

Publicato il 07/02/2023

N. 01297/2023REG.PROV.COLL.
N. 01382/2022 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 1382 del 2022, proposto da Contact Centre Sud S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Fortunato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consip S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Fidanzia e Angelo Gigliola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Es Field Delivery Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Fabio Altamura, Giancarlo Sorrentino, Valeria Falconi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabio Altamura in Roma, via Cicerone n. 60;

nei confronti

Sogei S.p.a., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), 10 gennaio 2022, n. 150, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip S.p.A. e di Es Field Delivery Italia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2022 il Cons. Giorgio Manca e uditi per le parti gli avvocati Fortunato, Gigliola e Altamura;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società appellante ha partecipato alla procedura di gara, indetta da Consip, per l'affidamento del «*Servizio di Contact Center per gli utenti del Sistema Informativo della Fiscalità - lotto 2*», risultando aggiudicataria. Il provvedimento di aggiudicazione è stato impugnato dalla seconda classificata *Es Field Delivery Italia S.r.l. (ES Field)* con ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, che - dopo aver disposto una consulenza tecnica d'ufficio - ha accolto il primo motivo sull'assunto che l'offerta dell'aggiudicataria non sarebbe conforme al capitolato tecnico, per aver offerto dei *software* proprietari che non potrebbero interagire con i sistemi della *Sogei* (società *in house* del Ministero dell'economia, che gestisce i servizi informatici per le agenzie fiscali).

2. In particolare il primo giudice (accogliendo le conclusioni del verificatore) ha ritenuto che le soluzioni offerte sarebbero difformi rispetto alle specifiche tecniche di cui ai punti 3.3.1, 4.1 e 5.1.1 del capitolato tecnico, per quanto concerne le caratteristiche dei *server* aggiuntivi offerti dalla *Contact Centre SUD*, sulla scorta di una lettura di tali prescrizioni che conferma la previsione del "requisito prioritario" del "mantenimento della separazione galvanica" fra le reti (che si ha quando tra due circuiti non può circolare alcuna corrente continua, detta anche galvanica), prevista per ragioni di sicurezza, che verrebbe compromessa

dalla presenza di *hardware* e *software* che consentano il collegamento diretto a reti esterne e che non siano unicamente dedicati all'erogazione dei servizi in questione.

3. La società rimasta soccombente ha proposto appello, chiedendo la riforma della sentenza sulla base di plurime censure.

4. Resiste in giudizio la *ES Field Delivery Italia S.r.l.*, chiedendo che l'appello sia respinto e riproponendo, ai sensi dell'art. 101, comma 2, del codice del processo amministrativo, i motivi del ricorso di primo grado non esaminati dal primo giudice.

5. Si è costituita in giudizio anche la Consip, chiedendo che l'appello sia accolto e i motivi riproposti siano rigettati.

6. All'udienza pubblica del 19 luglio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Con il primo motivo, l'appellante deduce l'ingiustizia della sentenza per la violazione della *lex specialis* di gara e dell'art. 83 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), per aver ritenuto che il criterio ID 13 [relativo alla «*Efficacia delle soluzioni tecnologiche e modalità organizzative che coinvolgono il personale della struttura organizzativa [figure minime e/o aggiuntive proposte] che consentano di garantire il rispetto dei livelli di servizio richiesti ed eventualmente migliorativi offerti e di massimizzare la qualità del servizio reso all'utenza. A tal fine, il Concorrente potrà indicare elementi quali modalità e soluzioni tecnologiche per dimensionamento del personale e/o modalità e soluzioni tecnologiche per "one call solution" e/o modalità e soluzioni tecnologiche per l'escalation delle richieste di assistenza sia internamente sia verso Sogei, etc. (cfr. paragrafo 6 del Capitolato Tecnico)*»], non costituisce uno degli elementi dell'offerta tecnica di natura migliorativa ma individua dei requisiti tecnici minimi indefettibili, previsti a pena di esclusione.

