento – determinazione n. 628/02 del 31.5.2010, emesso dalla Provincia di Benevento, Settore Edilizia e Patrimonio, in persona del Dirigente, notificato alla TD GROUP S.p.A. in data 7.6.2010 (*doc.1*, che si deposita), con il quale la Commissione Giudicatrice della medesima Provincia di Benevento, Settore Edilizia e Patrimonio, ha dato atto delle risultanze della gara per l'affidamento del servizio di presidio CED di esso Ente Provinciale ed ha aggiudicato “*definitivamente alla soc. NETGROUP S.r.l. con sede in Marigliano (Na) – Via Pontecidra, 23 – il servizio di presidio del CED della Provincia di Benevento per anni due a partire dalla data di stipula del contratto...*”;

2) di ogni atto presupposto, preparatorio, conseguente e comunque connesso.

per il risarcimento del danno

mediante reintegrazione in forma specifica o, in subordine, per equivalente in favore della ricorrente.

FATTO

I) Con determinazione dirigenziale n. 122/02 in data 3.2.2010, la Provincia di Benevento, Settore Edilizia e Patrimonio, ha indetto la gara con procedura aperta per l'affidamento della fornitura “*del servizio di presidio del CED della Provincia di Benevento per la durata di anni due*”, da svolgersi “*con il sistema del prezzo più basso di cui all'art. 82 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i., con importo a base d'asta per l'intero periodo di durata di euro 168.000,00 oltre IVA al 20%*”.

Nel Capitolato Tecnico – Amministrativo annesso al Bando di gara (*doc. 2*, Bando di Gara e connesso Capitolato, che si depositano) – pubblicato all’Albo Pretorio e sul sito Internet dell’Ente – tra le varie disposizioni sono prescritte al paragrafo 2 le “*Modalità di erogazione del servizio*”, con le quali è stato così stabilito: “*La Ditta si obbliga ad istituire un presidio, coordinato da un proprio responsabile, presso l’Ufficio Sistema Informativo della Provincia di Benevento, situato in Piazza G. Carducci, 1 in Benevento, per fare fronte alle attività di cui al presente capitolato. Il presidio garantirà la propria attività nei giorni feriali con il seguente orario di lavoro: tra le ore 8.00 e le ore 14.00 e tra le ore 14.30 e le 18.30, dal lunedì al venerdì, e, per quanto riguarda il sabato, tramite un servizio di reperibilità dalle ore 8.00 alle ore 14.30.*

In sede di offerta tecnica la Ditta comunicherà il nominativo del responsabile del presidio e fornirà il suo curriculum professionale...” con l’aggiunta di precisazioni circa la manutenzione da assicurare nello svolgimento della fornitura e le attrezzature da prevedere e fornire ai fini della stessa. Elementi, tutti, dei quali, è stata richiesta, pertanto, la qualificazione e l’indicazione a titolo di costi da sostenere.

Tra i requisiti stabiliti ai fini della validità dell’offerta tecnica, poi, il Capitolato suddetto ha previsto, al paragrafo 7 “*Dimensionamento degli addetti al servizio*”, la presenza delle due unità di personale tecnico richieste per la formazione del presidio “nei giorni e negli orari definiti al precedente paragrafo 2, mentre il responsabile del presidio dovrà coordinare tutte le attività garantendo reperibilità nei giorni e negli orari di cui al precedente paragrafo 2 ed una presenza media settimanale di minimo 8 ore...”, oltre che la necessaria

sussistenza – pena l'esclusione dalla gara o, successivamente all'aggiudicazione, pena la revoca dell'affidamento del servizio - di una serie di specifiche certificazioni inerenti almeno una unità del personale del presidio suddetto e di un'esperienza "*pluriennale di almeno tre anni nel settore per servizi similari*" in capo ad ogni unità di personale tecnico del presidio, nonché di una garanzia di un livello di servizio minimo per richieste urgenti e non urgenti (paragrafo 8 Capitolato).

II) Presentate le offerte da parte delle ditte concorrenti, in ossequio ed accettazione integrale delle specifiche contenute nel Capitolato Tecnico – Amministrativo suindicato (*ex* paragrafo 13 del Capitolato), la Commissione giudicatrice ha iniziato le operazioni di gara in data 1° marzo 2010, rilevando la presentazione di n. 6 offerte (**doc. 3**, verbale di gara n. 1, che si deposita) che, a seguito dell'apertura delle rispettive buste di offerta contenenti la "Documentazione amministrativa" richiesta, sono state tutte ammesse.

Dopo l'apertura delle buste delle singole concorrenti, contenti le rispettive offerte economiche, poi, la Commissione giudicatrice ha assegnato la gara provvisoriamente "*alla ditta NETGROUP SRL al costo di € 112.543,00 oltre IVA al 20% per l'intera durata biennale del servizio*", rinviando ad una successiva seduta il calcolo della soglia di anomalia per individuare le offerte anomale e la richiesta di giustificazioni del prezzo.

Iia) Nella seduta in data 2.3.2010 (**doc. 3**, verbale di gara n. 2, che di deposita),, la Commissione giudicatrice ha stimato la soglia di anomalia nella misura del 19,64% ritenendo "*anomale le offerte presentate dalla ditta NETGROUP S.R.L.*".

