

N. 04676/2013REG.PROV.COLL.

N. 03487/2013 REG.RIC.

N. 04314/2013 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3487 del 2013, proposto dal CNS - Consorzio Nazionale di mandataria di A.T.I. con il Consorzio G.I.S.A. - Gestione Integrata Servizi Ambientali, con il Co.Lo.Coop Consorzio Lombardo Cooperative Produzione Lavoro, con la Geco - Società Consortile a r.l., rappresentati e difesi dagli avvocati Angelo Clarizia e Giancarlo Tanzarella, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2

contro

Società per Azioni Esercizi Aeroportuali S.E.A. S.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso Giuseppe Franco Ferrari in Roma, via di Ripetta, 142

nei confronti di

Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez, Davide Moscuza e Ulisse Corea, con domicilio eletto presso Ulisse Corea in Roma, via dei Monti Parioli, n. 48;

Romeo Gestioni S.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Ferola, Renato Ferola e Bianca L. Napolitano, con domicilio eletto presso Raffaele Ferola in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18

sul ricorso numero di registro generale 4314 del 2013, proposto da: Dussmann Service s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez, Davide Moscuza e Ulisse Corea, con domicilio eletto presso Ulisse Corea in Roma, via dei Monti Parioli, n. 48

contro

Società per azioni Esercizi Aeroportuali (SEA), in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso Giuseppe Franco Ferrari in Roma, via di Ripetta, 142

nei confronti di

Romeo Gestioni S.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Renato Ferola, Bianca L. Napolitano e Raffaele Ferola, con domicilio eletto presso Raffaele Ferola in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

per la riforma:

quanto al ricorso n. 3487 del 2013, della sentenza del T.A.R. della Lombardia – Milano, Sezione III, n. 842/2013;

quanto al ricorso n. 4314 del 2013, della sentenza del T.A.R. della Lombardia – Milano, Sezione III, n. 843/2013

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Società per azioni Esercizi Aeroportuali S.E.A. S.p.a., della Dussmann Service S.r.l. e della Romeo Gestioni S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2013 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Tanzarella, Ferrari, Martinez, Moscuza, e Raffaele Ferola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I. Il Consorzio Nazionale Servizi, società cooperativa attiva nel settore delle pulizie (d'ora innanzi: 'il CNS', appellante nell'ambito del ricorso n. 3487/2013) riferisce di aver partecipato alla gara telematica – da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – indetta dalla Società per azioni Esercizi Aeroportuali (d'ora innanzi: 'la SEA') per l'aggiudicazione triennale del servizio di pulizia negli aeroporti di Linate e Malpensa (il relativo bando era stato pubblicato sulla GU/S il 16 novembre 2011).

Ai fini della presente decisione mette conto sin da ora richiamare alcune previsioni del bando di gara:

- il punto III.2.2) del bando, ai fini della dimostrazione del possesso della capacità economica e finanziaria, alle lettere b) e d) prevedeva che le imprese partecipanti dovessero dimostrare: *“b) [di] aver eseguito, nel triennio 2008/2010, almeno un contratto ovvero 2 contratti di pulizia civile, caratterizzati dalla necessità di intervento in costanza di attività e di presenza di pubblico, per un importo non inferiore, rispettivamente a: EUR 5.000.000,00 + IVA, se riferito ad un singolo contratto, oppure EUR 6.500.000,00 + IVA, se riferito a due contratti”;* *“d) [di essere in] possesso al 31.12.2010, di un patrimonio netto non inferiore a EUR 4 000 000,00”;*

- il punto VI.3) ('Informazioni complementari'), alla lettera m) prevedeva che: *“(…) nella Domanda di partecipazione e, residualmente, nell'offerta (nell'ipotesi di domanda di partecipazione formulata in qualità di concorrente singolo mentre l'offerta viene poi presentata in*

qualità di RTI) dovranno essere specificate le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati (...)”;

- il medesimo punto VI.3), alla lettera n. 2) prevedeva che: *“i requisiti di capacità economica e finanziaria di cui ai punti III.2.2.b) e III.2.2.d) dovranno essere posseduti nella misura minima del 60 % dal mandatario. La percentuale residua dovrà essere posseduta cumulativamente dalle mandanti ognuna delle quali, a pena di esclusione dell'associazione, dovrà possedere almeno il 20 % degli importi sopra citati. In ogni caso i requisiti posseduti dalle imprese associate dovranno essere almeno pari a quelli richiesti globalmente”*.

In particolare, la società appellante chiedeva di partecipare in qualità di capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con il Consorzio G.I.S.A. – Gestione Integrata Servizi Ambientali (mandante), con il Co.Lo.Coop. – Consorzio Lombardo Cooperative Produzione e Lavoro (mandante) e con la Ge.Co. società consortile a r.l. (mandante).

All'esito delle procedure di gara, l'A.T.I. cui partecipa la società appellante si classificava al terzo posto con pt. 61,24 (di cui pt. 40 – il massimo previsto dalla *lex specialis* – per il punteggio tecnico e pt. 21,24 per il punteggio economico, a fronte di uno sconto sull'importo a base d'asta pari al 10,56%), mentre al secondo posto si classificava la soc. Dussmann service s.r.l. (d'ora in poi: 'la Dussmann Service') con pt. 65,33 (di cui pt. 26,12 per il punteggio tecnico e pt. 39,21 per il punteggio economico, a fronte di uno sconto sull'importo a base d'asta pari al 19,31%) e al primo posto si classificava la società Romeo Gestioni s.p.a. (d'ora in poi: 'la Romeo Gestioni') con pt. 78,37 (di cui pt. 18,37 per il punteggio tecnico e 60 – il massimo previsto – per il punteggio economico, a fronte di uno sconto sull'importo a base d'asta pari al 29,55%).

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. della Lombardia e recante il n. 2402/2012, l'odierna appellante chiedeva l'annullamento degli atti conclusivi della gara (sino all'aggiudicazione in favore della Romeo Gestioni) anche in considerazione del

fatto che sia la prima che la seconda classificata non avrebbero neppure dovuto essere ammesse alla gara in questione.

Con la sentenza n. 842/2013 il Tribunale adito ha accolto i ricorsi incidentali (invero, sotto questo aspetto, di analogo contenuto) di carattere ‘paralizzante’ proposti dalle società prima e seconda classificata e, per l’effetto, ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto *principaliter* dalla società appellante.

La sentenza in questione è stata impugnata in sede di appello dal CNS il quale ne ha chiesto la riforma articolando plurimi motivi di doglianza:

1) Con il primo motivo (*Sezione I – Sulla critica alla sentenza*), il CNS chiede la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui ha accolto i ricorsi incidentali di carattere ‘paralizzante’ proposti da Romeo Gestioni e da Dussmann Service e per l’effetto ha dichiarato inammissibile il ricorso principale proposto da CNS, ritenendo che quest’ultimo avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per ragioni inerenti la mancata coincidenza fra: i) requisiti di partecipazione/qualificazione; ii) quote di partecipazione e iii) quote di esecuzione dichiarate ai fini della partecipazione alla gara per cui è causa, in tal modo risultando priva della stessa legittimazione alla proposizione del ricorso.

In primo luogo, la sentenza risulterebbe in parte qua fondata su un errore di fatto: quello secondo cui, in sede di dichiarazioni di gara, il CNS non avrebbe dichiarato la coincidenza fra le quote di partecipazione e le quote di esecuzione demandate a ciascuna impresa partecipante all’A.T.I. costituita. Al contrario l’esame della documentazione di causa dimostrerebbe la perfetta coincidenza fra le quote di partecipazione e quelle di esecuzione demandate a ciascuna partecipante al raggruppamento.

Ma anche a voler ritenere che il T.A.R. abbia inteso coinvolgere (in modo implicito) nel proprio giudizio un terzo elemento (quello della necessaria

coincidenza anche dei requisiti di partecipazione/qualificazione), la sentenza in questione risulterebbe comunque meritevole di riforma.

Ciò, in quanto:

- risulta *per tabulas* che i requisiti di partecipazione/qualificazione delle imprese partecipanti all'A.T.I. CNS sono tutti posseduti da ciascuna di esse in misura addirittura sovrabbondante rispetto alle prescrizioni di gara e comunque in misura proporzionale rispetto alla quota di esecuzione del contratto;
- dall'esame comparativo dei commi 4 e 13 dell'articolo 37 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ('Codice dei contratti') emerge che gli appalti di servizi sono in radice esclusi dal richiamato obbligo di coincidenza (pur se limitato – come l'appellante ritiene – alle quote di partecipazione e a quelle di esecuzione). Ed infatti, fermo restando che il comma 13 dell'articolo 37 si limita a sancire la necessaria coincidenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione (e non anche dei requisiti di partecipazione/qualificazione), resta fermo che nel caso di appalti di servizi si applica unicamente il comma 4, il quale si limita a prescrivere che, in sede di offerta, i partecipanti alla gara indichino la parte del servizio che saranno eseguite dai singoli partecipanti al raggruppamento (ed è pacifico in atti che questo obbligo di indicazione/specificazione sia stato nel caso in esame puntualmente adempiuto);
- lo stesso legislatore ha da ultimo chiarito (si tratta del nuovo comma 13 dell'articolo 37, cit., come modificato dall'articolo 1, comma 2-bis, lettera a) del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95) che gli obblighi di 'parallelismo' in tema di quote di partecipazione/esecuzione restano limitati al solo settore degli appalti di lavori e non si estendano al settore – che qui viene in rilievo – degli appalti di servizi;
- che la restrittiva interpretazione cui hanno aderito i primi Giudici si pone in contrasto con i principi europei di de-formalizzazione dei modelli associativi e di libertà delle forme di cooperazione, nonché – più in generale – con gli stessi principi europei di proporzionalità e di massima partecipazione (i principi in

questione ostano in radice a qualsivoglia predeterminazione di percentuali di requisiti in capo alla mandataria o alle mandanti, potendo le stesse fare liberamente affidamento sui requisiti posseduti da altri operatori raggruppati);

- che (anche ad ammettere che il comma 13 dell'articolo 37 del 'Codice dei contratti' risulti applicabile agli appalti di servizi) il T.A.R. avrebbe comunque errato a ritenere che l'obbligo di parallelismo/coincidenza si estenda anche ai requisiti di partecipazione/qualificazione e che tale obbligo risulti finalizzato ad evitare che rilevanti prestazioni possano essere affidate a soggetti sprovvisti di requisiti. A tacer d'altro, il Tribunale avrebbe ommesso di considerare che, nel caso in esame, le partecipanti al raggruppamento erano – al contrario – munite dei richiamati requisiti in misura sovrabbondante rispetto alle prescrizioni di gara (e comunque in misura proporzionale rispetto alla quota di esecuzione del contratto). Né potrebbe in alcun modo affermarsi che l'estensione del richiamato obbligo di parallelismo anche ai requisiti di partecipazione/qualificazione fosse prescritta dalla *lex specialis* di gara, la quale – al contrario – si limitava a riferire tali obblighi alla sola fase esecutiva;

- che risulterebbe inconferente il richiamo operato dai primi Giudici alla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 22/2012, atteso che tale decisione si è limitata a confermare l'obbligo di indicazione delle 'parti' del servizio che saranno eseguite da ciascun partecipante (obbligo, quest'ultimo, certamente adempiuto dall'A.T.I. CNS). Allo stesso modo, nel caso di specie sarebbe certamente inconferente il richiamo al monito dell'Adunanza plenaria, la quale ha affermato che il rispetto del richiamato obbligo si impone al fine di impedire che il raggruppamento venga utilizzato non già per unire le disponibilità tecniche e finanziarie dei partecipanti, ma per aggirare le norme di ammissione stabilite dal bando e consentire in tal modo la partecipazione di imprese non qualificate, con effetti negativi per l'interesse pubblico. Ancora una volta, sarebbe dirimente osservare che ciascuna

delle partecipanti al raggruppamento era autonomamente – e in misura addirittura sovrabbondante rispetto a quanto richiesto – in possesso dei requisiti di partecipazione/qualificazione richiesti dalla *lex specialis* di gara;

- che risulterebbero inconferenti (per evidente estraneità di materia) gli ulteriori richiami di giurisprudenza amministrativa (anche di appello) operati dai primi Giudici a sostegno della propria tesi.

A questo punto (e ritenendo di aver superato i motivi che avevano indotto il primo Giudice a ritenere necessaria la propria esclusione dalla gara), il CNS reitera i motivi di ricorso già articolati in primo grado e ritenuti assorbiti dal T.A.R. sul rilievo dirimente dell'esclusione dell'A.T.I. appellante dalla gara.

Con il primo dei motivi in tal modo reiterati (rubricato 'Violazione e falsa applicazione di norme di legge (art. 75, d.lgs. 163/2006; art. 22, d.lgs. 82/2005); Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed illogicità') il CNS afferma che la seconda classificata Dussmann Service avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver presentato la documentazione richiesta ai fini della gara secondo modalità congrue e conformi a quelle prescritte dalla *lex specialis* di gara (ci si riferisce, in particolare, alla cauzione provvisoria e all'impegno del fideiussore a presentare la cauzione definitiva).