7.1. Sotto questo profilo, l'appellante sottolinea che, diversamente da quanto affermato nella sentenza, al criterio di valutazione di cui trattasi la *lex specialis* di gara ha ricollegato unicamente l'assegnazione di un punteggio premiale per le miglie proposte. Pertanto non potrebbe costituire una ragione di

difformità e di esclusione dalla gara. In ogni caso, il capitolato tecnico consentiva di proporre sistemi applicativi forniti dall'aggiudicatario, salva la valutazione di fattibilità della *Sogei* (punto 3.3.1 del capitolato) e – per le postazioni di lavoro (punto 5.1.1 del capitolato) – anche la possibilità di offrire *hardware* e *software* ulteriori rispetto a quelli indicati dal capitolato, se autorizzati da *Sogei*. L'offerta migliorativa dell'appellante, quindi, non sarebbe in contrasto con il capitolato tecnico. Le previsioni richiamate in sentenza, quindi, non sarebbero caratterizzate dall'assoluta tassatività e cogenza delle specifiche tecniche minime, ammettendo soluzioni alternative approvate da *Sogei*. L'appellante sottolinea, altresì, come la commissione giudicatrice abbia positivamente valutato detto criterio, ritenendo «[p]iù che adeguata la descrizione relativa [...] alla possibilità di ampliamento degli SLA contrattuali; gli strumenti tecnologici - proprietari - risultano efficaci e illustrano gli aspetti relativi alla one call solution e all'escalation, con la possibilità di accesso da parte della committente».

7.2. La possibilità di proporre *server* aggiuntivi, previa autorizzazione di *Sogei*, sarebbe stata affermata anche dalla Consip, con il chiarimento 14, secondo cui «per quanto concerne software ulteriori, come prescritto al paragrafo 5.1.1 del C.T. “la Società deve garantire che le posizioni di lavoro degli addetti siano ad uso esclusivo del servizio oggetto di tale commessa, inoltre richiede che su tali postazioni non sia installato alcun hardware e software ulteriore rispetto a quelli indicati nel presente capitolato ovvero autorizzati da *Sogei*”. Pertanto, l'utilizzo di ulteriore hardware ritenuto funzionale dal fornitore ai fini del miglioramento dell'efficacia ed efficienza nell'erogazione del servizio dovrà essere autorizzato da *Sogei*».

7.3. Il criterio in questione, inoltre, comporterebbe una valutazione discrezionale riservata alla commissione di gara e non sindacabile (se non nei noti limiti) dal giudice amministrativo.

8. Il motivo è fondato.

8.1. In ordine logico occorre anzitutto stabilire se le prescrizioni tecniche di cui ai punti 3.3.1, 4.1 e 5.1.1 del capitolato tecnico siano state previste a pena di esclusione delle offerte difformi.

Come accennato, il primo giudice ha ritenuto che le proposte migliorative contenute nell'offerta tecnica di *Contact Centre*, formulate al fine di ottenere il punteggio premiale riservato al criterio di valutazione ID 13, non rispondessero comunque ai dettami dei requisiti minimi previsti nelle citate clausole del capitolato tecnico.

La soluzione non può essere condivisa.

8.2. Iniziando l'esame dal punto 3.3.1 del capitolato tecnico (rubricato «*Pacchetti Software applicativi messi a disposizione da Sogei*», p. 17), in questo - dopo aver precisato (al terzo alinea) che gli applicativi «*dovranno essere installati e configurati, a cura della Società, sulle postazioni di lavoro a disposizione del personale adibito ai servizi erogati per Sogei*» - all'ultimo alinea è fatta salva «*la possibilità di customizzare [ossia: adeguare] il sistema da parte di Sogei sulla base dell'organizzazione della Società ferma restando la necessità di una valutazione di fattibilità della medesima Sogei*».

Anche con riferimento alle prescrizioni tecniche contenute al punto 5.1.1 (*Postazioni di lavoro per gli addetti al servizio*) il capitolato, pur richiedendo che la società appaltatrice debba «*garantire che le postazioni di lavoro siano ad uso esclusivo del servizio [...]*», non esclude che su tali postazioni siano installati anche hardware o software diversi da quelli indicati dal capitolato tecnico purché siano «*autorizzati da Sogei*» (punto 5.1.1, secondo alinea, in fine).

8.3. Come correttamente osservato dall'appellante, le clausole del capitolato non possono intendersi come requisiti minimi dell'offerta, imposti a pena di esclusione, stante la prevista possibilità di derogarvi con il consenso o l'autorizzazione della *Sogei* (autorizzazione il cui contenuto si sostanzia in una valutazione di compatibilità del sistema offerto dall'aggiudicataria, da acquisire nella fase di esecuzione del contratto).

8.4. A fronte delle indicazioni testuali ricavabili dalle clausole del capitolato, sono recessive anche le considerazioni svolte nella relazione finale del verificatore, incentrata sull'assunto che la volontà della *Sogei* (soggetto cui sono rivolti i servizi oggetto dell'appalto) fosse quella di creare delle reti ad

uso esclusivo del servizio e quindi galvanicamente separate dalle altre reti al fine di «*garantire livelli di sicurezza, affidabilità e disponibilità del servizio, potenzialmente messi in discussione dall'apertura dell'infrastruttura verso altre reti, sia di trasmissione dati, sia di potenza*», come emergerebbe anche dagli schemi descrittivi delle infrastrutture inseriti nel capitolato tecnico. In tale prospettiva le conclusioni del verificatore superano le indicazioni testuali del capitolato che attenuano tale rigorosa direttiva tecnica e lasciano spazi di flessibilità agli offerenti (la cui concreta realizzabilità è comunque riservata alla valutazione della *Sogei*, come si è già segnalato).