Alla luce di tale stima, la Commissione ha altresì disposto, in pari data, di richiedere alla società NETGROUP S.R.L. di presentare, **improrogabilmente** “entro quindici giorni dal ricevimento della comunicazione, le relative giustificazioni, da presentare in forma scritta, con una relazione unitaria che deve consentire di poter effettuare la verifica di congruità dell’offerta presentata. La detta relazione dovrà essere redatta: a) tenendo conto delle varie attività da presentare, indicate nel capitolato tecnico – amministrativo allegato al bando di gara; b) sulla base di quanto previsto dall’art. 87, comma 2, del Codice dei Contratti...”.

*I**b***) Nella successiva seduta del 18.3.2010 (*doc. 3*, verbale di gara n. 3, che di deposita), la Commissione giudicatrice ha esaminato la relazione trasmessa dalla NETGROUP S.R.L., allegandola al verbale di adunanza per formarne parte integrante e sostanziale, ritenendo **“gli elementi giustificativi non sufficienti ad escludere la incongruità del ribasso offerto”** e stabilendo, altresì, di richiedere ad essa società, provvisoriamente aggiudicataria della gara *de qua*, ulteriori precisazioni in merito ai seguenti punti: “1. tenuto conto di quanto previsto al punto 13 del Capitolato tecnico – amministrativo, la retribuzione lorda annua indicata nel prospetto “Costo totale per figura professionale” risulterebbe inferiore a quella stabilita dal contratto collettivo di lavoro applicabile alla categoria...; 2. la spesa relativa al responsabile di servizio viene omessa anche se rappresenta un costo per la società. Occorre comunque indicare il nominativo della persona già individuata come responsabile del servizio, specificare nel dettaglio le altre attività ed i servizi dallo stesso coordinate, i luoghi di esecuzione degli stessi, la loro durata ed ogni

ulteriore elemento che possa consentire a questa stazione di verificare che il medesimo possa realmente garantire l'espletamento delle attività previste al punto 2 e 7 del capitolato tecnico – amministrativo; 3....si chiede che venga trasmesso lo schema di contratto che dovrà disciplinare il rapporto di collaborazione tra la V/s società ed il personale che sarà impegnato nel servizio di presidio...; 4. non viene indicata la spesa per la stipula della polizza per la copertura assicurativa contro i danni...”.

A tal fine, la Commissione giudicatrice concedeva un ulteriore **termine improrogabile di cinque giorni** dalla ricezione della comunicazione medesima.

Entro il suddetto **termine improrogabile**, accordato dalla Commissione *de qua* per la specificazione di punti dell'offerta tecnica della NETGROUP S.R.L., reiteratamente ritenuti poco chiari e, comunque, inidonei ai fini della necessaria valutazione di congruità, alcun giustificativo è stato fornito.

La società interrogata come sopra, ha infatti richiesto – come emerge dal verbale n. 5 (*doc. 3*, verbale di gara n. 5, che di deposita) della seduta in data 15.4.2010 – “*un rinvio del termine di consegna*”, fissato per il successivo 31.3.2010.

Iic) A seguito di tali, ulteriori richieste, nell'adunanza del 7.4.2010 (*doc. 3*, verbale di gara n. 4, che di deposita) - rilevato il contenuto delle precisazioni depositate dalla NETGROUP S.R.L., allegate al verbale di adunanza quale parte integrante e sostanziale - la Commissione giudicatrice ha ritenuto necessario “*verificare ed approfondire alcuni aspetti in contraddittorio con un rappresentante o amministratore con potere di rappresentanza dell'impresa*” provvisoriamente aggiudicatrice, all'uopo fissando una nuova seduta per il 15.4.2010.

IId) Durante il contraddittorio, la Commissione giudicatrice ha ribadito i quesiti che hanno reso sin dal principio non sufficienti i giustificativi della società NETGROUP S.R.L. ai fini di una valutazione di congruità dell'offerta tecnica dalla stessa presentata (*doc. 3*, verbale di gara n. 5, *cit.*).

In risposta a tali richieste, il legale rappresentante della suddetta società **ha unicamente confermato quanto già comunicato all'esito dei precedenti inviti**, come emerge dai verbali di adunanza e dagli atti agli stessi allegati, di cui è stata presa visione in data 10.6.2010 dall'attuale ricorrente (*doc. 4*, che di deposita).

In particolare, in relazione al mancato inserimento del costo del responsabile del servizio di presidio nelle voci di spesa, il legale rappresentante ha dichiarato: *“Si tratta di un costo non incidente sull'appalto in quanto è una persona già in organico all'azienda, con funzioni specifiche di coordinamento, per cui la relativa spesa non è da intendersi come costo aggiuntivo per l'impresa atteso anche il significato più ampio del concetto di presenza nell'ambito informatico e telematico”*.