Con il secondo dei motivi in tal modo reiterati (rubricato '*Violazione e falsa applicazione di norme di legge (artt. 86 e 88, d.lgs. 163/06); Eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di istruttoria e difetto di motivazione*') il CNS afferma che la seconda classificata Dussmann Service avrebbe altresì, dovuto essere esclusa dalla procedura stante il carattere del tutto ingiustificato del rilevantisimo sconto offerto in sede di presentazione della domanda di partecipazione (19,31% sull'importo a base d'asta).

In particolare, le giustificazioni offerte dalla seconda classificata in sede di verifica di anomalia avrebbero dovuto essere dichiarate del tutto incongrue per quanto

riguarda l'incidenza dei costi sull'offerta e i giustificativi del costo orario del personale.

Con il terzo dei motivi in tal modo reiterati (rubricato *'Violazione e falsa applicazione di norme di legge e regolamentari (art. 38 d.lgs. 163/06; art. 38 d.P.R. 445/2000; artt. 21 e 24 d.lgs. 82/2005); Eccesso di potere per difetto di istruttoria'*) il CNS afferma che la prima classificata Romeo Gestioni avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per ragioni inerenti le modalità di sottoscrizione delle dichiarazioni rilevanti ai fini della partecipazione alla gara.

In particolare:

- la firma in atti del legale rappresentante della Romeo Partecipazioni s.r.l. (società partecipante della Romeo Gestioni) apposta sulla dichiarazione di cui all'articolo 38 del 'Codice dei contratti' risulterebbe non regolare in quanto, pur essendo stata apposta in forma digitale, non recava in allegato la copia di un documento di identità del dichiarante, in tal modo non soddisfacendo i requisiti formali prescritti dall'articolo 38 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445;
- la firma digitale apposta dal legale rappresentante dell'avvalsa Samir s.r.l. non potrebbe valere ai fini della partecipazione alla gara in quanto, ai sensi dell'articolo 21 del 'Codice dell'amministrazione digitale' (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82), l'apposizione di una firma elettronica basata su un certificato elettronico revocato, scaduto o sospeso (come nel caso in esame) equivale a mancata sottoscrizione;
- la firma digitale apposta dal legale rappresentante della Romeo Gestioni al fine di attestare il possesso dei requisiti di partecipazione in capo all'impresa risulterebbe a sua volta priva del documento di identità del dichiarante e non avrebbe potuto, quindi, essere utilizzata ai fini della gara;
- infine, difetterebbe in atti la copia del documento di identità del cessato dalla carica sig. Nicola Mattera (documento che sarebbe stato necessario al fine di

integrare la dichiarazione di avvalimento resa ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. 163 del 2006).

Con il quarto dei motivi di ricorso reiterati dal CNS in sede di appello (motivo rubricato *‘Violazione e falsa applicazione di norme di legge e regolamentari (artt. 86 e 88 d.lgs. 163/06); Eccesso di potere per difetto di istruttoria e difetto di motivazione; Contraddittorietà’*) il CNS afferma che la prima classificata Romeo Gestioni avrebbe dovuto altresì essere esclusa dalla gara per insanabili vizi connessi alle giustificazioni rese in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta (con particolare riguardo alle voci di costo relative ai servizi di pulizia a canone e alle rese orarie), anche in considerazione dell'eccezionale ribasso offerto (pari al 29,55% sull'importo a base d'asta).

Al riguardo, l'appellante CNS osserva:

- che, nel corso del procedimento svolto in contraddittorio con la SEA al fine di verificare la congruità delle giustificazioni offerte, Romeo Gestioni avrebbe più volte radicalmente mutato la struttura della propria offerta economica, senza mai corrispondere in modo pieno e convincente ai rilievi formulati dall'amministrazione aggiudicatrice. Ciononostante, quest'ultima avrebbe infine immotivatamente affermato che l'offerta economica fosse nel suo complesso congrua e sostenibile;
- che il costo orario del lavoro proposto da Romeo Gestioni risultava del tutto inattendibile e palesemente sottostimato, avuto riguardo alle tabelle ministeriali di riferimento. In particolare, Romeo Gestioni avrebbe incongruamente calcolato il costo orario del personale assumendo un numero complessivo annuo di ore lavorate pari a 2.088. Tuttavia, in tal modo operando, la prima classificata avrebbe basato i propri calcoli su un dato teorico e non sul dato effettivo (necessariamente determinato considerando ferie, permessi, festività e malattie del dipendente) il quale porterebbe a computare un numero complessivo annuo di ore davvero lavorate pari a 1.736. Laddove si fosse – doverosamente – calcolato il costo orario

del lavoro su tale minore numero di ore, si sarebbe necessariamente dovuto concludere nel senso della sottostima del costo del personale indicato ai fini della gara. Al livello cumulato, il computo dei maggiori costi in tal modo determinati comporterebbe non solo l'azzeramento dell'utile atteso per la gestione dell'appalto per cui è causa, ma la sua evidente antieconomicità;

- che la Romeo Gestioni ha erroneamente affermato che potrebbe conseguire importanti risparmi di spesa assumendo lavoratori inclusi nelle liste di mobilità. Ed infatti, i benefici connessi all'assunzione di questa particolare categoria di lavoratori sono limitati nel tempo e, dopo un periodo iniziale di nove mesi essi devono necessariamente essere assunti, acquisendo titolo all'inquadramento nel livello superiore.

Con il ricorso introduttivo, il CNS ha altresì chiesto il subentro nella gestione dell'appalto ai sensi dell'articolo 124 del 'Codice dei contratti' e, ove ciò non fosse possibile, il risarcimento dei danni per equivalente pecuniario e la perdita di *chance*.

Nel giudizio n. 3487/2013 si sono costituiti la SEA (la quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello), la prima classificata Romeo Gestioni e la seconda classificata Dussmann Service (le quali hanno a propria volta concluso nel senso della reiezione dell'appello).

II. Con ricorso in appello n. 4314/2013, la seconda classificata Dussmann Service ha chiesto la riforma della sentenza del T.A.R. della Lombardia n. 843/2013 con il quale è stato accolto il ricorso incidentale 'paralizzante' proposto dalla prima classificata Romeo Gestioni e, per l'effetto, è stato dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalla stessa Dussmann Service avverso l'aggiudicazione in favore di Romeo Gestioni.

In particolare, con i primi motivi di ricorso la Dussmann Service ha chiesto la riforma della sentenza n. 843/2013 per la parte in cui ha ritenuto l'inidoneità della

cauzione provvisoria prodotta ai fini della partecipazione alla gara, con violazione della prescrizione di cui al punto 4.1.5 della lettera di invito.

Sotto tale aspetto, i primi Giudici avrebbero erroneamente ritenuto che la *lex specialis* di gara richiedesse l'autentica notarile della firma manuale apposta dal garante in calce alla polizza fideiussoria – a pena di esclusione dalla procedura – e che tale autentica non fosse stata in concreto apposta.

La Dussmann Service ha quindi riproposto i motivi di ricorso già articolati in primo grado e non esaminati dal T.A.R. stante il carattere assorbente della richiamata pronuncia di inammissibilità. I motivi in questione, tuttavia, sono stati articolati secondo un ordine diverso da quello che aveva caratterizzato il ricorso di primo grado.

Con il primo motivo (che è rubricato *‘Violazione della lex speciali e degli artt. 42 e 49 del d.lgs. 163 del 2006’* e che coincide con il quarto dei motivi del ricorso di primo grado) la Dussmann Service osserva che la Romeo Gestioni avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, stante l'invalidità del contratto di avvalimento intercorrente con la Samir s.r.l. per violazione delle previsioni di cui al punto III.2.3 del bando.

Con il secondo motivo (che è rubricato *‘Eccesso di potere per gravissimo difetto di istruttoria, illogicità ed irragionevolezza – Violazione dell’art. 87 del d.lgs. 163/2006 – Violazione dell’art. 97, Cost.’* e che coincide con il primo dei motivi di ricorso di primo grado) la Dussmann Service osserva che la Romeo Gestioni avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per incongruità ed insostenibilità dell'offerta per quanto riguarda – in particolare – il costo del lavoro dei dipendenti impiegati nel servizio.

Con il terzo motivo (che è rubricato *‘Eccesso di potere per gravissimo difetto di istruttoria, illogicità ed irragionevolezza, contraddittorietà ed omessa motivazione’* e che coincide con il secondo dei motivi di ricorso di primo grado) la Dussmann Service osserva che la Romeo Gestioni avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura già in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta per aver reso dichiarazioni contraddittorie in

ordine al numero di ore lavorate complessivamente dedicate al servizio per cui è causa (monte ore dichiarato pari a circa 715mila ore/anno in sede di offerta tecnica e poi ridotto a circa 588mila ore/anno in sede di giustificazioni).

Con il quarto motivo (che è rubricato *‘Eccesso di potere per gravissimo difetto di istruttoria, illogicità ed irragionevolezza, contraddittorietà ed omessa motivazione’* e che coincide con il terzo dei motivi di ricorso di primo grado) la Dussmann Service osserva che la Romeo Gestioni avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per avere esposto solo in sede di giustificazioni dell’offerta la propria intenzione di trasferire un notevole numero di dipendenti (in precedenza assegnati ai servizi presso gli scali di Linate e Malpensa), nella gestione di ulteriori e diversi appalti, sostituendoli con personale di I livello.

Nel giudizio n. 4314/2013 si sono costituiti la SEA (la quale ha concluso nel senso della reiezione dell’appello), la prima classificata Romeo Gestioni e la terza classificata CNS (le quali hanno a propria volta concluso nel senso della reiezione dell’appello).

La prima classificata Romeo Gestioni ha altresì proposto appello incidentale avverso il capo della sentenza n. 843/2013 con cui non è stata accolta la parte del ricorso di primo grado con cui si era contestata l’ammissione della Dussmann Service alla gara per cui è causa anche in base alla ritenuta incompletezza della dichiarazione sostitutiva presentata dal procuratore della Dussmann Service in relazione a uno dei soggetti cessati dalla carica (il sig. Zaltron).

Alla pubblica udienza del 12 luglio 2013 i ricorsi in questione sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO

1. Giunge all’esame del Collegio il ricorso n. 3487/2013 proposto dal Consorzio Nazionale Servizi, società cooperativa attiva nel settore delle pulizie (d’ora innanzi: *‘il CNS’*), che aveva partecipato alla gara di appalto indetta dalla Società per azioni

Esercizi Aeroportuali (d'ora innanzi: 'la SEA') per l'affidamento triennale dei servizi di pulizia negli aeroporti milanesi, classificandosi al terzo posto, avverso la sentenza del T.A.R. della Lombardia n. 842/2013 con cui è stato accolto il ricorso incidentale proposto dalle società prime due classificate e, per l'effetto, è stato dichiarato inammissibile il ricorso principale proposto dallo stesso CNS avverso gli atti con cui le due società in questione erano state ammesse alla gara, classificandosi poi ai primi due posti della graduatoria finale.

Giunge, altresì, all'esame del Collegio il ricorso n. 4314/2913 proposto dalla soc. Dussmann Service s.r.l., che aveva partecipato medesima gara di appalto classificandosi al secondo posto, avverso la sentenza del T.A.R. della Lombardia n. 843/2013 con cui è stato accolto il ricorso incidentale proposto dalla prima classificata e, per l'effetto, è stato dichiarato inammissibile il ricorso principale proposto dalla stessa Dussmann Service avverso gli atti con cui l'odierna appellante era stata ammessa alla gara.

Giunge, infine, all'esame del Collegio l'appello incidentale proposto dalla prima classificata Romeo Gestioni avverso il capo della sentenza n. 843/2013 con cui non è stata accolta la parte del ricorso di primo grado con il quale si era contestata l'ammissione della Dussmann Service alla gara per cui è causa.

2. In primo luogo il Collegio ritiene di disporre la riunione dei ricorsi in epigrafe, sussistendo evidenti ragioni di carattere oggettivo e soggettivo (art. 70 cod. proc. amm.).

3. Il Collegio ritiene di esaminare prioritariamente il primo motivo del ricorso principale n. 3487/2013 (CNS) con cui si è impugnato il capo della sentenza relativo all'esclusione dalla gara del medesimo CNS per motivi inerenti la coincidenza fra: i) requisiti di partecipazione/qualificazione; ii) quote di partecipazione; iii) quote di esecuzione.

Come si vedrà in appresso, questa parte dell'appello principale è meritevole di accoglimento, con la conseguenza di confermare la legittima partecipazione alla gara del Consorzio in questione.

Allo stesso modo, è meritevole di accoglimento la parte del ricorso principale n. 4314/2013 con cui la Dussmann Service ha chiesto la riforma della sentenza n. 843/2013 in relazione al capo (ritenuto assorbente dal T.A.R.) relativo alla propria esclusione dalla gara.

Al contrario, non può essere accolto l'appello incidentale proposto dalla prima classificata Romeo Gestioni avverso il capo della sentenza n. 843/2013 con cui è stato respinto un ulteriore motivo il cui accoglimento avrebbe determinato altresì l'esclusione della seconda classificata Dussmann Service dalla gara all'origine dei fatti di causa.

Successivamente, saranno esaminati i motivi del ricorso principale 3487/2013 (CNS) e del ricorso principale 4314/2013 (Dussmann Service) con cui si è chiesta la riforma dei capi delle sentenze in epigrafe relativi all'invocata esclusione dalla gara della società prima classificata (Romeo Gestioni).