8.5. Peraltro, non è nemmeno in discussione se la prospettiva abbracciata dal verificatore possa essere (o lo sia senz'altro) quella che comporta la soluzione tecnicamente più adeguata rispetto agli obiettivi avuti di mira dalla stessa *Sogei*, dovendosi invece rilevare come tale intento non si rispecchi nelle richiamate disposizioni del capitolato.

Il che, sul piano giuridico, introduce sia il tema della tutela dell'affidamento suscitato nei partecipanti alla procedura di gara dal tenore letterale delle prescrizioni della *lex specialis*, sia quello della interpretazione delle clausole ambigue alle quali va attribuito il significato che garantisce la più ampia partecipazione (secondo il principio del *favor participationis*). Entrambi i predetti principi consentono, nella fattispecie, di aderire a un'interpretazione delle clausole che escluda la natura di specifiche tecniche essenziali ai fini dell'ammissibilità delle offerte.

9. Per le medesime ragioni, l'appellante (con il secondo motivo) lamenta l'erroneità della sentenza per aver accolto il vizio di violazione dell'art. 4.1 del capitolato tecnico (secondo cui «*Alla società potrà inoltre essere richiesto di effettuare delle campagne outbound per l'erogazione proattiva di assistenza specifica o di servizi informativi all'utenza*») assumendo che la *Contact Centre Sud*, nell'ambito delle proposte per il criterio ID14, avrebbe previsto, oltre al canale telefonico, anche l'invio di *sms* e *mail*, proposta ritenuta in contrasto con il punto 5.1.1 del

capitolato tecnico (che, come si è già veduto sopra, non ammetterebbe l'attivazione di collegamenti a reti esterne).

9.1. In disparte le questioni di inammissibilità del corrispondente motivo del ricorso di primo grado, sollevate dall'appellante, la censura va accolta sulla scorta delle stesse osservazioni svolte in sede di esame del primo motivo, ossia che il punto 5.1.1 non delinea delle prescrizioni escludenti.

9.2. Per completezza, va sottolineato come nel ricorso di primo grado (p. 13 dell'atto) la ricorrente *ES Field* abbia insistito affinché all'offerta della *Contact Centre*, per il criterio ID 14, venisse attribuito un punteggio pari a 0 (zero). La domanda e la relativa censura divengono tuttavia inammissibili per difetto di interesse, stante l'accoglimento del primo motivo d'appello, in conseguenza del quale è rimasto immutato il punteggio assegnato alla *Contact Centre* per il criterio ID 13 (3,75 punti) e l'eventuale azzeramento del punteggio assegnato per il criterio ID 14 (0,75 punti) non sarebbe sufficiente a colmare il divario tra le due offerenti (pari a 1,27 punti, avendo ottenuto la *Contact Centre* 88,72 punti e la *ES Field* 87,45 punti).

10. Rimangono altresì assorbite le doglianze dedotte dall'appellante con il terzo motivo (p. 22 ss. dell'atto di appello), il cui eventuale accoglimento non avrebbe alcuna utilità per l'appellante.

11. L'accoglimento dell'appello impone di passare all'esame dei motivi riproposti dalla *ES Field* ai sensi dell'art. 101, comma 2, del codice del processo amministrativo.

12. Con il primo, la società deduce la illegittimità dell'aggiudicazione alla *Contact Centre* per la violazione dell'art. 95 e dell'art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici, in quanto l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per aver modificato la propria offerta in sede di giustificativi, nel corso del procedimento di verifica dell'anomalia avviato da Consip. In particolare, a seguito dei chiarimenti richiesti dal RUP per acquisire la «*quantificazione dei costi di "Formazione e presa in carico" per come tali attività sono state illustrate nell'offerta tecnica presentata in gara [...]*», l'aggiudicataria avrebbe evitato di precisare il

costo del lavoro per l'impiego dei 10 formatori professionali indicati nell'offerta tecnica, sostenendo che nell'offerta sarebbe stato previsto un solo responsabile per la formazione.