In risposta ai chiarimenti richiesti in ordine alla modalità con cui conciliare lo schema di contratto di lavoro da instaurare tra essa ditta aggiudicataria ed il personale da preporre al presidio – indicato dalla NETGROUP S.R.L. come lavoro da svolgersi *“in maniera del tutto autonoma, al di fuori di ogni vincolo predeterminato di orario e di presenza”* ed in modo *“...del tutto autonomo fornendo la propria professionalità”* - il legale rappresentante, interrogato, ha risposto come di seguito: *“l'Azienda, indipendentemente dal personale e dallo schema contrattuale eventualmente adottato, verso la Provincia si impegna sostanzialmente ad un'obbligazione di risultato con lo scopo di garantire il pieno*

rispetto degli obblighi previsti al punto 2 del capitolato tecnico – amministrativo. A tal fine metterà a disposizione una rosa di soggetti papabili già facenti parte del proprio organico in possesso dei requisiti di cui al punto 7 del capitolato tecnico – amministrativo”.

Nella successiva adunanza in data 4.5.2010 (*doc. 3*, verbale di gara n. 6, che di deposita), la Commissione giudicatrice ha ritenuto “*complessivamente congrua l’offerta presentata dalla ditta NETGROUP SRL*”.

Con determinazione n. 628/02 del 31.5.2010– notificata all’attuale ricorrente in data 7.6.2010 (*doc. 1*, cit.) – la Provincia di Benevento, Settore Edilizia e Patrimonio, ha aggiudicato definitivamente la fornitura alla suddetta società NETGROUP S.R.L..

**** * * * ***

Avverso il provvedimento indicato in epigrafe e qui impugnato, in quanto illegittimo e lesivo degli interessi della ricorrente, si propone ricorso per annullamento, previa sospensiva, per i seguenti motivi di

DIRITTO

1) VIOLAZIONE DELL’ART. 3, n. 6, D.Lgs. 12.4.2006 N. 163 – VIOLAZIONE DELLA NORMATIVA COMUNITARIA IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI – VIOLAZIONE DELLA *LEX SPECIALIS* (PARAGRAFI 2 E 7 DEL CAPITOLATO TECNICO – AMMINISTRATIVO CONNESSO AL BANDO DI GARA).

Con il presente motivo di doglianza, la ricorrente intende rilevare l’assoluta inammissibilità dell’offerta presentata dalla NETGROUP S.r.l. in relazione a quanto inderogabilmente previsto e richiesto dall’art. 3, n.6, del D.Lgs 163/2006, nonchè dai paragrafi 2 e 7 del Capitolato Tecnico – Amministrativo allegato al

Bando di gara in contestazione, cui consegue l'illegittimità del provvedimento di determinazione n. 628/02 del 31.5.2010 in questa sede impugnato.

Su tale punto occorre evidenziare che l'*art. 3 del D. Lgs. 12.4.2006 n. 163* (Codice dei contratti pubblici), nel mutuare la nozione di appalto contenuta nell'*art. 1655 c.c.*, nonché in quella contenuta nella normativa comunitaria di riferimento, definisce gli appalti pubblici come "*...contratti a titolo oneroso (..) aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi*", prevedendo, espressamente, la sussistenza di un corrispettivo in virtù del quale l'impresa aggiudicataria è tenuta a fornire un servizio.

Ia) Orbene, nel caso di specie la società NETGROUP S.r.l. ha del tutto omesso di quantificare i costi della risorsa richiesta al paragrafo 2 del Capitolato Tecnico – Amministrativo, fornendo, di fatto, un servizio a costo zero e, senza, dunque, la previsione dell'indispensabile corrispettivo, come previsto dalla normativa richiamata.

Invero, al suddetto paragrafo 2 – rubricato "*Modalità di erogazione del servizio*" – viene previsto esplicitamente l'obbligo, nascente in capo alla Ditta assegnataria del servizio di fornitura, di istituzione di "*...un presidio, coordinato da un proprio responsabile, presso l'Ufficio Sistema Informativo della Provincia di Benevento per fare fronte alle attività di cui al presente capitolato....(....)*". (*doc. 2, cit.*).

Ebbene, diversamente da quanto richiesto nel suddetto Capitolato, la NETGROUP S.R.L. ha totalmente omesso di indicare e quantificare, sia in sede di presentazione dell'offerta tecnica, che all'atto del deposito dei giustificativi richiesti, nonché in sede di chiarimenti verbali forniti dal legale rappresentante,

la spesa relativa a tale figura professionale, benché questa rappresenti, di fatto, un costo per la stessa società.

A nulla rileva la giustificazione fornita dal legale rappresentante della NETGROUP S.r.l., il quale si è limitato a precisare che tale costo non sarebbe stato indicato e quantificato attesa la non incidenza sui costi dell'appalto, poiché trattasi di *“persona già in organico all'azienda”*.

La Commissione giudicatrice dell'appalto, ritenendo sufficienti le giustificazioni, non ha tenuto conto della circostanza che, come già evidenziato dai Giudici Amministrativi, il servizio a costo zero concretizza sia una violazione del principio di remuneratività del servizio, essenziale in una struttura di gara, sia in una lesione del principio di concorrenzialità, dovendo *“Il rapporto da instaurare con l'amministrazione pubblica, nascente da una selezione ad evidenza pubblica, essere infatti improntato al principio della concorrenzialità tra le partecipanti e mirante ad ottenere il servizio migliore (che, come è noto, non sempre coincide con quello meno oneroso)”*. (Tar Venezia, sez. I, 481/2004, TAR Sicilia – Sezione distaccata di Catania – sez. II, 3281/2004, 1188/2005).