Come si vedrà nel prosieguo, i motivi in questione sono infondati, con la conseguenza per cui la posizione dell'appellata Romeo Gestioni nell'ambito della gara per cui è causa ne resterà nel suo complesso consolidata.

Conseguentemente, non si farà questione di esaminare gli argomenti qui riproposti dalla stessa Romeo Gestioni, la quale ha lamentato la mancata esclusione dalla gara della seconda e della terza classificata (appellanti principali nell'ambito dei ricorso numm. 3487/2013 e 4314/2013).

Per le medesime ragioni, non si farà questione di esaminare i motivi proposti – per così dire: 'in modo incrociato' - sia dalla terza classificata (CNS, appellante nell'ambito del ricorso n. 3487/2013) sia dalla seconda classificata (Dussmann Service, appellante nell'ambito del ricorso n. 4314/2013) al fine di ottenere

ciascuna l'esclusione dalla gara dell'altra. Ciò, in considerazione del carattere evidentemente subordinato e sussidiario che la risoluzione di questa parte della vicenda riveste rispetto alle questioni delineate ai due precedenti capoversi.

Ed ancora, per le medesime ragioni appena richiamate (infondatezza dei motivi di appello volti ad ottenere l'esclusione dalla procedura della prima classificata, con conseguente consolidamento della posizione sostanziale di quest'ultima nell'ambito della gara) non viene qui in rilievo la questione relativa all'ordine di esame fra il ricorso principale e l'appello incidentale di carattere 'paralizzante'.

Ciò in quanto, a prescindere dallo specifico *ordo quaestionum* nell'esame di tale aspetto della vicenda, è evidente che dalla rilevata infondatezza dei motivi di ricorso proposti avverso la mancata esclusione dalla gara della prima classificata (Romeo Gestioni) conseguirebbe in ogni caso l'impossibilità per la seconda e la terza classificata di ottenere l'utilità sperata. E ciò, a prescindere dalla fondatezza o meno dei motivi di ricorso con i quali la stessa Romeo Gestioni ha invocato l'esclusione dalla gara delle altre due parti in causa.

4. Come anticipato retro, *sub* 3, il ricorso principale proposto dal CNS (n. 3487/2013) è fondato per la parte in cui - primo motivo - si è impugnato il capo della sentenza relativo all'esclusione dalla gara del medesimo CNS per motivi inerenti la coincidenza fra: i) requisiti di partecipazione/qualificazione; ii) quote di partecipazione; iii) quote di esecuzione.

4.1. Al riguardo giova premettere che i primi Giudici (capo 1.2 della sentenza n. 842/2013) hanno in primo luogo richiamato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la previsione di cui al comma 13 dell'articolo 37 del 'Codice dei contratti' (il quale – nella formulazione che qui rileva – stabiliva) che “*i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento*”) trova(va) applicazione anche in relazione agli appalti di servizi.

Si tratta (ed è opportuno qui anticiparlo) di una statuizione in parte qua condivisibile, atteso che l'appalto di servizi per cui è causa, in quanto indetto con bando pubblicato nella G.U.U.E. del 16 novembre 2011, resta governato dalla disciplina di cui l'articolo 37, commi 4 e 13, del d.lgs. n. 163 del 2006, nella formulazione anteriore alla novella introdotta con il decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95. Ed infatti, la novella da ultimo richiamata (con la quale è stato sancito che la previsione di cui al richiamato articolo 37, comma 13 trova applicazione solo con riguardo agli appalti di lavori) non ha carattere retroattivo e non risulta ricognitiva di princìpi previgenti, ragione per cui la relativa disciplina non è idonea ad incidere sulle procedure già avviate o concluse – quale quella per cui è causa – e sui relativi effetti. Ne consegue che la previsione di cui al comma 13 dell'articolo 37, cit. (nella previgente e più ampia formulazione) trova applicazione anche con riferimento agli appalti di servizi, quale quello all'origine dei fatti di causa (in tal senso: Cons. Stato, III, 7 giugno 2013, n. 3138; *id.*, III, sentenze n. 4323 del 2011, n. 793 del 2012 e n. 5238 del 2012).

Tanto premesso, i primi Giudici hanno dapprima sottolineato che l'obbligo di rispettare il richiamato parallelismo fra quote di partecipazione e quote di esecuzione è stato confermato da un cospicuo orientamento giurisprudenziale, per poi richiamare le sentenze dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio nn. 22/2012 e 26/2012, le quali *“hanno chiarito come lo scopo perseguito in siffatto contesto, ossia consentire alla Stazione appaltante la possibilità di verificare la coerenza dei requisiti di qualificazione delle imprese associate con l'entità delle prestazioni dalle stesse assunte, sia finalizzato anche ad impedire che il raggruppamento sia utilizzato non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme di ammissione stabilite dal bando e consentire così la partecipazione di imprese non qualificate, con effetti negativi sull'interesse pubblico”*.

Infine, i primi Giudici hanno concluso nel senso che *“non avendo l'A.T.I. ricorrente principale [odierna appellante, n.d.E.] indicato le quote di esecuzione dell'appalto da parte*

delle singole imprese riunite in misura corrispondente a quelle di partecipazione al raggruppamento, come espressamente richiesto anche dalla lettera di invito (all. 18 al ricorso introduttivo, pag. 11), la stessa avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura”.

4.2. Al riguardo si osserva in primo luogo che, limitando per il momento l'esame della questione al rispetto della necessaria corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione (si tratta dell'aspetto ritenuto dirimente dal T.A.R. ai fini della definizione della questione), la sentenza in epigrafe risulta affetta da un errore di fatto.

Ed infatti, dall'esame della documentazione in atti emerge che sussistesse bensì un'esatta corrispondenza fra le quote di partecipazione e le quote di esecuzione dichiarate ai fini della partecipazione in relazione a ciascuna delle imprese partecipanti all'A.T.I. CNS.

In particolare, in sede di domanda di partecipazione era stato indicato:

- che la capogruppo mandataria (Consorzio Nazionale Servizi, società cooperativa – CNS) avrebbe operato con una quota di partecipazione all'A.T.I. (pari al 32%) esattamente coincidente con la quota di esecuzione;
- che la mandante Co.Lo.Coop. avrebbe a propria volta operato con una quota di partecipazione all'A.T.I. (pari al 18%) coincidente con la quota di esecuzione;
- che il mandante consorzio G.I.S.A. avrebbe anch'esso operato con una quota di partecipazione all'A.T.I. (pari al 25%) del tutto coincidente con la quota di esecuzione;
- che, infine, anche la mandante GECO società consortile avrebbe operato con una quota di partecipazione all'A.T.I. (pari al 25%), anche in questo caso coincidente con la quota di esecuzione.

4.3. Quanto, poi, al secondo degli argomenti posti dal T.A.R. a fondamento delle proprie conclusioni (si tratta dell'argomento secondo cui le restrittive disposizioni di cui all'articolo 37 del 'Codice dei contratti' sono finalizzate ad impedire che lo

strumento del raggruppamento di imprese venga utilizzato al fine di aggirare le norme in tema di ammissione alle pubbliche gare e di consentire la partecipazione a imprese non qualificate), si osserva che la finalità in questione non sembra comunque ostare alla partecipazione alla gara per cui è causa da parte dell'A.T.I. CNS.

Ed infatti, risulta in atti che – come condivisibilmente rilevato dall'appellante – ciascuna delle imprese del raggruppamento fosse in possesso di requisiti di capacità economico-finanziaria in misura addirittura superiore rispetto a quanto richiesto dal bando e dalla lettera di invito, in tal modo rendendo palese che non risulti applicabile alla vicenda di causa la *ratio* delle pronunce giurisprudenziali richiamate in sede di ricorso, secondo cui occorre impedire che il ricorso al raggruppamento di imprese consenta l'ammissione alle pubbliche gare di imprese non qualificate ovvero – più in generale - prive dei necessari requisiti di carattere oggettivo.

4.3.1. Si osserva al riguardo:

- che il punto VI.3), lettera m) del bando di gara (richiamato in narrativa) imponeva – conformemente alla previsione di cui al comma 4 dell'articolo 37 del d.lgs. 163 del 2006 che i R.T.I. specificassero, in sede di domanda di partecipazione alla gara, *“le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati”*. Si tratta di un obbligo che risulta puntualmente adempiuto dal R.T.I.

CNS;

- che il medesimo punto VI.3), lettera n2) (parimenti richiamato in narrativa) prescriveva che i requisiti di capacità economico-finanziaria di cui ai punti III.2.2.b) (aver eseguito nel triennio 2008/2010 almeno un contratto assimilabile a quello in questione per un importo non inferiore a 5 milioni di euro nel caso di un unico contratto e di 6,5 milioni di euro nel caso di due contratti) e III.2.2.d) (essere in possesso, al 31 dicembre 2010, di un patrimonio netto non inferiore a 4 milioni di euro) dovessero essere posseduti in misura non inferiore al 60% dal mandatario

e che la percentuale residua dovesse essere posseduta cumulativamente da ciascuna delle mandanti, ciascuna delle quali avrebbe dovuto possedere almeno il 20% degli importi di cui sopra. Al riguardo si osserva che il R.T.I. CNS era certamente in possesso dei requisiti in questione, se solo si osservi: a) che la capogruppo mandataria aveva dichiarato un contratto di appalto di pulizie nel triennio richiamato di importo pari a circa 22,7 milioni di euro e che, al 2010, risultava in possesso di un patrimonio netto di circa 40,4 milioni di euro; b) che la mandante Co.Lo.Coop. – la cui quota di partecipazione era pari al 18% - aveva dichiarato un contratto di appalto di pulizie nel triennio richiamato di importo pari a circa 2,2 milioni di euro e che, al 2010, risultava in possesso di un patrimonio netto di circa 1 milione di euro; c) che il mandante consorzio G.I.S.A. – la cui quota di partecipazione era pari al 25% - aveva dichiarato un contratto di appalto di pulizie nel triennio richiamato, riferito alla consorziata incaricata del servizio, di importo pari a circa 2,1 milioni di euro e che, al 2010, risultava in possesso di un patrimonio netto di circa 3,6 milioni di euro; d) che, infine, la mandante società consortile GECCO – la cui quota di partecipazione era a sua volta pari al 25% - aveva dichiarato un contratto di appalto di pulizie nel triennio richiamato, riferito alla consorziata incaricata del servizio, di importo pari a circa 2 milioni di euro e che, al 2010, risultava in possesso di un patrimonio netto di circa 1,1 milioni di euro. Conseguentemente, risulta che le imprese partecipanti all'A.T.I. CNS fossero ciascuna singolarmente e insieme cumulativamente in possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria richiesti dal bando, nelle percentuali ivi indicate (e che, anzi, ciascuna di esse fosse in possesso di requisiti addirittura maggiori rispetto a quelli prescritti dalla *lex specialis* in relazione alle singole quote di partecipazione al raggruppamento).

4.3.2. Per le ragioni appena esposte, la sentenza in epigrafe risulta meritevole di riforma laddove ha fondato il proprio *dictum* sull'affermazione secondo cui l'A.T.I.

CNS non avrebbe indicato le quote di esecuzione dell'appalto da parte delle singole imprese riunite in misura corrispondente a quelle di partecipazione al raggruppamento, come espressamente richiesto anche dalla lettera di invito (all. 18 al ricorso introduttivo, pag. 11 – si tratta di una disposizione interamente riproduttiva di quella di cui al punto VI,3), lettera n2) del bando di gara -) e che, conseguentemente, lo stesso ATI C.N.S. avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura.

4.4. Ma anche a voler ritenere che i primi Giudici abbiano inteso (pur non facendone espressa menzione) riferire il richiamato principio di necessario parallelismo in modo congiunto: i) ai requisiti di partecipazione/qualificazione; ii) alle quote di partecipazione e iii) alle quote di esecuzione, la sentenza in epigrafe sarebbe comunque meritevole di riforma, non ritenendo il Collegio che le disposizioni del 'Codice dei contratti' (e segnatamente, i commi 4 e 13 dell'articolo 37) consentano di avallare una siffatta opzione interpretativa.

In particolare, si ritiene che una siffatta opzione (volta a superare e, di fatto, integrare l'espressa previsione di legge – comma 13 dell'articolo 37 – la quale si limita ad imporre il parallelismo fra le quote dinanzi richiamate sub ii) e iii)) non risulti in alcun modo condivisibile in specie laddove (come nel caso di specie) essa determinerebbe l'effetto di escludere dalle pubbliche gare raggruppamenti ai cui partecipanti sarebbe ascritto null'altro, se non una sorta di 'eccesso di qualificazione'.

Al riguardo il Collegio ritiene di richiamare (non rinvenendosi ragioni per discostarsene) quanto statuito in un caso *in parte qua* analogo con la sentenza di questa VI sezione 24 settembre 2012, n. 5074.

In tale occasione, questo Consiglio di Stato ha sancito che, laddove di accedesse all'opzione interpretativa dinanzi richiamata (*i.e.*: all'opzione volta ad imporre una sorta di necessaria corrispondenza di carattere 'trilaterale' nelle ipotesi di cui

all'articolo 37, commi 4 e 13 del 'Codice dei contratti', si determinerebbe “ [un] contrasto con la ratio tipicamente sottesa all'imposizione dell'obbligo di corrispondenza fra requisiti di partecipazione e di esecuzione (ossia, con la finalità di evitare che parte dell'appalto venga realizzato da soggetti non dotati della necessaria qualificazione). Sotto tale aspetto, non può essere condivisa la tesi (...) secondo cui "non può essere generalmente ammessa la partecipazione ad una gara pubblica di un RTI che sia composto da imprese singolarmente in grado di parteciparvi" (...). A tacer d'altro, l'approccio in questione (pur se talora sostenuto) si porrebbe in contrasto con i principi del favor participationis e della libertà giuridica di impresa, negando in radice la possibilità per taluni operatori economici (in particolare: quelli maggiormente qualificati) di individuare in modo autonomo la configurazione organizzativa ottimale per partecipare alle pubbliche gare”.

4.5. Né a conclusioni diverse da quelle dinanzi rassegnate *sub* 4.5. può giungersi in relazione al contenuto delle sentenze dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio 13 giugno 2012, n. 22 e 5 luglio 2012, n. 26 (pure, richiamate dai primi Giudici a sostegno delle proprie argomentazioni).

Ed infatti, quanto alla prima di tali decisioni, mette conto rammentare che essa, pur incentrandosi sulla previsione di cui al comma 4 dell'articolo 37 del 'Codice dei contratti', si è soffermata sulla diversa questione dell'interpretazione da fornire alla previsione secondo cui “nel caso di forniture o servizi, nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori riuniti o consorziati?”. Al riguardo, l'Adunanza plenaria ha concluso nel senso che l'obbligo di specificare le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori riuniti o consorziati si applicabile indistintamente nelle ipotesi di A.T.I. orizzontale o verticale.

Il punto è che l'A.T.I. CNS ha pacificamente soddisfatto l'obbligo di indicare le parti del servizio che sarebbero state svolte da ciascuna partecipante al raggruppamento, ragione per cui – sotto tale aspetto – non vi è ragione alcuna per

affermare che la sentenza dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio militi nel senso indicato dai primi Giudici.

Per ragioni in tutto analoghe, non può ritenersi che la sentenza dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio n. 26 del 2012 apporti argomenti a sostegno della tesi sostenuta dai primi Giudici (*i.e.*: nel senso di affermare il principio del necessario parallelismo fra: i) i requisiti di partecipazione/qualificazione; ii) le quote di partecipazione e iii) le quote di esecuzione dell'appalto).

Al contrario - e ai fini che qui rilevano -, la sentenza in questione si è limitata a stabilire che l'indicazione delle parti del servizio di cui al comma 4 dell'articolo 37 del 'Codice dei contratti' imputate alle singole imprese associate o asociande si rende necessaria onde evitare l'esecuzione di quote rilevanti dell'appalto da parte di soggetti sprovvisti delle qualità all'uopo occorrenti in relazione ai requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria fissati dalla *lex specialis*.

Il punto è che nel caso di specie non vi è alcun dubbio in ordine al fatto che le imprese partecipanti all'A.T.I. CNS possedessero requisiti di qualificazione in misura più che adeguata per l'esecuzione delle porzioni dell'appalto a ciascuna di esser riservata, ragione per cui non sembrano sussistere in radice le ragioni di cautela sottese alle pronunce dell'Adunanza plenaria dinanzi richiamate.

4.6. Concludendo sul punto, il ricorso in appello proposto dalla CNS può essere accolto per la parte in cui (primo motivo) si è contestato il capo della sentenza con il quale, in accoglimento dei ricorsi incidentali proposti dalle controinteressate in primo grado, è stata sancita l'esclusione dalla gara dell'A.T.I. CNS.

Pertanto, il raggruppamento in questione non avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

Tuttavia, per le ragioni che saranno di seguito esposte, l'A.T.I. CNS non avrebbe comunque potuto conseguire l'aggiudicazione dell'appalto.

5. Per le ragioni dinanzi esposte *sub* 3, qui di seguito ci si limiterà ad esaminare i motivi di ricorso (già articolati in primo grado dal CNS e nella presente sede puntualmente riproposti) relativi alla posizione della prima classificata Romeo Gestioni.

La conclusione – come già in precedenza anticipato – sarà nel senso: a) dell'infondatezza di tali motivi di ricorso; b) del conseguente consolidamento della posizione della Romeo Gestioni nell'ambito della gara, che pertanto diventerà intangibile; c) dell'irrilevanza ai fini del decidere dei motivi di ricorso con cui la seconda classificata Dussmann Service e il terzo classificato CNS hanno chiesto ciascuno l'esclusione dalla gara dell'altro.

6. Occorre, quindi, prendere le mosse dal terzo dei motivi di ricorso riproposti in primo grado dal CNS il quale (come anticipato in narrativa) afferma che Romeo Gestioni avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per una serie di insanabili irregolarità formali commesse in sede di formulazione delle dichiarazioni di gara.

6.1. Il motivo è infondato.

6.2. Come indicato in narrativa, la parte centrale di questo capo dell'appello si fonda sulla tesi secondo cui, laddove talune dichiarazioni vengano rese ai sensi degli articoli 38 e 47 del d.P.R. 445 del 2000 ed esse vengano rese attraverso l'apposizione di una firma digitale, il rispetto della normativa in tema di firma digitale non esenterebbe comunque il dichiarante dall'onere di allegare copia di un proprio documento di identità (onere che, nel caso in esame, non risulta soddisfatto).

6.2.1. Ora, occorre premettere che la gara per cui è causa è stata interamente gestita in forma telematica ai sensi del comma 13 dell'articolo 85 del 'Codice dei contratti' (si tratta della disposizione secondo cui “ (...) *le stazioni appaltanti possono stabilire di ricorrere a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici, disciplinate con il regolamento nel rispetto delle disposizioni di cui al presente Codice*”).

Il regolamento di esecuzione ed attuazione al ‘Codice dei contratti’ (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) ha disciplinato la materia – rispettivamente – all’articolo 295 (in tema di ‘Procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici’, il quale ha a propria volta richiamato il rispetto alle previsioni di cui all’articolo 77 del ‘Codice’) e all’articolo 296 (in tema di ‘Bando di gara e termini per le procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici’).

Ora, l’articolo 77 del ‘Codice’ (rubricato ‘Regole applicabili alle comunicazioni’) al comma 6 ha fissato alcune regole puntuali applicabili alla materia – che qui viene in rilievo – dei dispositivi di trasmissione e ricezione elettronica delle offerte e dei dispositivi di ricezione elettronica delle domande di partecipazione.

Ai fini che qui rilevano mette conto richiamare, in particolare, la previsione di cui al comma 6, lettera b), secondo cui *“le offerte presentate possono essere effettuate solo utilizzando la firma elettronica digitale come definita e disciplinata dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82”*.

Da ultimo (al fine di completare l’individuazione del quadro normativo di riferimento), si ritiene di richiamare la previsione di cui al comma 1 dell’articolo 65 del d.lgs. n. 82 del 2005 – ‘Codice dell’amministrazione digitale’ – (l’articolo in questione è rubricato ‘Istanze e dichiarazioni presentate alle pubbliche amministrazioni per via telematica’).

Ebbene, il comma in questione stabilisce i presupposti e le condizioni di validità delle istanze e delle dichiarazioni presentate alle pubbliche amministrazioni per via telematica ai sensi dei commi 1 e 3 dell’articolo 38 del d.P.R. 445 del 2000 (e ai fini della presente decisione viene in particolare in rilievo il comma 3 dell’articolo 38 – in tema di dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà - in quanto le dichiarazioni in tema di requisiti di ordine generale di cui all’art. 38 del d.lgs. 163 del 2006 devono, appunto, essere rese nella forma della dichiarazione sostitutiva di cui al comma 3 dell’articolo 38 del d.P.R. 445, cit.).

Ora, il comma 1 dell'articolo 65 del d.lgs. 82 del 2005 stabilisce, appunto, che *“le istanze e le dichiarazioni presentate alle pubbliche amministrazioni per via telematica ai sensi dell'articolo 38, commi 1 e 3 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, sono valide: a) se sottoscritte mediante la firma digitale il cui certificato è rilasciato da un certificatore accreditato (...)”*.

Ebbene, ad avviso del Collegio, dal combinato disposto dell'articolo 65, comma 1, lettera a) del 'Codice dell'amministrazione digitale' e dell'articolo 77, comma 6, lettera b) del 'Codice dei contratti' deriva che l'apposizione della firma digitale, a cagione del particolare grado di sicurezza e di certezza nell'imputabilità soggettiva che la caratterizza, sia di per sé idoneo a soddisfare i requisiti dichiarativi di cui al comma 3 dell'articolo 38 del d.P.R. 445 del 2000, anche in assenza dell'allegazione in atti di copia del documento di identità del dichiarante.

Si osserva al riguardo:

- che, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera s) del 'Codice dell'amministrazione digitale' la firma digitale si distingue dall'ordinaria firma elettronica per il particolare grado di certezza ed attendibilità che la caratterizza (ai sensi della disposizione appena richiamata, infatti, la 'firma digitale' viene definita come *“un particolare tipo di firma elettronica avanzata basata su un certificato qualificato e su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici”*). In tal modo, l'apposizione della firma digitale conferisce un grado di certezza ed attendibilità in ordine alla provenienza del documento certamente non inferiore a quello conseguibile attraverso le particolari modalità di cui agli articoli 38 e 47 del d.P.R. 445 del 2000 (e, in particolare, attraverso l'allegazione di copia del documento di identità del dichiarante);

- che, per espressa previsione del comma 1, lettera a) dell'articolo 65 del 'Codice dell'amministrazione digitale', la sottoscrizione di un documento con firma digitale rilasciata da un certificatore accreditato rende valida sotto ogni aspetto la presentazione di una dichiarazione di cui al comma 3 dell'articolo 38 del d.P.R. 445 del 2000. Si osserva al riguardo che la disposizione primaria di riferimento non subordina in alcun modo il riconoscimento di tale validità alla condizione che l'apposizione della firma digitale sia accompagnata dall'allegazione della copia del documento di identità ai sensi del comma 3 dell'articolo 38, cit. Pertanto, ove si accedesse alla tesi suggerita dall'appellante si giungerebbe alla conseguenza (non condivisibile sotto il profilo sistematico) di privare di utilità pratica la previsione di legge che riconosce all'apposizione della firma digitale un particolare grado di certezza ed attendibilità;

- che, allo stesso modo, il comma 6, lettera b) del d.lgs. 82 del 2005 stabilisce che le offerte presentate per via elettronica possono essere effettuate solo utilizzando la firma elettronica digitale, anche in questo caso non richiamando in alcun modo le ulteriori prescrizioni e formalità (invero, in tali ipotesi, non necessarie) richieste in via ordinaria per rendere dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà di cui al comma 3 dell'articolo 38 del d.P.R. 445 del 2000;

6.3. Ebbene, applicando i principi appena enucleati alle peculiarità del caso di specie, si osserva che il ricorso proposto dal CNS è in parte qua infondato, in quanto:

- la dichiarazione in ordine ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del d.lgs. 163 del 2006 resa dal legale rappresentante della Romeo Partecipazioni s.r.l. risulta ritualmente munita di firma digitale ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera s) del d.lgs. 82 del 2005, pur se in assenza di copia del documento di identità del dichiarante;

- allo stesso modo, la dichiarazione sui requisiti dell'avvalsa società Samir risulta essere stata ritualmente sottoscritta con firma digitale dal legale rappresentante;
- ancora, la domanda di partecipazione e le dichiarazioni rese ai fini della partecipazione alla gara da parte del legale rappresentante della Romeo Gestioni s.p.a. risultano ritualmente sottoscritte con firma digitale;
- infine, la sottoscrizione della dichiarazione dei requisiti ex art. 38, d.lgs. 163, cit. resa dal direttore tecnico della Romeo Gestioni s.p.a. (si tratta dell'Ing. Nicola Mattera, sfornito di firma digitale) risulta comunque conforme alle previsioni della *lex specialis* di gara. In particolare, tale sottoscrizione risulta conforme alla previsione di cui all'allegato rubricato 'Istruzioni di qualificazione' – doc. 1-bis il quale, nel prevedere le modalità con cui i soggetti onerati avrebbero dovuto rendere le dichiarazioni di cui all'articolo 38 del 'Codice dei contratti', ha chiarito che "è consentito ai medesimi, laddove sprovvisti di firma digitale, di allegare a portale copia scansionata della dichiarazione che dovrà essere sottoscritta manualmente dal dichiarante, nonché a pena di esclusione digitalmente dal legale rappresentante/procuratore dell'operatore economico concorrente, unitamente a copia scansionata dei documenti di identità dei soggetti firmatari". Sotto tale aspetto, risulta in atti che la sottoscrizione apposta manualmente dall'Ing. Mattera sia stata integrata dalla controfirma apposta digitalmente dal legale rappresentante della società e che siano state allegate in atti le copie dei documenti di identità di entrambi i dichiaranti.

6.4. Per quanto riguarda, infine, la dichiarazione in ordine ai requisiti di ordine generale resa ai sensi dell'art. 38 del 'Codice dei contratti' dal legale rappresentante dell'avvalsa Samir s.r.l. (sig. Domenico De Santis), la Romeo Gestioni ha persuasivamente dimostrato – con puntuali allegazioni documentali provenienti dall'Autorità di certificazione MPS - che, al momento in cui la dichiarazione del sig. De Santis era stata resa e la firma digitale apposta (15-16 novembre 2011), la

sua firma digitale era ancora in corso di validità e sarebbe venuta in scadenza solo al 22 novembre 2013.

Pertanto, appare plausibile la tesi della Romeo Gestioni secondo cui il documento da cui risultava – in relazione alla firma digitale apposta dal sig. De Santis - la dicitura “*firma non valida in quanto apposta dopo il 30 giugno 2011*”, fosse stato generato a causa dell'utilizzo di un programma informatico non aggiornato, il quale aveva reso risultanze non attendibili in ordine alla validità della firma digitale apposta dal legale rappresentante dell'avvalsa soc. Samir.

6.5. Concludendo sul punto, il terzo motivo del ricorso principale proposto in primo grado dal CNS (e nella presente sede puntualmente riproposto) non può trovare accoglimento.

7. Si ritiene ora di esaminare il quarto motivo del ricorso principale proposto in primo grado dal CNS e nella presente sede puntualmente riproposto.

Con il motivo in questione (che è stato meglio descritto in narrativa e i cui assunti coincidono in parte con analoghi motivi di ricorso proposti dalla Dussmann Service con il ricorso n. 4314/2013) si è chiesto a questo Giudice di appello di accertare i numerosi aspetti di incongruità che caratterizzerebbero l'operato dell'amministrazione aggiudicatrice per avere essa ritenuto nel suo complesso congrua l'offerta economica formulata dalla Romeo Gestioni.

7.1. Il motivo nel suo complesso non può trovare accoglimento.

7.2. Il Collegio non ritiene qui di soffermarsi sull'eccezione di inammissibilità formulata dalla Romeo Gestioni, la quale osserva (invero, non implausibilmente) che in sede di appello lo stesso CNS pretenda – a ben vedere – di sostituire il giudizio operato dall'amministrazione aggiudicatrice in punto di congruità dell'offerta con una propria prospettazione e valutazione in ordine alle componenti dell'offerta (ma sul punto si tornerà nel prosieguo).

Ad ogni modo (e a prescindere dai rilevati profili di inammissibilità), l'appello principale risulta comunque infondato.

7.2.1. In primo luogo (e avendo riguardo al 'metodo' della verifica dell'anomalia), risulta infondata - oltre ad essere stata formulata in termini sostanzialmente generici - la censura secondo cui nel corso dell'esame in contraddittorio circa la congruità dell'offerta e la plausibilità delle giustificazioni offerte dalla Romeo Gestioni quest'ultima avrebbe integralmente stravolto gli elementi costitutivi dell'offerta, rimodulando integralmente lo schema proposto dall'amministrazione aggiudicatrice, la quale avrebbe - infine - ingiustificatamente ritenuto congrua l'offerta così rimodulata.

Al riguardo si osserva che, contrariamente a quanto osservato dall'appellante, se - per un verso - è vero che il sub-procedimento di verifica dell'anomalia è risultato nel caso in questione particolarmente lungo e articolato, per altro verso ciò sembra piuttosto deporre nel senso di un'istruttoria attenta e articolata, svolta sulla base di puntuali elementi in fatto e all'esito della quale l'amministrazione aggiudicatrice ha formulato un giudizio sintetico tutt'altro che avventato o ingiustificato.

Sotto tale aspetto - e in termini generali - si ritiene di richiamare il condiviso orientamento secondo cui, in fase di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata nella gara d'appalto, il contraddittorio successivo non può essere costretto nelle maglie dei supporti documentali strettamente collegati alle giustificazioni preventive dell'offerta, dovendosi invece tendenzialmente ammettere un contraddittorio a tutto campo, nel cui ambito le imprese che abbiano presentato offerta in sospetto di anomalia abbiano la più ampia possibilità di far valere le loro ragioni e di chiarire e provare la loro posizione (in tal senso: Cons. Stato, IV, 11 aprile 2007, n. 1658).

Con la sentenza di questa Sezione 7 febbraio 2012, n. 636 si è stabilito che, fermo restando il principio per cui in un appalto l'offerta, una volta presentata, non è

suscettibile di modificazione - pena la violazione della *par condicio* tra i concorrenti - e considerato che obiettivo della verifica di anomalia è quello di stabilire se l'offerta sia, nel suo complesso (e nel suo importo originario) affidabile o meno, il giudizio di anomalia deve essere complessivo e deve tenere conto di tutti gli elementi, sia quelli che militano a favore, sia quelli che militano contro l'attendibilità dell'offerta nel suo insieme. Deve di conseguenza ritenersi possibile che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l'impresa dimostri che, per converso, altre voci di prezzo sono state inizialmente sopravvalutate e che in relazione alle stesse è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci (vengono richiamate, al riguardo: Cons. Stato, VI, 21 maggio 2009 n. 3146; *id.*, VI, 19 maggio 2000 n. 2908).

Dalla citata giurisprudenza si desume che ciò che si può consentire è:

- a) o una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni già fornite), lasciando le voci di costo invariate;
- b) oppure un aggiustamento di singole voci di costo, che trovi il suo fondamento o in sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi, o in originari e comprovati errori di calcolo, o in altre ragioni plausibili.

La giurisprudenza ha infatti precisato che il subprocedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta per così dire in itinere ma mira, al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile (in tal senso: Cons. Stato, V, 12 marzo 2009 n. 1451).

Quello che non si può invece consentire è che in sede di giustificazioni vengano apoditticamente rimodulate le voci di costo senza alcuna motivazione, con un'operazione di finanza creativa priva di pezze d'appoggio, al solo scopo di 'far quadrare i conti' ossia di assicurarsi che il prezzo complessivo offerto resti

immutato e si superino le contestazioni sollevate dalla stazione appaltante su alcune voci di costo (Cons. Stato, sent. 636 del 2012, cit.).

7.2.1.1. Ebbene, riconducendo gli orientamenti in questione alle peculiarità del caso in esame, si osserva che dall'esame del giudizio finale di congruità formulato dall'amministrazione aggiudicatrice (all'esito di ben tre tornate di giustificazioni e di incontri svolti in contraddittorio con la Romeo Gestioni), emerge come l'amministrazione abbia puntualmente e motivatamente concluso nel senso:

- che dalla documentazione in atti risultasse provata l'esistenza di una positiva differenza fra i ricavi e i costi attesi della gestione e con riferimento a tutte le macro-voci di costo costitutive dell'offerta (manodopera, materiali, prodotti di consumo, noli e forniture, spese generali e utile);

- che all'esito della verifica di congruità era emerso il rispetto da parte di Romeo Gestioni dei trattamenti salariali minimi riservati al personale addetto alle lavorazioni anche alla luce delle tabelle periodicamente predisposte dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali (cc.dd. 'tabelle Fise') e in considerazione delle economie conseguibili attraverso il ricorso agli incentivi per l'assunzione del personale in mobilità ai sensi della l. 29 dicembre 1990, n. 407;

- che la complessiva attendibilità e sostenibilità dell'offerta sotto il profilo economico e finanziario risultava comunque confermata dalla complessiva congruità dei costi diversi da quelli di personale e dalle economie conseguibili dalla Romeo Gestioni in virtù della concomitante gestione di un analogo servizio in Lombardia, di durata ed importo superiore rispetto a quello oggetto della presente controversia;

- che, conclusivamente, il giudizio sintetico formulato dalla SEA risultava del tutto giustificato sulla base della documentazione in atti e dell'esito della verifica in contraddittorio laddove affermava che *“in considerazione dell'analisi del costo del personale puntualmente svolta dal concorrente, il quale garantisce una corretta valutazione di tale*

fondamentale costo, nel rispetto dei trattamenti minimi salariali nonché delle opportunità di risparmio richiamate dal concorrente stesso per le ulteriori voci di costo, si ritengono accettabili ed esaustivi i chiarimenti forniti?

7.2.2. Ancora con riguardo al ‘metodo’ in cui si è svolto il procedimento successivo di verifica in contraddittorio dell’offerta sospetta di anomalia, dall’esame degli atti di causa emerge che:

- con una prima relazione di giustificazione dell’offerta (atto in data 3 luglio 2012), la Romeo Gestioni aveva motivato in modo generale la sostenibilità dell’offerta sotto l’aspetto della congruità dei costi attesi con i ricavi, pur senza limitarsi alla sola compilazione dei fogli/tabelle 2A e 2B predisposti dall’amministrazione aggiudicatrice (è comunque rilevante osservare che la Romeo Gestioni avesse comunque provveduto a compilare i fogli/tabelle in questione in relazione a due delle quattordici voci che componevano l’offerta economica nel suo complesso);
- con una seconda relazione di giustificazione dell’offerta (atto in data 16 luglio 2012), la Romeo Gestioni aveva puntualmente dato riscontro ai rilievi formulati dalla SEA a riscontro della prima relazione. In tale occasione, in particolare, l’odierna appellata aveva motivatamente dedotto: a) che la ragione per cui, in sede di predisposizione dell’offerta, si era tenuto conto delle tabelle ministeriali del giugno 2011 – e non di quelle aggiornate nel marzo 2012 – discendeva dal fatto che tali tabelle erano state pubblicate in un momento (23 maggio 2012) in cui era già scaduto il termine inizialmente fissato – e in seguito prorogato – per la presentazione dell’offerta; b) che, comunque, anche a voler rideterminare i costi del personale sulla base delle tabelle come riformulate, ciò non avrebbe inciso in modo significativo sulla sostenibilità dell’offerta nel suo complesso, in quanto l’incremento conseguente si attestava nella misura dello 0,2% circa (ammontare – questo – agevolmente ammortizzabile con contestuale riduzione del maggiore utile atteso); c) che essa avrebbe potuto attenuare gli oneri del personale attingendo ai

benefici contributivi per l'assunzione di lavoratori in mobilità di cui alla l. 407 del 1990 (sul punto si tornerà fra breve);

- con una terza relazione di giustificazione dell'offerta (atto in data 31 luglio 2012) la Romeo Gestioni aveva motivatamente rappresentato che, pur avendo basato i propri calcoli circa il costo orario offerto sul numero di ore annue teoriche (pari a 2.088 per ciascun lavoratore), essa non aveva mancato di valutare l'impatto del costo delle sostituzioni (pari a 507 ore annue per ciascun lavoratore), portando i relativi oneri in aumento del costo complessivo come determinato sulla base del numero di ore annue teoriche. Nella medesima occasione, l'odierna appellata aveva puntualmente indicato che avrebbe potuto fruire di un vantaggioso costo di sostituzione, avendo intenzione di assumere personale per il quale avrebbe fruito dei benefici di legge per l'assunzione di personale in mobilità *ex lege* 407 del 1990 (sul punto si tornerà nel prosieguo).

7.3. In secondo luogo (e passando 'al merito' del giudizio di anomalia), si ritiene nella presente sede richiamare il consolidato (e qui condiviso) orientamento secondo cui, nell'ambito delle pubbliche gare, il giudizio di verifica in contraddittorio circa un'offerta che si assuma anomala ha necessariamente un carattere sintetico e generale. Ne consegue che - pur non dovendosi trascurare un esame relativo alle diverse componenti costitutive dell'offerta - ai fini del giudizio di attendibilità l'offerta vada valutata nella sua globalità, non assumendo rilievo dirimente ai fini di tale giudizio eventuali discrasie - di minore rilievo - inerenti singole componenti dell'offerta, laddove nel complesso non idonee a compromettere la serietà e sostenibilità dell'offerta nel suo complesso.

Si è condivisibilmente osservato al riguardo che, in rispondenza alla *ratio* ispiratrice del meccanismo di verifica delle offerte anomale nei pubblici appalti (d.lgs. n. 163 del 2006 - 'Codice dei contratti'), teso a salvaguardare la piena affidabilità della proposta contrattuale, il giudizio di verifica della congruità di un'offerta

apparentemente anomala ha natura globale e sintetica in ordine alla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme, restando irrilevanti eventuali singole voci di scostamento. Pertanto, tale verifica non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, essendo invero finalizzata ad accertare se l'offerta sia attendibile nel suo complesso e, dunque, se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto, sicché ciò che rileva è che l'offerta rimanga nel complesso 'seria' (sul punto –*ex plurimis* -: Cons. Stato, VI, 7 settembre 2012, n. 4744; id., IV, 23 luglio 2012, n. 4206; id., V, 5 luglio 2012, n. 3934; id., V, 28 maggio 2012, n. 3124).

7.4. Ebbene, una volta richiamati i termini sistematici della questione, è possibile affrontare nel dettaglio le singole censure nella presente sede riproposte dal CNS.

7.4.1. Con riferimento alla contestazione relativa all'asserito, integrale stravolgimento nel corso della verifica di anomalia dell'offerta economica per come inizialmente formulata, si rinvia innanzitutto a quanto già osservato *infra, sub* 7.2.1., 7.2.1.1. e 7.2.2.

Ad ogni modo, risulta in atti:

a) che con la prima relazione di giustificazioni (atto in data 3 luglio 2012), la Romeo Gestioni, pur avendo utilizzato solo parzialmente i fogli/tabelle 2A e 2B predisposti dall'amministrazione aggiudicatrice, avesse nondimeno fornito elementi esaustivi al fine di dimostrare la complessiva sostenibilità dell'offerta economica per come formulata (in questa occasione, la Romeo Gestioni aveva esposto un costo complessivo per la manodopera nel quinquennio pari a circa 43,117 milioni di euro a fronte di un ricavo complessivo atteso pari a circa 48,200 milioni di euro);

b) che con la seconda relazione di giustificazioni (atto in data 16 luglio 2012) la Romeo Gestioni aveva in primo luogo fornito puntuali elementi di risposta a fronte degli undici quesiti formulati dalla Commissione, evidenziando poi la

propria intenzione di fruire degli sgravi contributivi di cui alla l. 407 del 1990 e adeguando la propria offerta al dato sopraggiunto rappresentato dalla pubblicazione (nel maggio 2012) delle nuove tabelle ministeriali sul costo orario medio della manodopera (come si è detto in precedenza, il lieve incremento del costo della manodopera in tal modo determinatosi – nella misura dello 0,2% circa - è stato ampiamente compensato dal valore di gran lunga superiore dell'utile atteso); c) con la terza relazione di giustificazioni (atto in data 31 luglio 2012) la Romeo Gestioni aveva precisato l'incidenza del costo per sostituzioni in relazione al costo complessivo, in tal modo giustificando la sostenibilità dell'offerta nel suo complesso.

Pertanto, la determinazione conclusiva in ordine alla complessiva congruità dell'offerta assunta dalla stazione appaltante non è scaturita in modo improvviso e ingiustificato, ma ha rappresentato il coerente esito di una verifica in contraddittorio particolarmente esaustiva e articolata.

7.4.2. Per quanto riguarda la presunta discrasia derivante dall'aver utilizzato ai fini del computo i valori orari delle tabelle ministeriali del giugno 2011 (e non quelle del marzo 2012) si è già detto in precedenza. Al riguardo, la Romeo Gestioni non solo ha giustificato in modo plausibile l'utilizzo delle precedenti tabelle (che erano state pubblicate un giorno dopo l'iniziale scadenza del termine per la formulazione delle offerte), ma ha del pari plausibilmente dimostrato che l'incremento di costi in tal modo venuto a determinarsi (pari a circa 19mila euro complessivi l'anno) ben potesse essere ammortizzato dalla misura di gran lunga eccedente dell'utile atteso di gestione.

7.4.3. Per quanto riguarda il motivo di ricorso con cui si è lamentato che Romeo Gestioni abbia fondato i propri calcoli circa l'onere orario di manodopera sulle ore teoriche annue lavorate - pari a 2.088 - e non sulle ore effettive, al netto di ferie,

festività e malattie - pari a 1.581 – (in tal modo ottenendo un costo medio orario fittiziamente inferiore a quello reale), si osserva quanto segue.

Nel corso del giudizio, Romeo Gestioni ha plausibilmente osservato di avere effettivamente calcolato il costo orario medio della manodopera basandosi sul numero di ore annue teoriche (pari a 2.088 e non a 1.581, che è il numero medio annuo di ore effettivamente lavorate).

Tuttavia, Romeo Gestioni ha anche dimostrato di aver comunque aggiunto al costo medio in tal modo ottenuto il costo medio delle ore necessarie per le sostituzioni, in tal modo pervenendo comunque a risultati metodologicamente corretti.

L'appellata Romeo Gestioni ha altresì osservato di essere in grado di ottenere risparmi di gestione attraverso il meccanismo delle sostituzioni, poiché farà fronte a tale esigenza reclutando lavoratori di primo livello provenienti dalle liste di mobilità (per le quali la l. 407 del 1990 prevede, per la fase iniziale del contratto, uno sgravio contributivo e dei premi INAIL pari al 50 per cento).

7.4.3.1. Né a conclusioni diverse da quelle appena rassegnate in punto di complessiva attendibilità dell'offerta economica formulata da Romeo Gestioni può giungersi in considerazione del fatto (evidenziato dal CNS) che il parziale sgravio contributivo di cui alla l. 407 del 1990 non è previsto – per così dire – ‘a regime’, bensì per i soli primi nove mesi dall'assunzione (in tal modo riducendo in modo significativo i risparmi attesi a seguito del ricorso a tale tipologia di contratti).

Si osserva al riguardo che l'appellante non ha allegato alcun elemento idoneo a dimostrare che il (comunque verosimile) incremento degli oneri da manodopera conseguenti all'applicazione solo temporanea dei benefici di cui alla l. 407 del 1990 si attesti su una misura talmente rilevante da azzerare il cospicuo utile di impresa atteso dalla Romeo Gestioni (pari a circa 916mila euro).

Al fine di fornire una siffatta dimostrazione, il CNS avrebbe dovuto dimostrare che, applicando all'incidenza dei costi per sostituzioni (pari a circa il 24 per cento del totale dei costi di manodopera, ossia alla differenza fra 2.088 e 1.581) un incremento pari al 50 per cento degli oneri contributivi e dei premi INAIL in relazione a un determinato lasso di tempo (peraltro, variabile in base alla categoria di lavoratori assunti, come si vedrà nel prosieguo), si determinerebbe un incremento dei costi attesi per personale tale da azzerare l'ammontare dell'utile atteso.

Pertanto, deve essere qui richiamato il consolidato orientamento secondo cui in materia di sindacato sulla legittimità della verifica dell'anomalia, il Giudice deve solo stabilire se la stazione appaltante sia incorsa in qualche errore o illogicità manifesta e se l'offerta risulti nel suo complesso affidabile, e non può anche spingersi a sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Amministrazione; di conseguenza il giudice non può ritenere anomala un'offerta sulla base delle risultanze di una verifica tecnica, qualora il tecnico incaricato svolga una nuova valutazione delle componenti dell'offerta economica rilevando che le giustificazioni addotte da questa erano, per più punti, generiche, insufficienti o non documentate, laddove un giudizio di anomalia può essere espresso dal giudice solo sulla base di una relazione dalla quale emergano indicazioni idonee ad attestare la manifesta illogicità o l'insufficienza di motivazioni o l'esistenza di errori di fatto che abbiano inficiato la valutazione di congruità dell'offerta fatta dall'Amministrazione (Cons. Stato, V, 2 luglio 2012, n. 3850; id., VI, 2 maggio 2012, n. 2506; id., III, 14 febbraio 2012, n. 710; id., III, 15 luglio 2011, n. 4322).

7.5. Per le ragioni sin qui esposte, anche il quarto dei motivi di appello nella presente sede riproposti dal CNS deve essere respinto.

8. Si può ora passare all'esame del ricorso in appello n. 4314/2013, proposto dalla seconda classificata Dussmann Service avverso la sentenza del T.A.R. della Lombardia n. 843/2013.

8.1. Come si è anticipato in narrativa, con i primi motivi di ricorso la Dussmann Service ha chiesto la riforma della sentenza in questione per la parte in cui ha ritenuto l'inidoneità della cauzione provvisoria prodotta ai fini della partecipazione alla gara, con violazione della prescrizione di cui al punto 4.1.5 della lettera di invito e conseguente necessità di disporre la propria esclusione dalla gara.

Al riguardo, i primi Giudici avrebbero erroneamente ritenuto che la *lex specialis* di gara richiedesse l'autentica notarile della firma manuale apposta dal garante in calce alla polizza fideiussoria – a pena di esclusione dalla procedura – e che tale autentica non fosse stata in concreto apposta.

8.2. L'appello è, sotto questo aspetto, fondato.

In particolare, è fondato il motivo di appello con il quale si è osservato che, dall'esame della *lex specialis* di gara, non emerge alcun elemento atto a ritenere che al mancato rispetto del punto 4.1.5. della lettera di invito fosse connessa una sanzione di carattere escludente.

In particolare, la disposizione da ultimo richiamata si limitava a disporre che “ (...) *la presentazione della fidejussione/polizza potrà avvenire (...) sottoscrivendo la fidejussione/polizza davanti ad un notaio; il documento da allegare sul portale, in questo caso, sarà costituito da un unico file contenente una copia della polizza che riporterà la firma manuale del garante, nonché l'autentica di firma del notaio che avrà apposto la propria firma digitale*”.

Ebbene, né dalla disposizione dinanzi testualmente richiamata, né da alcuna altra previsione della *lex specialis* era dato desumere che il mancato rispetto di tale previsione fosse sanzionato con l'esclusione dalla gara.

Al riguardo, si ritiene di richiamare il condiviso orientamento secondo cui l'amministrazione aggiudicatrice non può disporre l'esclusione dalla gara per cause

diverse da quelle espressamente previste nella speciale disciplina di gara da essa stessa fissata, in cui è compresa la lettera di invito, in virtù del principio dell'autovincolo e dell'affidamento, corollari dell'art. 97, Cost. (in tal senso: Cons. Stato, V, 5 settembre 2011, n. 4981).

Al riguardo, è stato condivisibilmente affermato che l'esclusione di un concorrente da una gara di appalto per inadempimento delle prescrizioni formali di gara è doverosa quindi soltanto quando tali prescrizioni formali risultano indicate, nel bando o nella lettera di invito o anche nel capitolato speciale di appalto, in modo del tutto chiaro e non, invece, quando le stesse prescrizioni formali siano state formulate in modo impreciso ed equivoco, ovvero ancora (come nel caso in esame) tali prescrizioni formali siano radicalmente assenti (Cons. Stato, sent. 4981 del 2011, cit.)

Pertanto, stante il carattere non escludente della richiamata disposizione della lettera di invito, non si fa luogo ad esaminare i motivi di ricorso volti ad accertare la nullità della (presunta) clausola escludente ai sensi del comma 1-*bis* dell'articolo 46 del d.lgs. 163 del 2006.

Pertanto, la sentenza in questione è meritevole di riforma per la parte in cui (punto 2.2. della motivazione in diritto) ha concluso nel senso dell'esclusione della Dussmann Service dalla procedura *“atteso che sia la lettera di invito (punto 4.1.) che l'art. 75, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006 espressamente la dispongono”*.

A fini di completezza si osserva che non risulta qui violata la previsione di cui al comma 8 dell'art. 75, cit. (a tenore del quale *“l'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario”*).

A tacer d'altro, si osserva che nel caso di specie è pacifico in atti che la garanzia del fideiussore a rilasciare la garanzia fosse bensì in atti, mentre si fa questione della regolarità (e della compatibilità con le previsioni della *lex specialis*) delle modalità

con cui il notaio aveva provveduto all'autenticazione della firma relativa alla – sola – dichiarazione dell'agente del garante e non anche alla polizza in quanto tale.

9. Ancora con riguardo alle statuizioni dei primi Giudici in ordine all'ammissione alla gara di Dussmann Service, si osserva che è infondato il motivo di appello incidentale proposto da Romeo Gestioni.

Con il motivo in questione, Romeo Gestioni ha impugnato il capo della sentenza n. 843/2013 con cui è stato respinto il motivo di ricorso incidentale 'paralizzante' proposto in primo grado, relativo alle dichiarazioni del legale rappresentante in ordine ai soggetti muniti del potere di rappresentanza e cessati dalla carica nell'anno precedente alla pubblicazione del bando di gara (il motivo di censura era limitato alla posizione del procuratori institore sig. Zaltron).

Al riguardo, i primi Giudici hanno condivisibilmente affermato che dalla documentazione in atti emerge come il legale rappresentante della Dussmann Service abbia reso una dichiarazione priva di limitazioni temporali in ordine ai procuratori institori, così come in ordine al direttore tecnico e che il tenore di tale dichiarazione ricomprenda e superi il contenuto dell'ulteriore (e più limitata) dichiarazione parimenti in atti.

Né può essere condivisa la tesi della Romeo Gestioni secondo cui la dichiarazione – per così dire – 'temporalmente limitata' costituirebbe una sorta di specificazione dell'altra dichiarazione – quella priva di limitazioni temporali e che, ove adeguatamente valutata, esclude la sussistenza di cause ostative alla partecipazione.

La tesi in questione, oltre che difficilmente compatibile con l'esame puntuale degli atti di causa e con il contenuto sostanziale di essi, risulta altresì incompatibile in quanto si configura quale vera e propria *mutatio libelli* rispetto all'articolazione del motivo proposto in primo grado e in quanto tale confliggente con il generale divieto di nova in appello (art. 104, co. 1, cod. proc. amm.).

10. Concludendo sul punto, il ricorso in appello proposto dalla Dussmann Service può essere accolto per la parte in cui (primo motivo) si è contestato il capo della sentenza con il quale, in accoglimento dei ricorsi incidentali proposti dalle controinteressate in primo grado, è stata sancita l'esclusione dalla gara della stessa Dussmann Service.

Pertanto, la società in questione non avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Tuttavia, per le ragioni che saranno di seguito esposte, la Dussmann Service non avrebbe comunque potuto conseguire l'aggiudicazione dell'appalto.

11. Si ritiene a questo punto di esaminare gli ulteriori motivi già proposti dalla Dussmann Service in primo grado (motivi che il T.A.R. ha ritenuto di assorbire nella pronuncia di inammissibilità e che la stessa Dussmann Service ha puntualmente riproposto nella presente sede di appello).

11.1. Con il primo di tali motivi (coincidente con il quarto dei motivi articolati in primo grado) la Dussmann Service lamenta che i primi Giudici non abbiano rilevato l'invalidità del contratto di avvalimento concluso fra la Romeo Gestioni e l'ausiliaria Samir s.r.l. in relazione ai requisiti di capacità tecnica menzionati dal bando di gara nei punti III.2.2), lett. b) ('Capacità economica e finanziaria') e III.2.3. ('Capacità tecnica').

Al riguardo, l'appellante lamenta l'incongruità della complessiva offerta di Romeo Gestioni, la quale ha indicato l'avvalsa Samir come deputata alla gestione della risorsa-lavoro. Tuttavia – nella tesi dell'appellante – non avrebbe alcun senso l'avvalimento autonomo del solo requisito relativo alla capacità di gestione della risorsa-lavoro, atteso che tale attività non potrebbe essere svincolata dall'attività di chi esegue in concreto l'appalto (nel caso di specie, la Romeo Gestioni).

11.2. Il motivo è infondato.

11.3. Al fine della corretta delimitazione del *thema decidendum*, occorre prendere le mosse dalla descrizione del requisito di capacità tecnica in relazione al quale la

Romeo Gestioni ha fatto ricorso all'avvalimento della Samir s.r.l. (per come descritto dal punto III.2.3. del bando di gara).

Ai sensi di tale disposizione, fra i requisiti di capacità tecnica oggetto di dimostrazione rientra(va) “ *[l']organico (dirigenti/quadri/impiegati/operai) medio dell'impresa nel triennio 2008/2010 con la dichiarazione di aver sostenuto, per ciascun anno del triennio considerato, un costo complessivo del personale dipendente (costituito da retribuzioni/contributi sociali/accantonamenti TFR) non inferiore al 60% dei costi totali di ciascun anno rilevabili dal bilancio*”.

Tanto premesso, non risulta convincente la tesi dell'appellante secondo cui la possibilità di ricorrere all'avvalimento di un requisito di capacità tecnica (individuato dalla Dussmann Service nella capacità di gestire la risorsa-personale) sottenderebbe in modo necessario il successivo sub-affidamento delle relative attività al soggetto avvalso.

Al riguardo, si osserva che depone chiaramente in senso contrario rispetto a quanto affermato dall'appellante la previsione di cui al comma 10 dell'articolo 49 del 'Codice dei contratti', secondo cui “*il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati*”.

Pertanto – come condivisibilmente osservato dalla difesa della SEA – l'impresa ausiliaria/avvalsa può eseguire direttamente le prestazioni solo nel caso – che qui non ricorre – in cui assuma il ruolo di subappaltatore.

Quindi, il requisito di capacità tecnica e professionale richiesto dall'articolo III.2.3. del bando di gara non rientrava fra quelli di carattere generale di cui all'articolo 38 del 'Codice', né fra i requisiti soggettivi di carattere personale di cui al successivo articolo 39 (i.e.: fra i requisiti strettamente personali che non costituiscono oggetto possibile di avvalimento), ma risultava riconducibile a quelli di cui all'articolo 42, comma 1, lettera g) del medesimo 'Codice' (avendo ad oggetto l'“indicazione del

numero medio annuo di dipendenti del concorrente e il numero di dirigenti impiegati negli ultimi tre anni”), certamente ascrivibili fra quelli oggetto possibile di avvalimento ai sensi del successivo articolo 49 (il quale, al comma 1, opera un amplissimo richiamo a tutti i “*requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico. Organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA*”).

11.4. Né può trovare accoglimento il motivo di ricorso con cui si censura la presunta invalidità che vizierebbe il contratto di avvalimento in quanto tale.

A tacere d’altro, il motivo in questione risulta inammissibile per genericità della relativa formulazione, non avendo la Dussmann Service allegato elementi concreti dai quali sia possibile desumere effettivi profili di invalidità che inficerebbero il contratto in questione.

12. Con il secondo dei motivi di appello (coincidente, come si è detto, con il primo dei motivi articolati in primo grado e ritenuto assorbito dal T.A.R.) la Dussmann Service torna a censurare il giudizio di congruità dell’offerta di Romeo Gestioni espresso dalla stazione appaltante all’esito del procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta.

Con il motivo in questione, Dussmann Service ha contestato:

- a) che, nel corso dell’iter in contraddittorio relativo alla verifica di anomalia, Romeo Gestioni abbia inammissibilmente stravolto gli elementi costitutivi dell’offerta stessa senza che la stazione appaltante (la quale, infine, ha ritenuto di accogliere le giustificazioni presentate) abbia rilevato tale profilo di inammissibilità;
- b) che l’offerta (ri-)formulata da Romeo Gestioni comportava un inammissibile scostamento rispetto ai valori medi orari delle tabelle Fise (periodicamente pubblicati dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali), in tal modo determinando anche la violazione del comma 3 dell’articolo 87 del ‘Codice dei contratti’, secondo cui “*non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge*”;

c) che, in sede di giustificazioni, Romeo Gestioni avrebbe inspiegabilmente ridotto (da 715.217,50 a 588.554,10) il numero medio annuo di ore lavorative necessarie per le lavorazioni come inizialmente indicato in sede di offerta tecnica;

d) che Romeo Gestioni avrebbe ingiustificatamente basato i propri calcoli sull'onere medio lavorativo orario sulle tabelle Fise del giugno 2011 e non (come avrebbe dovuto) su quelle aggiornate con nuovi valori economici nel marzo 2012. Al riguardo, Romeo Gestioni avrebbe fornito una giustificazione non plausibile basata sulla tempistica di presentazione dell'offerta in relazione alla tempistica di pubblicazione delle nuove tabelle;

e) che Romeo Gestioni avrebbe computato in modo incongruo il costo medio orario per ciascun lavoratore prendendo a base di computo il numero di ore annue teoriche (pari a 2.088), distinguendo – all'interno delle ore non lavorate, pari a 507 per anno – fra: i) ore da attribuire ad 'assenteismo certo' (es.: ferie, festività, festività soppresse e riduzioni orario contrattuale) e ii) ore da attribuire ad 'assenteismo incerto' (es.: per assemblee e permessi, diritto allo studio, infortuni, malattia, maternità e formazione). Al riguardo, l'appellante osserva: 1) che la distinzione fra 'assenteismo certo' ed 'incerto' non avrebbe alcuna giustificazione oggettiva, né sarebbe credibile attribuire tale distinzione a una generica peculiarità aziendale; 2) che, comunque, il numero di ore attribuite all'"assenteismo incerto" sarebbe stato sottostimato; 3) che non sarebbe plausibile l'argomento secondo cui Romeo Gestioni sarebbe in grado di ottimizzare i propri costi di personale sostituendo il personale in 'assenteismo incerto' con personale che presenta oneri minori (in particolare: personale in mobilità); 4) che, comunque, non sarebbe plausibile il costo del lavoro stimato per i lavoratori 'ordinari' (indicato da Romeo Gestioni in appena euro 12,88/ora); 5) che, ancora, non sarebbe plausibile il costo orario per sostituzioni (indicato da Romeo Gestioni in euro 12,79/ora);

f) che, laddove Romeo Gestioni avesse effettuato una corretta analisi dei costi (anche in relazione alla discutibile distinzione fra c.d. ‘assenteismo certo’ ed ‘incerto’), non avrebbe potuto concludere nel senso di un onere medio lavorativo orario pari a euro 12,88/ora per i lavoratori ‘ordinari’ e a 12,79/ora per i lavoratori in sostituzione. Al contrario, il corretto onere lavorativo medio orario sarebbe stato pari: 1) a euro 15,97/ora laddove si fosse – correttamente – computato sia l’onere da ‘assenteismo certo’ che da ‘assenteismo incerto’; 2) a euro 14,54/ora nel caso – comunque non divisibile - in cui si fosse computato il solo onere da ‘assenteismo certo’. Al contrario, Romeo Gestioni riuscirebbe a giustificare un onere medio lavorativo pari a euro 12,89/ora (altrove: 12,88/ora) solo basando i propri calcoli su un numero di ore annue teoriche pari a 2.088 e a un incidenza pari a ‘zero’ dell’assenteismo (sia ‘certo’ che ‘incerto’);

g) che non sarebbe credibile la giustificazione secondo cui Romeo Gestioni intenderebbe destinare alle lavorazioni per cui è causa personale attualmente utilizzato per altri appalti nella Regione Lombardia, anche perché la stessa Romeo gestioni non risulta attualmente titolare di altri appalti in quella Regione;

h) che, allo stesso modo, non risulterebbe credibile la giustificazione secondo cui Romeo Gestioni godrebbe di un vantaggio in termini di costi per sostituzioni potendo fruire dei vantaggi connessi all’assunzione di personale in mobilità, che gode di particolari benefici contributivi e in termini di premi INAIL. Sotto tale aspetto, i calcoli prodotti da Romeo gestioni non terrebbero conto del carattere comunque temporaneo delle agevolazioni in parola.

In conclusione, Dussmann Service osserva che l’offerta economica presentata da Romeo Gestioni, laddove emendata e riformulata (come necessario) sulla base delle criticità sin qui evidenziate, presenterebbe uno scostamento annuo complessivo – in aumento – pari a circa euro 1,3 milioni l’anno (si tratta di un ammontare che la Romeo Gestioni non potrebbe in alcun modo ‘compensare’

attraverso una correlativa riduzione dell'utile atteso, pari ad appena 186.426,63 l'anno).

12.1. Il motivo, nel suo complesso, non può trovare accoglimento.

Come è evidente dalla mera descrizione dei motivi di appello, numerosi di essi presentano tratti in comune con i motivi esaminati in relazione al ricorso n. 3487/2013 (*i.e.*: ai motivi proposti dal CNS al fine di ottenere l'esclusione di Romeo Servizi dalla gara per cui è causa).

Per alcuni di tali motivi, quindi, ci si limiterà a richiamare quanto già in precedenza evidenziato.

12.1.1. Per quanto riguarda, in particolare, il motivo di ricorso *sub* 12, a), relativo al presunto stravolgimento degli elementi costitutivi dell'offerta che Romeo Gestioni avrebbe operato nel corso della verifica di anomalia, ci si limita a rinviare a quanto già esposto retro, *sub* 7.2.1., 7.2.1.1., 7.2.2., 7.4.1. e alla giurisprudenza ivi richiamata.

Al riguardo ci si limita qui a ribadire che il giudizio finale espresso dalla SEA circa la complessiva congruità dell'offerta non è giunto – come sembra emergere dalla prospettazione dell'appellante – in modo improvviso e ingiustificato, ma costituisce la risultante di un procedimento ampio e articolato svolto in contraddittorio con l'impresa interessata, la quale ha modulato nel corso del procedimento le proprie giustificazioni senza operare il lamentato stravolgimento degli elementi costitutivi dell'offerta economica iniziale.

Si ribadisce, altresì, che il giudizio finale di congruità espresso dalla stazione appaltante (e dinanzi richiamato *sub* 7.2.1.1.) non ha carattere apodittico, ma – al contrario - motiva in modo puntuale circa gli elementi che hanno indotto l'amministrazione a concludere nel senso del carattere complessivamente giustificato dell'offerta.

12.1.2. Per quanto riguarda il motivo di ricorso *sub* 12, d), relativo all'utilizzo da parte di Romeo Gestioni – in un primo momento – delle tabelle ministeriali aggiornate al giugno 2011 e non di quelle aggiornate al marzo 2012, si rinvia a quanto già esposto retro, *sub* 7.4.2. E' qui appena il caso di sottolineare che, ai fini della complessiva congruità dell'offerta economica, non si fa questione sul se l'utilizzo di tabelle non aggiornate determinasse *ex se* l'esclusione dalla gara (al quesito è pacificamente da rispondere in senso negativo). Al contrario, occorre domandarsi se il necessario aggiornamento dei valori dell'offerta economica conseguente all'utilizzo delle tabelle aggiornate comportasse uno stravolgimento degli equilibri economici e finanziari dell'offerta medesima, con integrale azzeramento dell'utile atteso.

E si è già osservato in precedenza come l'aggiornamento dei richiamati valori non comportasse un tale effetto.

Ancora, non può essere condivisa (in punto di fatto prima ancora che in punto di diritto) l'affermazione di Dussmann Service secondo cui l'applicazione delle Tabelle Fise di marzo 2012 avrebbe determinato – in relazione al terzo livello - la necessaria applicazione di un (maggiore) costo orario di 16,42 e non di 15,57 (come dall'iniziale computo di Romeo Gestioni).

Il punto è che il valore orario delle tabelle Fise del giugno 2011 per il terzo livello (si tratta, in pratica, del valore di partenza per il calcolo della differenza fra i valori orari in questione) non è pari a 15,57 – come affermato da Dussmann Service – ma a 16,38.

Il che contribuisce a rendere non attendibili i calcoli a confutazione proposti dall'odierna appellante e a confermare la complessiva plausibilità di quanto esposto da Romeo Gestioni, la quale ha convincentemente osservato che – anche applicando le tabelle Fise aggiornate nel marzo 2012 – la complessiva sostenibilità dell'offerta resterebbe comunque sostanzialmente inalterata.

12.1.3. Per quanto riguarda la parte del motivo di ricorso *sub* 12, e) (con cui si è lamentato che Romeo Gestioni abbia fondato i propri calcoli circa l'onere orario di manodopera sulle ore teoriche annue lavorate - pari a 2.088 - e non sulle ore effettive, al netto di ferie, festività e malattie - pari a 1.581), si rinvia a quanto già esposto retro, *sub* 7.4.3.

Si è, in particolare, osservato che appare congruo l'operato di Romeo Gestioni, la quale ha dapprima diviso il costo totale della manodopera - computata sul secondo livello di inquadramento - per 2.088 (numero di ore annue teoriche al netto delle ore annue mediamente non lavorate) - in tal modo ottenendo il costo unitario medio della manodopera -, e successivamente ha aggiunto al valore economico così determinato il costo delle sostituzioni come calcolato sull'intero ammontare annuo (pari a 507 ore) conseguente al computo di ferie, festività, riduzione orario contrattuale, permessi, formazione, malattie e maternità.

12.1.4. Per quanto riguarda il motivo di ricorso *sub* 12. c) (presunta sottostima del numero medio annuo di ore lavorative necessarie, che ammonterebbe a 715.217,50 e non a 588.554,10), si osserva in primo luogo che il relativo motivo è inammissibile sulla base del consolidato – e qui condiviso – orientamento secondo cui in sede giurisdizionale può essere censurata la congruità degli elementi costitutivi dell'offerta (e dei relativi giustificativi), ma non può essere offerta una prospettazione radicalmente sostitutiva dell'offerta per così come formulata.

Si osserva, poi, che la quantificazione delle ore necessarie per le lavorazioni in (423.846,10 per Malpensa + 164.708,00 per Linate =) 588.554,10 ha rappresentato oggetto specifico della valutazione in contraddittorio operata fra SEA e Romeo Gestioni, la quale ha, sul punto, offerto puntuali giustificazioni, ritenute congrue dalla stazione appaltante.

Anche sotto tale aspetto, quindi, il motivo di ricorso in questione non può trovare accoglimento in quanto si basa – a ben vedere – sulla mera negatoria della

correttezza dell'operato dell'amministrazione e sulla proposta di un modello di computo radicalmente alternativo e sostitutivo rispetto a quello prospettato dall'aggiudicataria e ritenuto congruo dall'amministrazione.

Fermo restando il carattere dirimente ai fini del decidere di quanto appena osservato, si osserva comunque che il motivo in questione non potrebbe comunque trovare accoglimento in quanto la tesi dell'appellante (la quale, come si è detto, stima le ore complessive necessarie per le lavorazioni in oltre 715mila) si fonda, dal punto di vista metodologico, sull'individuazione di un valore medio presunto di ore necessarie per svolgere le lavorazioni su base giornaliera e sulla proiezione – per così dire – 'lineare' di tale ammontare sul numero complessivo di giorni dell'anno.

Tuttavia – come condivisibilmente osservato dalla Romeo Gestioni – tale modalità di computo non tiene conto del carattere non continuo delle lavorazioni di cui trattasi (caratterizzate da momenti di picco e fasi di minore – seppur costante – impegno), di cui si era dato puntualmente conto in sede di giustificazioni e di cui l'appellante non ha invece tenuto conto ai fini della formulazione del proprio motivo di appello.

Pertanto, il motivo in questione non può trovare accoglimento.

12.1.5. La residua parte del motivo di ricorso *sub* 12, e) (relativo al computo delle ore effettive di lavorazioni, anche in relazione alla distinzione fra 'assenteismo certo' e 'assenteismo incerto') non può trovare accoglimento.

Al riguardo si osserva in primo luogo che l'appellante ha fondato una parte essenziale delle proprie argomentazioni (volte a confutare la correttezza dei computi di Romeo Gestioni in punto di determinazione del costo orario del lavoro, anche in considerazione del fisiologico fenomeno dell'assenteismo) sulla predisposizione di tre tabelle: la prima basata sul computo sia dell'assenteismo 'certo' che di quello 'incerto' (la quale porterebbe a un valore orario pari a 15,97),

la seconda basata sul computo del solo assenteismo 'certo' (la quale porterebbe a un valore orario pari a 14,54), la terza basata sull'ipotesi per cui sia le ore di assenteismo 'certo' che 'incerto' siano pari a zero (la quale porterebbe a un valore orario pari a 12,89).

Anche in questo caso il motivo è inammissibile ai sensi della giurisprudenza richiamata retro, sub 7.4.3.1. in quanto l'appellante non si è limitata alla prospettazione di argomenti i quali depongono nel senso della complessiva inattendibilità dell'offerta, ma si è spinta – a ben vedere - fino a prospettare una struttura dei costi radicalmente sostitutiva e alternativa rispetto a quella offerta dall'aggiudicataria e ritenuta congrua dalla stazione appaltante.

Ad ogni modo si osserva che i motivi articolati dall'appellante non risultano, nel loro complesso, idonei ad attestare il carattere incongruo dell'offerta, sotto l'aspetto dell'inattendibile determinazione del costo orario della manodopera in relazione al fenomeno dell'assenteismo.

Si osserva al riguardo:

- che la Romeo Gestioni ha plausibilmente determinato in 507 le ore annue non lavorate, suddividendole in 197 per 'assenteismo certo' (festività, riduzione orario, formazione) e 310 per 'assenteismo incerto' (malattia, infortunio, diritto allo studio, maternità);
- che, del pari, la Romeo Gestioni ha plausibilmente calcolato in modo autonomo il costo complessivo delle 507 ore annue non lavorate, intese quale autonoma voce di costo per la necessità di operare sostituzioni;
- che la stessa Romeo ha – ancora una volta, in modo plausibile – determinato nel 14,85% del totale il numero di ore in relazione al quale avrebbe operato le sostituzioni avvalendosi di personale assunto con i benefici contributivi di cui alla l. 407 del 1990. Al riguardo, l'aggiudicataria ha specificato che le sostituzioni in questione non devono essere intese in senso – per così dire – 'atomistico' (nel

sensò che il singolo lavoratore assente sarebbe stato sostituito, in relazione alla singola assenza, da un lavoratore assunto attingendo alle agevolazioni di legge), bensì in modo ‘cumulato’ (nel senso che la Romeo Gestioni ha calcolato al livello ‘macro’ le complessive esigenze di sostituzioni che verosimilmente si sarebbero verificate sulla base del dato medio atteso relativo ai lavoratori assenti e ha conseguentemente dimensionato le previste assunzioni di personale in regime di sostituzione da assumere fruendo dei richiamati benefici);

- che, al fine di rendere ulteriormente verosimile la propria proiezione dei costi, la Romeo Gestioni, in sede di presentazione delle terze giustificazioni (31 luglio 2012) ha incluso una ulteriore voce di costo per eventuali sopravvenienze imprevedute o imprevedibili (premi, buoni, maggiorazioni varie, oneri aggiuntivi per operatori di primo livello, indennità), stimando tale onere aggiuntivo in una misura oraria variabile compresa fra euro 0,56 per il primo livello e euro 1,00 per il sesto livello.

12.1.6. Concludendo sul punto, devono essere dichiarati inammissibili o respinti i motivi di appello con cui la Dussmann Service ha chiesto di sancire la incongruità dei costi orari (e di quelli complessivi) della manodopera per come articolati nell’iniziale offerta della Romeo Gestioni e per come specificati nel corso dell’iter in contraddittorio per la verifica dell’anomalia.

Per le medesime ragioni, non può essere accolto il motivo di appello con cui si è affermato che la struttura dei costi prospettata da Romeo Gestioni presenterebbe valori ingiustificatamente difforni rispetto alle tabelle Fise e che, conseguentemente, la stessa Romeo Gestioni avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in applicazione della previsione di cui al comma 3 dell’articolo 87 del ‘Codice dei contratti’.

12.1.7. Neppure può trovare accoglimento il motivo di appello con cui si torna a sottolineare che la Romeo Gestioni avrebbe apoditticamente preannunciato la

propria intenzione di destinare il personale impegnato nella commessa per cui è causa verso altri appalti nella Regione Lombardia.

Al riguardo, l'esame della documentazione di causa mostra che l'affermazione che viene contestata alla Romeo Gestioni fa riferimento semplicemente all'intenzione di spostare verso ulteriori e diverse commesse ricevute da Consip il personale assunto al primo livello (con oneri di lavoro molto favorevoli) e inizialmente destinato ai servizi di pulizia, una volta che (decorsi i primi nove mesi dall'assunzione) si sarebbe reso necessario inquadrarli al secondo (e più oneroso) livello.

A tacere d'altro, l'appellante non ha fornito alcuna ragione dirimente per ritenere che (anche in base al numero dei lavoratori coinvolti e alla durata prevista della porzione temporale di rapporto nel superiore livello di inquadramento), anche nell'ipotesi in cui tali trasferimenti non potessero aver luogo, ciò avrebbe comunque determinato un travolgimento degli equilibri complessivi della gestione, erodendo completamente il margine di utile atteso.

Si osserva inoltre che l'appellante Dussmann Service ha basato le proprie deduzioni relative all'applicazione dei benefici per le assunzioni di personale in mobilità di cui alla l. 407 del 1990 sul presupposto per cui tale personale possa fruire delle agevolazioni contributive e della riduzione dei premi INAIL per i soli primi nove mesi dall'assunzione.

L'appellante non ha, invece, tenuto conto che la l. 407, cit. consente, in talune ipotesi, di godere dei benefici in questione per un periodo che può giungere fino a 36 mesi in caso di assunzioni con contratto a tempo indeterminato di lavoratori disoccupati da almeno ventiquattro mesi o sospesi dal lavoro e beneficiari di trattamento straordinario di integrazione salariale da un periodo uguale a quello suddetto (ivi, articolo 8, comma 9).

Anche sotto questo profilo, quindi, le deduzioni svolte da Dussmann Service al fine di dimostrare la presunta inattendibilità dell'offerta di Romeo Gestioni in relazione ai costi rinvenienti dalle assunzioni agevolate risultano a propria volta inattendibili e inadeguate a supportare le tesi dell'atto di appello.

12.2. Concludendo sul punto, il secondo dei motivi di appello proposti da Dussmann Service (e coincidente con il primo dei motivi già articolati in primo grado) non può trovare accoglimento.

13. Con il terzo motivo di appello (coincidente con il secondo dei motivi di ricorso già articolati in primo grado e ritenuto assorbito dal T.A.R., stante la declaratoria di inammissibilità del ricorso), la Dussmann Service lamenta la presunta difformità fra il numero complessivo di ore esposto da Romeo Gestioni in sede di offerta e quello esposto in sede di verifica di anomalia.

13.1. Il motivo non può trovare accoglimento per le ragioni già esposte retro, al paragrafo 12.1.4., al quale si fa espresso rinvio.

14. Parimenti infondato è il quarto motivo di appello (coincidente con il terzo dei motivi di ricorso già articolati in primo grado), relativo all'asserita intenzione di Romeo Gestioni di destinare ad altri appalti parte del personale di primo livello utilizzato nelle lavorazioni dell'appalto per cui è causa.

14.1. Il motivo non può trovare accoglimento per le ragioni già esposte retro, al paragrafo 12.1.7., al quale si fa espresso rinvio.

15. Per le ragioni sin qui esposte deve in primo luogo essere disposta la riunione dei due ricorsi in epigrafe.

Quanto al ricorso n. 3487/2013, esso deve essere accolto per la parte in cui il Consorzio Nazionale Servizi (CNS) ha chiesto che venga riformata la parte della sentenza relativa alla propria esclusione dalla gara e deve essere respinto per il resto (e segnatamente per la parte in cui, riproponendo i motivi di ricorso già articolati in

primo grado e ritenuti assorbiti dal T.A.R. si è lamentata la mancata esclusione dalla gara della prima classificata Romeo Gestioni s.p.a.).

Deve conseguentemente essere respinta la domanda risarcitoria già formulata in primo grado e nella presente sede puntualmente riproposta.

Quanto al ricorso n. 4314/2013, esso deve essere accolto per la parte in cui la Dussmann Service ha chiesto che venga riformata la parte della sentenza relativa alla propria esclusione dalla gara e deve essere respinto per il resto (e segnatamente per la parte in cui, riproponendo i motivi di ricorso già articolati in primo grado e ritenuti assorbiti dal T.A.R. si è lamentata la mancata esclusione dalla gara della prima classificata Romeo Gestioni s.p.a.).

L'appello incidentale proposto da Romeo Gestioni nell'ambito del ricorso n. 4314/2013 deve essere respinto.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti anche in considerazione della complessità e parziale novità delle questioni di diritto coinvolte dalla presente decisione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto

- riunisce i ricorsi in epigrafe;
- in parziale riforma dell'appellata sentenza n. 842/2013, accoglie il ricorso principale n. 3487/2013 proposto dal Consorzio Nazionale Servizi (CNS) per la parte relativa all'esclusione dalla gara dello stesso CNS e lo respinge per il resto;
- in parziale riforma dell'appellata sentenza n. 843/2013, accoglie il ricorso principale n. 4314/2013 proposto dalla Dussmann Service s.r.l. per la parte relativa alla propria esclusione dalla gara e lo respinge per il resto;

- respinge il ricorso incidentale proposto da Romeo Gestioni nell'ambito del ricorso n. 4314/2013.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Vito Carella, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/09/2013

IL SEGRETARIO

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