12.1. Il motivo è infondato.

Come si evince dalla lettura dell'offerta tecnica di *Contact Centre* (p. 20 ss.), il dato relativo ai 10 formatori è riferito all'intera struttura aziendale («*Nella Governance di CCSUD, il Responsabile della Formazione e Comunicazione di CCSUD coordina un team di 10 formatori certificati con esperienza decennale e competenze specifiche [...]»*), non alle risorse specifiche da impiegare nella commessa. Nell'offerta si fa riferimento esclusivamente al responsabile della formazione, per cui correttamente in sede di giustificazione della congruità dell'offerta l'aggiudicataria si è limitata a indicare i costi relativi all'unico formatore messo a disposizione, senza operare modificazioni all'offerta.

13. Con il secondo dei motivi riproposti, la ES Field sostiene che la commissione giudicatrice avrebbe erroneamente assegnato i punteggi di cui ai criteri discrezionali ID 13, ID 18 e ID 11, per cui ne sarebbe derivata una sovrastima dell'offerta tecnica di *Contact Center* e a una sottostima dell'offerta tecnica di ES Field.

Quanto al criterio ID 13, fermo restando che la commissione avrebbe dovuto escludere l'aggiudicataria per le ragioni già viste, in subordine avrebbe dovuto attribuire alla *Contact Center* il medesimo punteggio assegnato a ES Field (1,25 punti), non essendo possibile valutare le soluzioni tecnologiche di proprietà della stessa, perché non compatibili con le richieste capitolari, né vi sarebbe alcuna ragionevole motivazione per aver penalizzato l'offerta della ricorrente.

La valutazione della commissione sarebbe errata anche riguardo al punteggio assegnato alla ES Field (1,25 punti), motivato dalla asserita mancata descrizione «*delle figure migliorative proposte*». Secondo l'appellante tale descrizione era contenuta al par. 3.1.1 e alla pag. 20 dell'offerta tecnica della ES in cui dettagliatamente erano individuate le figure proposte.

13.1. Nella prima parte la censura è inammissibile sia per la genericità con la quale si contesta l'operato della commissione giudicatrice, sia perché si configura come tentativo di sostituire i propri giudizi con quelli formulati dalla commissione, operazione preclusa dai noti limiti entro i quali il giudice amministrativo può sindacare, in legittimità, le valutazioni riservate alla stazione appaltante (manifeste illogicità, contraddittorietà, irrazionalità o errore sui fatti, ipotesi che nel caso di specie non ricorrono).

Nel resto è infondata, posto che – come rilevato dalla commissione giudicatrice - nella parte dell'offerta tecnica dedicata al criterio ID 13 non si ritrova una precisa descrizione delle figure professionali proposte (al contrario di quanto invece emerge immediatamente dalla lettura della proposta della *Contact Centre*: p. 7 ss. dell'offerta), il che non può non riflettersi nel punteggio assegnato.

13.2. È infondata, inoltre, la doglianza relativa ai punteggi assegnati per il criterio ID 18 (che prevedeva la valutazione di efficacia dei piani formativi), per le medesime ragioni sopra esposte, tenuto conto che essa muove dall'errato presupposto che l'offerta di *Contact Centre* prevedesse un gruppo di 10 formatori.

13.3. Anche con riferimento al criterio ID 11 i rilievi della *ES Field* non colgono nel segno. Il criterio premiava con 2 punti, in via automatica, la «Presenza di una figura "Responsabile della Formazione e della Comunicazione", in possesso delle conoscenze e competenze e chiamato a svolgere le attività descritte nel *Capitolato Tecnico*». Figura che, come accennato anche sopra, era indicata nell'offerta tecnica di *Contact Centre*.

14. Con il terzo dei motivi riproposti, la *ES Field* denuncia l'illegittimità del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta aggiudicataria, per il profilo del difetto di istruttoria e per gli errori in cui sarebbe incorsa la Commissione. In particolare, la *Contact Centre* avrebbe giustificato i costi del personale senza tenere conto né degli aumenti retributivi del 2018 né di quelli approvati con il

rinnovo del CCNL di novembre 2020, violando il disposto dell'art. 97, comma 5, lett. d) e comma 6, del codice dei contratti pubblici.

14.1. Il motivo è infondato.

14.2. Come risulta dalla documentazione in atti, la verifica di congruità dell'offerta aggiudicataria è stata effettuata, anzitutto, sulla base delle tabelle ministeriali sul costo del lavoro (di cui all'art. 23, comma 16, del codice dei contratti) vigenti alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta, ossia alla data del 1° marzo 2018; successivamente, con nota del responsabile del procedimento datata 5 marzo 2020, è stato richiesto alla *Contact Centre* «di *esplicitare le componenti di costo riferite a [...] personale (ivi inclusi, a titolo esemplificativo e non esaustivo, adeguamenti retributivi, formazione, reperibilità, extra orario, scatti di anzianità etc.)*». La verifica, pertanto, si è spinta fino ad acquisire anche i riflessi, sul piano dei trattamenti retributivi, degli eventuali accordi contrattuali successivi alla presentazione dell'offerta.