A nulla rileva, altresì, l'addotta motivazione del legale rappresentante, secondo cui trattasi di risorsa già presente in organico, in quanto ciò – al contrario - conferma che tale risorsa è di fatto un costo per l'azienda, e come tale deve necessariamente essere inserito nell'offerta economica presentata dalla NETGROUP S.r.l., non potendo in alcun modo ritenere plausibile la sussistenza di una offerta economica che, di fatto, si traduca in un atto di liberalità.

Ib) Le richiamate norme risultano altresì violate, ove si rilevi che l'offerta presentata dalla NETGROUP S.r.l., è carente anche in relazione alla

quantificazione richiesta, ma da essa società omessa del tutto, dei costi relativi alla “*reperibilità*”, così come disposto al citato paragrafo 2 del Capitolato Tecnico - Amministrativo, il quale prevede, espressamente, che “*il presidio garantirà la propria attività nei giorni feriali con il seguente orario di lavoro: tra le ore 8.00 e le ore 14.00 e tra le 14:30 e le 18:30, dal lunedì al venerdì, e, per quanto riguarda il sabato, tramite un servizio di reperibilità dalle ore 8.00 alle ore 14.30*”. (doc. 2, cit.)

Orbene, la reperibilità, che presuppone che la risorsa sia prontamente rintracciata fuori dal normale orario di lavoro, costituisce, di fatto, un costo per la società che è tenuta a corrispondere al lavoratore la relativa “*indennità di reperibilità*” – generalmente disciplinata dalla contrattazione collettiva - quale controprestazione a carico del datore di lavoro in cambio del servizio di reperibilità offerto dal lavoratore.

Ic) Alla luce di quanto esposto ai punti *sub Ia)* e *Ib)*, appare di palmare evidenza che l’offerta presentata dalla NETGROUP S.r.l. risulta essere quella economicamente più bassa solo ed unicamente in ragione del fatto che essa società, omettendo di quantificare i costi relativi alle figure professionali richieste ed alla relativa reperibilità, si è potuta facilmente attestare su una percentuale di ribasso sproporzionalmente inferiore a quella raggiunta dalle altre ditte concorrenti, le quali - avendo invece incluso nei costi totali anche quanto necessario per coprire i costi delle figure professionali richieste e per i servizi e la durata degli stessi, come prestabiliti nel bando di gara partecipata - non sono state in grado di contrastare essa aggiudicataria in termini di competitività.

La deroga a quanto stabilito dai richiamati paragrafi 2 e 7 del Capitolato Tecnico – Amministrativo inficia il provvedimento in questa sede impugnato sotto il profilo della legittimità anche perchè sostanziatosi in una violazione della *lex specialis*, come meglio spiegato al motivo successivo.

2) VIOLAZIONE DELLA LEX SPECIALIS DEL BANDO DI GARA E DEL CONNESSO CAPITOLATO TECNICO AMMINISTRATIVO (PARAGRAFI 2, 7 E 13) - OMESSO DEPOSITO DELLA DOCUMENTAZIONE RICHIESTA.

In merito a tale punto questa difesa rileva che al paragrafo 2, secondo cpv, del suindicato Capitolato Tecnico – Amministrativo, è previsto che *“in sede di offerta tecnica la Ditta comunicherà il nominativo del responsabile del presidio e fornirà il suo curriculum professionale”*.

Ebbene, tale richiesta, sebbene puntualmente stabilita in un paragrafo del Capitolato, redatto proprio per l'esatta individuazione delle modalità e delle regole di partecipazione alla gara d'appalto in contestazione, risulta essere stata del tutto disattesa dalla ditta aggiudicataria dell'appalto per cui è causa.

Invero, nessun **nominativo del responsabile** del presidio da istituirsi è mai stato fornito dalla Ditta NETGROUP S.r.l., in sede di presentazione dell'offerta – come, invece, richiesto dal bando - né in un momento successivo.

Da ciò consegue che alcuna cognizione del profilo personale e, soprattutto, **delle competenze professionali ha avuto conoscenza in sede di offerta** – come dal Bando di gara, invece, richiesto – la Commissione competente nella scelta della Ditta aggiudicataria.

Ciò rappresenta una palese carenza di un presupposto di validità dell'offerta formulata dalla controparte, atteso che l'indicazione del **nominativo del**

responsabile ed il deposito del *curriculum* professionale dello stesso non appaiono – come può evincersi da una semplice lettura dell'invocato Capitolato – come mere allegazioni facoltative, bensì requisiti di validità, correttezza e completezza della offerta tecnica da valutarsi in comparazione con le altre al momento dell'apertura della gara, nel rispetto dei principi – già ampiamente richiamati – di definitività e simultaneità dell'offerta.

Il tutto acquisisce maggiore incidenza sulla validità dell'impugnato provvedimento – rendendolo illegittimo – laddove si rilevi come lo stesso sia stato emesso in palese ed ingiustificato dispregio delle norme contenute nel Bando di gara e del connesso Capitolato Tecnico – Amministrativo.

In deroga alla *lex specialis* – tal è il valore attribuito dal legislatore al bando di gara ed agli atti allo stesso annessi – la NETGROUP S.r.l. ha omesso di completare la propria offerta tecnica sotto il profilo formale e sostanziale, omettendo l'indicazione e la qualificazione di un soggetto le cui referenze personali e professionali era fatto d'obbligo individuare preventivamente rispetto all'aggiudicazione.

Dal canto suo, l'Ente appaltante ha omesso di applicare la previsione suddetta (prescritta al paragrafo 2 in combinato disposto con il paragrafo 13 del Capitolato) violando una normativa per esso vincolante e, successivamente, accordando alla NETGROUP S.r.l. un'inammissibile sanatoria della propria deficitaria offerta, attraverso reiterate richieste di chiarimenti su punti che avrebbero già dovuto essere esplicitati all'interno dell'offerta definitiva.

Del tutto pacifico è, infatti, il principio secondo il quale il bando (e gli atti connessi, come il Disciplinare ed il capitolato speciale d'appalto) costituisce la

lex specialis della gara ed è vincolante in modo inderogabile per tutti i soggetti interessati, atteso che “...anche e soprattutto per salvaguardare incondizionatamente la *par condicio* dei concorrenti; in particolare, ove le sue prescrizioni contemplino — in via espressa e con formulazione assolutamente chiara — l'esclusione dal procedimento di scelta del contraente nelle ipotesi di mancata loro osservanza, l'Amministrazione è inderogabilmente tenuta all'applicazione della normativa alla quale si è auto vincolata” (ex multis: Cons. Stato, V , 25 gennaio 2003, n. 357; Cons. Stato, 6 marzo 1991, n. 204; T.A.R. Veneto, 19 gennaio 2009, n. 80; T.A.R. Calabria, 29 marzo 2000, n. 344).

3) VIOLAZIONE DELL'ART. 2, n. 1, D. Lgs. 12.4.2006 N. 163 – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI LIBERA CONCORRENZA E DEL PRINCIPIO DI PARITÀ DI TRATTAMENTO.

La condotta della Commissione giudicatrice, di cui sopra, ha altresì prodotto una palese violazione del principio della libera concorrenza e di quello di *par condicio* delle ditte concorrenti – principi connaturati all'affidamento dei servizi mediante pubblici appalti - che, come ampiamente affermato, comportano la sussistenza, al momento della presentazione dell'offerta medesima, di tutti i requisiti richiesti per la formulazione della stessa, ancor più in particolare se riguardante servizi pubblici.

Tali requisiti devono necessariamente sussistere “*pena la violazione del principio di serietà ed affidabilità dell'offerta e di par condicio fra i concorrenti*” (ex multis: Tar Catania n. 955/2007; Cons. Stato Sez. VI Sent., 15/06/2010, n. 3755) con conseguente lesione – in caso di carenza degli stessi all'atto della

presentazione dell'offerta formulata – anche dei più ampi principi della simultaneità e della definitività dell'offerta.

La denunciata violazione ha, infatti, costretto le ditte concorrenti in uno schema di formulazione dell'offerta - rispettoso di determinate specifiche (paragrafi 2 e 7 del Capitolato Tecnico – Amministrativo) -che, poi, di fatto non ha rappresentato il medesimo punto di riferimento, per la finale valutazione di idoneità e congruità dell'offerta, anche per la NETGROUP S.r.l.; ciò in dispregio dei principi superiormente invocati.

Tutto ciò, inficia, in maniera evidente la determinazione in questa sede impugnata, rendendola irrimediabilmente difforme dalla normativa dettata in materia di appalti pubblici e dai principi generali fondanti la procedura di affidamento di tale tipologia di contratti.

4) VIOLAZIONE DELL' ART. 3, Legge N. 241/1990, PER CARENZA DI MOTIVAZIONE ED ILLOGICITÀ MANIFESTA - ECCESSO DI POTERE.

In merito a tale punto, occorre evidenziare come del tutto deficitarie risultano essere le motivazioni addotte da essa Provincia di Benevento per giustificare l'assegnazione dell'appalto *de quo*, in deroga all'obbligo della motivazione, vale a dire dell'esposizione dei presupposti di fatto e delle ragioni di diritto che sono adottati a fondamento delle misure della P.A., che vige, salvo esplicite eccezioni, per tutti i provvedimenti amministrativi. In tal senso dispone l'art. 3 della legge n. 241/1990, che ha codificato una costante giurisprudenza precedente. A tale obbligo si ricollega il principio di "non contraddizione" che detta una più stringente esigenza di esplicazione delle ragioni per le quali l'interesse pubblico – miri esso al ripristino della legalità o a fini più adeguati ed opportuni di quelli

in precedenza valutati – deve prevalere sui consolidati interessi del singolo (*ex multis*: Cons. Stato sezione quinta sentenza 11 ottobre 2005 n. 5479).

4a) Orbene, la Provincia di Benevento, ha ritenuto congrua l'offerta presenta dalla NETGROUP, senza tener conto - ai fini del calcolo del maggior ribasso percentuale - dell'omissione, posta in essere dall'aggiudicataria, dei costi del personale e dell'indennità di reperibilità – come richiesto al paragrafo 2 del Capitolato - limitandosi ad accettare, per il primo, la dichiarazione del legale rappresentate e, per il secondo, senza procedere ad alcuna forma di verifica.

4b) Del tutto deficitaria appare tale motivazione anche in merito all'omessa valutazione e definizione, da parte della Stazione appaltante, dello schema contrattuale che legherà essa Ditta aggiudicataria agli addetti al servizio, al fine di verificarne la compatibilità con quanto espressamente richiesto per la puntuale esecuzione del servizio da affidare anche in relazione ai paragrafi 2, 7 ed 8, nonchè in relazione a quanto previsto ex art. 86, punto 3, Legge 163/2006.

Sul punto, si precisa che la NETGROUP, su richiesta di chiarimenti della Commissione di gara, ha espressamente dichiarato che intenderà rispettare quanto previsto ai paragrafi 2, 7 ed 8 del Capitolato, offrendo ad essa Stazione Appaltante una *“rosa di soggetti papabili (...) già facenti parte del proprio organico”* e, precisando che per l'espletamento del servizio richiesto è necessaria e sufficiente la sussistenza anche di un contratto atipico, come il contratto di collaborazione a progetto.

Tale tipologia contrattuale, che dall'analisi delle dichiarazioni rilasciate da esso Legale rappresentante della ditta aggiudicataria, si palesa come già stipulato con

il personale del presidio, è il contratto cd. a programma, in cui i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa devono essere riconducibili a **progetti predeterminati e specifici**.

Orbene, non si comprende come può essa aggiudicataria essere in grado di garantire la copertura del servizio, con le modalità e le competenze richieste ai paragrafi 2, 7 ed 8 del Capitolato **utilizzando personale già in organico ma destinato, per l'appunto, ad altro e diverso progetto.**

A ciò si aggiunga che, pur non contestando l'ammissibilità dell'utilizzo di tale forma contrattuale, nel caso di specie, tuttavia essa risulta essere del tutto incompatibile con quanto richiesto al paragrafo 2 del Capitolato, relativo alle modalità di erogazione del servizio, il quale prevede la necessaria presenza di un presidio con il rispetto di un rigido orario lavorativo (tra le ore 8.00 e le ore 14.00 e tra le 14:30 e le 18:30, dal lunedì al venerdì) e nonchè al paragrafo 8 relativo alla capacità di garantire livelli di servizio minimi sia per le richieste urgenti che non urgenti.

In vero, lo stesso dato normativo si esprime in tal senso in quanto, ex art. 61 del D. Lgs. 276/ 2003, i progetti in virtù dei quali viene assunto il personale sono *“autonomamente gestiti dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa”*, mancando, tra l'altro, qualsivoglia forma di subordinazione.

Orbene, il concetto di autonomia, il quale presuppone l'assoluta carenza di qualsivoglia vincolo predeterminato di orario e di presenza, non può consentire la copertura del servizio come richiesto al paragrafo 2 del Capitolato Tecnico -

Amministrativo attraverso l'utilizzo di risorse già assunte con contratto di collaborazione a progetto.

Invero, tale scelta contrattuale appare finalizzata alla sola elusione di quanto previsto al paragrafo 23 del Capitolato il quale, nel prevedere gli Obblighi nascenti in capo all'aggiudicatario nei confronti del proprio personale, statuisce che *“l'aggiudicatario dovrà impegnarsi ad ottemperare a tutti gli obblighi verso i propri dipendenti, derivanti da disposizioni legislative e regolamentari vigenti in materia di lavoro e di assicurazioni sociali, assumendo a suo carico tutti gli oneri relativi. L'Aggiudicatario si obbligherà altresì ad applicare, nei confronti dei propri dipendenti che sono impiegati nelle prestazioni oggetto del presente capitolato, condizioni normative e retributive non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro applicabili alla categoria, nonché le condizioni risultanti da successive modifiche ed integrazioni ed in genere da ogni contratto collettivo, successivamente stipulato per la categoria”*.

Alla luce di tutte le considerazioni *ut supra* svolte, questa difesa non è in grado di comprendere quali siano state le motivazioni che hanno indotto la stazione appaltante, ben consapevole delle anomalie dell'offerta - anormalmente bassa, incompleta sotto il profilo documentale, carente dei costi richiesti - ad aggiudicare detta gara alla odierna resistente NETGROUP S.r.l..

5) ECCESSO DI POTERE PER CONTRADDITTORIETÀ DI CONDOTTA E DEGLI ATTI CONSEGUENZIALI.

Su tale punto, questa difesa osserva che con condotta incoerente e contraddittoria - tale da configura una ipotesi di eccesso di potere - la Provincia di Benevento - Stazione Appaltante - ha concesso deroghe al rispetto di termini che la stessa

Provincia, nei verbali di gara, definisce inequivocabilmente “*improrogabili*” (doc. 3, verbali di gara n. 2 e n. 3 cit).

Il legislatore prevede, *ex art.* 88 D. lgs. 163/2006, la possibilità per la stazione appaltante di richiedere giustificazioni e precisazioni al concorrente – aggiudicatario provvisorio – concedendogli, all’uopo, termini non inferiori a 15 giorni (comma 1) ed a 5 giorni (comma 2).

Orbene, nel silenzio del legislatore, appare pacifico che, nel caso di specie, prevale la volontà della parte, la quale espressamente ha previsto l’improrogabilità e, dunque, la perentorietà del termine da essa concesso, con la conseguenza che esso deve necessariamente essere rispettato, pena l’inutilità dell’atto o dell’attività compiuta.

Dalla documentazione prodotta, emerge, invece, che la Stazione Appaltante, in deroga a quanto da essa medesima stabilito, ha concesso all’aggiudicataria NETGROUP S.r.l. un rinvio del termine di consegna delle giustificazioni e delle precisazioni richieste (doc. 3, verbale di gara n. 5, *cit.*).

Tra l’altro, detta documentazione riguardava gli stessi quesiti che hanno reso sin dal principio non sufficienti i giustificativi prodotti da essa NETGROUP S.r.l. ai fini di una valutazione di congruità dell’offerta tecnica dalla stessa presentata.

In tal modo la Provincia ha, di fatto, concesso alla controparte aggiudicataria dell’appalto la possibilità di munirsi, *ex post*, di tutti quei requisiti richiesti dal bando come essenziali ed indispensabili ai fini dell’ammissibilità dell’offerta presentata dalla stessa.

6) ISTANZA DI RISARCIMENTO DEL DANNO

In via del tutto gradata, nell'ipotesi in cui non sia possibile la reintegrazione in forma specifica, si chiede sin d'ora la condanna della Provincia di Benevento, al risarcimento del danno in favore della società ricorrente, nella misura che sarà determinata in corso di causa, anche a seguito di eventuale consulenza tecnica, comprensiva del mancato utile, della mancata possibilità di annoverare l'esecuzione dell'appalto in questione nel patrimonio di esperienza spendibile dalla TD GROUP S.p.A. in altre gare pubbliche – pacificamente ritenuta ulteriore motivazione e voce di danno risarcibile (*ex plurimis*: Cons. Stato, VI, 25 giugno 2007, n. 2571) – nonché delle spese e di ogni altro pregiudizio conseguente all'illegittimità degli atti impugnati.

7) ISTANZA DI SOSPENSIONE.

Il *fumus boni iuris* emerge dai motivi di ricorso, poiché derivante dalla palese illegittimità del comportamento e del provvedimento della Provincia di Benevento – Settore Edilizia e Patrimonio sotto diversi profili.

Il comportamento dell'Ente appaltante e, conseguentemente, la determinazione con la quale è stata aggiudicata la gara per cui è causa, risultano improntati ad una palese violazione di norme di legge (violazione del Codice dei Contratti – D. Lgs. N. 163/2006) e della *lex specialis*, rappresentata dal bando di gara e dal connesso Capitolato Tecnico – Amministrativo (paragrafi 2, 6, 7, 8, 13 e 23).

La determinazione impugnata risulta, altresì, viziata da eccesso di potere, sostanziandosi in una carenza di motivazione e manifesta illogicità della stessa, attesa l'aggiudicazione del servizio - oggetto della gara d'appalto in contestazione - ad una Ditta alla quale sono stati richiesti chiarimenti reiterati, sempre in ordine agli stessi punti deficitari dell'offerta tecnica presentata.

Giustificazioni, queste, che di volta in volta non si sono rivelate diverse dalle precisazioni già rilasciate in interrogazioni precedenti, né tantomeno soddisfacenti al punto da giustificare l'aggiudicazione.

Il comportamento dell'Ente convenuto risulta, altresì, viziato per eccesso di potere sostanziato in una palese contraddittorietà della condotta tenuta durante la procedura di gara e degli atti posti in essere.

Quanto, poi, al "*periculum in mora*", non vi è dubbio della sussistenza del danno grave ed irreparabile che sopporterebbe la ricorrente dalla esecuzione dei provvedimenti impugnati. Tale danno è, infatti, in *re ipsa*, posto che se la Provincia di Benevento avesse agito in modo legittimo, la TD GROUP S.p.A. avrebbe conseguito l'aggiudicazione dell'appalto per cui è causa.

La relativa perdita implica, pertanto, un pregiudizio per la ricorrente che va anche oltre il profilo meramente economico.

Dati infatti i termini ristretti di realizzazione ed esecuzione del servizio – oggetto della gara d'appalto in contestazione – qualunque ritardo vanificherebbe un eventuale accoglimento del presente ricorso.

Tra l'altro, grave ed irreparabile è quel danno, idoneo a determinare una situazione di irreversibilità in relazione alla quale la tutela giurisdizionale non potrebbe conseguire quegli scopi di giustizia sostanziale cui è preordinata.

P.T.M.

Si chiede che l'Ecc.mo T.A.R. adito, in accoglimento del presente ricorso – previa sospensione dell'esecuzione del provvedimento del provvedimento – determinazione n. 628/02 del 31.5.2010, emesso dalla Provincia di Benevento, Settore Edilizia e Patrimonio, in persona del Dirigente, in epigrafe indicato –

voglia annullare detto provvedimento, nonché tutti gli atti consequenziali, condannando la Provincia di Benevento, in persona del Presidente *pro tempore*, alla reintegra in forma specifica, anche mediante aggiudicazione dell'appalto alla odierna ricorrente, TD GROUP S.p.A..

In via gradata, si chiede la condanna della Provincia di Benevento in persona del Presidente *pro tempore*, al risarcimento del danno per equivalente, nella misura che sarà determinata in corso di causa a seguito di accertamenti istruttori ed anche previa CTU che codesto Ecc. mo T.A.R. vorrà disporre, il tutto con rivalutazione monetaria ed interessi legali.

Con vittoria di spese ed onorari e con salvezza di ogni altro diritto.

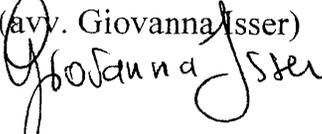
** *** **

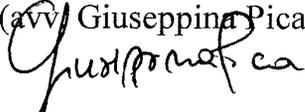
Si depositano i seguenti documenti:

1. Determinazione n. 628/02 del 31.5.2010, emessa dalla Provincia di Benevento, Settore Edilizia e Patrimonio, notificata in data 7.6.2010;
2. Bando di Gara e connesso Capitolato Tecnico – Amministrativo;
3. Verbale di gara:
 - Verbale n. 1 in data 1°3.2010;
 - Verbale di gara n. 2 in data 2.3.2010;
 - Verbale di gara n. 3 in data 18.3.2010;
 - Verbale di gara n. 5 in data 15.4.2010;
 - Verbale di gara n. 4 in data 7.4.2010;
 - Verbale di gara n. 6 in data 4.5.2010
4. Certificazione di presa visione degli atti integrativi dei verbali di adunanza, in data 10.6.2006.

Si dichiara che il valore del contributo unificato è pari ad € 2.000,00, ex art. 13, comma 6 bis, D.P.R. 115/2002, come aggiunto dalla legge n. 296/2006 (Legge Finanziaria 2007).

Portici, 6 luglio 2010

(avv. Giovanna Isser)


(avv. Giuseppina Pica)


Avv. Giuseppina Pica
Via G. Poli, 48 80055 Portici (Na)
Tel/Fax 081.0493623

Avv. Giovanna Isser
Via C. Menotti, 1 80040 Trecase (Na)
Tel/Fax 081. 8623590

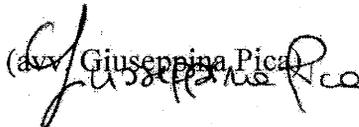
Procura generale alle liti

La TD Group SpA, con sede in Vecchiano – località Migliarino Pisano (PI), via Traversagna 48 (R.E.A. Pisa 80431R - Reg. Impr. di Pisa 06262970152 P.IVA 00890260508 – C.F. 06262970152), in persona del legale rappresentante Dr. Valterio Castelli nato a Melegnano (MI) il 14/11/1953 (C.F. CSTVTR53S14F100D), conferisce procura agli Avv.ti Giuseppina Pica e Giovanna Isser del Foro di Napoli, a rappresentarla e difenderla – congiuntamente e disgiuntamente - nel procedimento di cui al presente atto, con ogni più ampia facoltà di legge, compresa di transigere, conciliare, rinunciare, quietanzare, riscuotere e desistere, ritenendo, sin d'ora, per rato e fermo il loro operato. Preventivamente informata, autorizza gli Avv.ti Giuseppina Pica e Giovanna Isser alla raccolta ed al trattamento di dati personali, compreso dei sensibili, ai sensi e per gli effetti del combinato disposto della legge n. 675/1996 e del D. Lgs. N. 196 del 30.6.2003 per l'espletamento dell'attività suindicata e di ogni altra connessa e conseguente che dovesse ritenersi necessaria. Elegge domicilio presso lo studio dell'avv. Giuseppina Pica, in Portici (Napoli), alla Via Poli n. 48.

Portici, 2 luglio 2010


PRESIDENTE
Dr. Valterio Castelli
(TD Group SpA)

Per autentica

(avv. Giuseppina Pica)


(avv. Giovanna Isser)


RELATA DI NOTIFICA

Ad istanza degli avv. Giovanna Isser e Giuseppina Pica, nella qualità, io sott. Uff. giudiz., addetto all'Ufficio Unico Notifiche presso la Corte di Appello di Napoli, ho notificato, per legale scienza e ad ogni effetto di legge, copia dell'antescritto atto a:

PROVINCIA DI BENEVENTO, in persona del Presidente *pro tempore*, elettivamente domiciliato per la carica alla Piazza Castello (Rocca dei Rettori),
82100 - BENEVENTO

NETGROUP S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore* e dell'amministratore delegato con sede legale alla Via Pontecitra n. 23, 80034 - Marigliano (Na),