15. Con ulteriore censura si sostiene che l'offerta di *Contact Centre* sarebbe incongrua e inaffidabile laddove la società ha dichiarato di volersi avvalere della clausola sociale, senza prendere in considerazione i costi del personale da assorbire relativi a scatti di anzianità e altri profili retributivi.

15.1. Il motivo è infondato.

15.2. Secondo l'art. 11 del capitolato tecnico «*la società si impegna, per tutta la durata del contratto, laddove il dimensionamento del servizio oggetto del contratto richieda di dotarsi di personale aggiuntivo, ad assorbire prioritariamente nel proprio organico il personale già operante alle dipendenze dell'aggiudicatario uscente*». La clausola, pertanto, non impone l'assorbimento del personale del gestore uscente all'atto del subentro del nuovo appaltatore, ma prevede unicamente l'obbligo di assorbire il personale uscente ove l'aggiudicataria intenda assumere personale aggiuntivo rispetto a quello indicato nell'offerta. Inoltre, come correttamente obiettato dall'appellante, la clausola sociale non impone che il trasferimento del lavoratore avvenga alle stesse condizioni contrattuali godute presso il precedente datore di lavoro.

15.3. Si tratta di soluzioni pienamente conformi ai consolidati orientamenti della giurisprudenza, secondo cui la clausola sociale non obbliga l'aggiudicatario ad assumere tutto il personale in carico all'appaltatore uscente né tanto meno ad applicare le medesime condizioni contrattuali né, infine, a riconoscere l'anzianità pregressa. Una diversa interpretazione che volesse ricavare un vincolo per i concorrenti al mantenimento dei livelli d'anzianità vantati dai lavoratori risulterebbe del resto contraria allo spirito e al significato delle clausole sociali, come delineato dalla giurisprudenza (per tutte cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2020, n. 6761).

16. Infine, la *ES Field* reitera anche le critiche nei confronti dell'offerta aggiudicataria per la mancata giustificazione dei costi derivanti dalle migliori offerte per la gestione della piattaforma SNAP e i costi per il proposto supporto per 24 ore, nonché i costi per la presa in carico, buoni pasto del personale e dotazioni hardware necessarie all'esecuzione del servizio.

16.1. Anche questa censura va respinta.

16.1. Gli analitici rilievi scontano un difetto di ordine logico, posto che non affrontano la questione essenziale del giudizio di verifica della congruità dell'offerta, ossia se questa – nonostante le imprecisioni o le manchevolezze nella quantificazione di alcune voci di costo – sia comunque complessivamente affidabile (giudizio che – come noto - ha natura necessariamente globale e sintetica, non potendo risolversi in una parcellizzazione delle singole voci di costo, e costituisce frutto di apprezzamento tecnico riservato all'amministrazione appaltante, non sindacabile in giustizia se non per illogicità, manifesta irragionevolezza, arbitrarietà: cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2021, n. 2437).

Risultato che si ottiene, secondo i principi appena richiamati, solo se si accerti che gli eventuali scostamenti o errori di valutazione non trovino compensazione, o copertura sotto il profilo economico-finanziario, in altre voci (quali quelle per spese generali, fondi accantonamenti rischi, utile d'impresa).

16.2. Nel caso di specie, tenuto conto di quanto già rilevato sulla correttezza della verifica dei costi del personale effettuata dalla stazione appaltante, deve concordarsi con il positivo giudizio formulato da Consip (cfr. il verbale della seduta del 18 gennaio 2021), che non irragionevolmente ha ritenuto l'offerta (sia per le soluzioni organizzative proposte, sia per le giustificazioni presentate a fronte dei numerosi chiarimenti richiesti) complessivamente affidabile ed economicamente sostenibile (soprattutto per la presenza di un utile stimato pari a euro 203.729,27, che consente di fare fronte anche a eventuali voci di costo non esattamente preventivate).

17. In conclusione, l'appello va accolto e, previa riforma della sentenza impugnata, va rigettato il ricorso di primo grado.

18. Le spese giudiziali vanno compensate tra le parti, per il doppio grado, in ragione della peculiarità della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, rigetta il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Giovanni Grasso, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere

L'ESTENSORE
Giorgio Manca

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO