

Pubblicato il 29/07/2020

N. 04832/2020 REG. PROV. COLL.
N. 00700/2018 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 700 del 2018, proposto da Tedeschi S.r.l. in proprio e quale Mandataria Rti, Consorzio Stabile Istant Service in proprio e quale Mandante Rti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Luca Albanese, Angelo Clarizia, Enzo Perrettini, Gaetano Zurlo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

C.M. Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Cardarelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via G.P. Da Palestrina 47;

Università degli Studi di Roma La Sapienza, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Bernardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Monte Zebio n. 28;

per la riforma

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III n. 12511/2017, resa tra le parti, concernente Per l'annullamento:

a) del provvedimento n. 1443/2017, prot 27045, datato 12 aprile 2017, a firma del Direttore di Area Patrimonio e servizi economici con il quale l'Università degli Studi di Roma ha disposto aggiudicazione definitiva al RTI TEDESCHI SRL (mandataria) - CONSORZIO STABILE INSTANT SERVICE (mandante) della procedura di gara per l'affidamento del servizio di pulizia da espletarsi nei locali in uso dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", presso la Città Universitaria e le sedi esterne, per la durata di cinque anni, per un importo complessivo di Euro a base d'asta di euro 46.300.968,40 oltre iva; b) per quanto occorre del verbale di aggiudicazione rep 229 del 13 gennaio 2017, dal quale è risultato aggiudicatario, in via provvisoria, il costituendo RTI TEDESCHI SRL - CONSORZIO STABILE INSTANT SERVICE per un importo complessivo di euro; c) di tutti verbali delle sedute nel corso delle quali la Commissione di gara ha provveduto a valutare l'offerta formulata dal RTI TEDESCHI SRL - CONSORZIO STABILE INSTANT SERVICE, nonché di quelle in cui ha analizzato i giustificativi forniti dal RTI aggiudicatario per il sub procedimento della verifica dell'offerta anormalmente bassa ai sensi dell'art. 88 del Dlgs 163 del 2006, in relazione al quale la ricorrente si riserva di proporre successivi motivi aggiunti dal momento che la documentazione ad esso afferente è stata esibita in data 5 maggio 2017; d) di ogni atto connesso, presupposto e conseguente a quelli impugnati sub a) e sub b).

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da C.M. SERVICE SRL il 28\2\2018 :

sentenza del TAR Lazio – Roma, Se. III, n. 12511/2017 pubblicata in data 20.12.2017 e notificata in data 27.12.2017

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di C.M. Service S.r.l. e di Università degli Studi di Roma La Sapienza;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 luglio 2020 il Cons. Davide Ponte e uditi per le parti gli avvocati Sono presenti gli avvocati Angelo Clarizia, Enzo Perrettini, Giuseppe Bernardi, Francesco Cardarelli in collegamento da remoto ai sensi dell'art.4 del D.L.30 aprile 2020, n. 28;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea n. S249 del 24.12.2015, l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza" ha indetto una procedura aperta per "l'affidamento del servizio di pulizia da espletarsi nei locali in uso dell'Università degli Studi di Roma La Sapienza presso la città Universitaria e le sedi esterne", da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la durata di 5 anni e per un valore presunto posto a base di gara di Euro 46.300.968,40, al netto dell'IVA. All'esito della procedura di gara, cui partecipavano 26 imprese, veniva disposta l'aggiudicazione definitiva, per un importo complessivo di euro 31.744.359,67 oltre IVA e oneri della sicurezza (per un ribasso del 30,74%), in favore del raggruppamento temporaneo di imprese costituito dalla società Tedeschi srl (mandataria) e dal Consorzio Stabile Instant Service.

Avverso tale esito ha proposto ricorso giurisdizionale C.M. Service srl, - in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo RTI con l'Impresa Piemonte srl – quale seconda in graduatoria.

Con sentenza 12511\2017 l'adito Tar Lazio, dopo aver respinto la domanda cautelare (ord.za n. 3175 del 2017) ha accolto le domande proposte dalla CM Servizi con riguardo ai motivi n. 1 e n. 2 del ricorso (quest'ultimo da leggere anche in relazione al motivo n. 5 di cui all'atto per motivi aggiunti): in primo luogo per l'assenza di una attendibile disamina in concreto relativa alle

caratteristiche che avrebbe avuto il massiccio ricorso, mediante subappalto, alle cooperative sociali di tipo B, il quale costituisce elemento imprescindibile dell'offerta aggiudicataria che le ha permesso di giustificare l'elevato ribasso che è riuscita ad offrire; in secondo luogo per la riconosciuta violazione dell'art. 118, comma 4, d. lgs. 163/2006 in quanto la le prestazioni lavorative affidate in subappalto vengono retribuite con corrispettivi ribassati di oltre il venti per cento (29,9 %) rispetto a quelli praticati dal medesimo RTI nei confronti dei propri dipendenti diretti.

Con appello principale in esame l'aggiudicataria, originaria parte controinteressata, ha impugnato la decisione del Tar contestandone le relative conclusioni e deducendo i seguenti motivi:

- errores in iudicando ed in procedendo, violazione dell'art. 112 c.p.c. (in relazione all'art. 39 cod proc amm), travisamento, contraddittorietà, violazione degli artt. 86 ss, 46 e 118 d.lgs. 163/06, in relazione al primo motivo accolto dal Tar;
- analoghi vizi, violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, omissione di pronuncia ed assenza di motivazione, contraddittorietà, violazione/falsa applicazione dell'art. 2 del capitolato tecnico, travisamento dei fatti ed errore sui presupposti, in relazione al secondo motivo accolto in prime cure.

Le parti appellate pubblica e privata si sono costituite in giudizio, chiedendo il rigetto dell'appello.

Con appello incidentale il raggruppamento secondo classificato, originario ricorrente, ha riproposto le censure non accolte in primo grado nonché la dedotta violazione del secondo comma del predetto art. 118, a fronte della rilevata inaffidabilità ed irrealizzabilità dell'offerta aggiudicataria perché fondata sull'affidamento in subappalto a cooperative sociali di tipo B ben oltre la quota del 30% del valore dell'appalto.

In particolare sono state dedotte le seguenti censure:

- error in iudicando e difetto di motivazione e contraddittorietà interna con altri capi della sentenza in relazione al primo motivo di ricorso, diversi profili eccesso di potere nella valutazione dei giustificativi resi per la verifica dell'anomalia
- error in iudicando con riferimento al terzo motivo di ricorso di primo grado, violazione e falsa applicazione dell'art.9 del capitolato tecnico, eccesso di potere per carenza istruttoria e sviamento, in quanto nessuno degli addetti al servizio indicati nell'organigramma proposto dal RTI Tedeschi sarebbe idoneo a tale funzione;
- error in iudicando, e carenza di motivazione con riferimento al primo motivo aggiunto "violazione e falsa applicazione degli art.87 e ss del dlgs 163 del 2006, violazione dell'allegato "dati tecnici indicativi" e delle tabelle predisposte del ministero del lavoro;
- error in iudicando con riferimento al secondo motivo aggiunto, "violazione e falsa applicazione dell'applicazione dell'art. 4 del Ccnl multiservizi e della relativa "clausola sociale", violazione del ppar 1.4 del disciplinare di gara, diversi profili di eccesso di potere per sviamento, insussistenza dei presupposti di fatto e carenza istruttoria.

È stata altresì riproposta la domanda di subentro nel contratto o in subordine di risarcimento per equivalente.

Le controparti hanno replicato avverso l'appello incidentale, chiedendone il rigetto.

Con decreto cautelare n. 480 del 2018 è stata accolta la domanda cautelare monocratica e fissata la camera di consiglio collegiale.

Con ordinanza n. 790 del 2018 è stata accolta la domanda cautelare di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata.

Con successiva ordinanza n. 3553 del 2018 è stato disposto il rinvio pregiudiziale alla Cge sui seguenti quesiti: se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), gli artt. 25 della

Direttiva 2004/18 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 e 71 della Direttiva 2014//24 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, che non contemplano limitazioni per quanto concerne la quota subappaltatrice ed il ribasso da applicare ai subappaltatori, nonché il principio eurounitario di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'art. 118 commi 2 e 4 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, secondo la quale il subappalto non può superare la quota del trenta per cento dell'importo complessivo del contratto e l'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con un ribasso non superiore al venti per cento.

Nelle more, la parte appellata CM Service ha proposto ricorso per la revocazione ex art. 395 n. 4 c.p.c. e/o l'annullamento ex art. 79, comma 3, cod.proc.amm. della predetta ordinanza n. 3553 dell'11 giugno 2018, nonché la revoca dell'ordinanza n. 790 del 20 febbraio 2018.

Con ordinanza n. 4437 del 19 settembre 2018 questa sezione ha respinto le relative domande di carattere cautelare.

All'esito del giudizio europeo, con la sentenza 27 novembre 2019 la sezione V della Cge ha fornito la seguente risposta. La direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, dev'essere interpretata nel senso che: essa osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che limita al 30% la quota parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi; essa osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate di oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione.

Riassunto il giudizio, alla pubblica udienza del 9 luglio 2020, in vista delle quali le parti depositavano memorie, la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. La presente controversia ha ad oggetto l'aggiudicazione adottata a conclusione della procedura aperta per "l'affidamento del servizio di pulizia da espletarsi nei locali in uso dell'Università degli Studi di Roma La Sapienza presso la città Universitaria e le sedi esterne", da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la durata di 5 anni.

2. Con la sentenza impugnata il Tar Lazio ha accolto il ricorso della parte seconda classificata, condividendo due delle censure dedotte avverso l'offerta della odierna parte appellante. In particolare venivano accolti i motivi n. 1 e n. 2 del ricorso (quest'ultimo da leggere anche in relazione al motivo n. 5 di cui all'atto per motivi aggiunti): in primo luogo per l'assenza di una attendibile disamina in concreto relativa alle caratteristiche che avrebbe avuto il massiccio ricorso, mediante subappalto, alle cooperative sociali di tipo B, il quale costituisce elemento imprescindibile dell'offerta aggiudicataria che le ha permesso di giustificare l'elevato ribasso che è riuscita ad offrire; in secondo luogo per la riconosciuta violazione dell'art. 118, comma 4°, d. lgs. 163/2006 in quanto la le prestazioni lavorative affidate in subappalto vengono retribuite con corrispettivi ribassati di oltre il venti per cento (29,9 %) rispetto a quelli praticati dal medesimo RTI nei confronti dei propri dipendenti diretti

3. Al riguardo assume rilievo dirimente, in termini di fondatezza del primo motivo di appello principale, l'esito del rinvio pregiudiziale, disposto da questa sezione quale giudice di ultime cure.

3.1 Infatti, la sentenza 27 novembre 2019 ha affermato che la direttiva n. 2004/18/CE, in materia di appalti pubblici, deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale – quale l'art. 118 del codice del 2006 - che limita al trenta per cento la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi e al venti per cento la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione

3.2 Di conseguenza, non risulta applicabile, in quanto contraria al diritto europeo, la disciplina di cui all'art. 118 cit., posto a base di entrambe le prime censure accolte dal Tar sotto i predetti profili. Una volta ammesso il ricorso al subappalto oltre il predetto limite legislativo, da disapplicare, non residua alcuna concreta censura in ordine alla presunta anomalia dell'offerta, attesa la ammissibilità dell'affidamento in subappalto alle previste cooperative.

4. Con l'ulteriore motivo di appello principale si censura l'ulteriore vizio accolto dal Tar in relazione alla censura della formazione dell'organigramma offerto dal RTI Tedeschi per l'esecuzione dei servizi oggetto di appalto, in quanto composto da soli addetti inquadrati al 2° livello del CCNL Multiservizi ("operai comuni") che nella declaratoria di cui all'art. 10 è così individuato: "appartengono a questo livello i lavoratori che, con un breve periodo di pratica/addestramento, sono adibiti ad operazioni per la cui esecuzione si richiede il possesso di (semplici) conoscenze pratiche, anche con macchine e mezzi meccanici senza autorizzazione....".

4.1 Anche tale motivo di appello è fondato.

4.2 In termini dirimenti, dall'esame della lex specialis e delle relative clausole non si riscontra alcuna disposizione che prescriva ai concorrenti una precisa configurazione dell'organigramma, lasciata invece alle scelte organizzative e di opportunità riservate a ciascun operatore partecipante alla gara.

A fronte di tale elemento, appare evidente, per un verso, l'insussistenza della necessaria causa di esclusione e, per un altro verso, la mancata verifica, in termini di prova di resistenza, della rilevanza in termini di effettiva anomalia dell'offerta in parte qua.

4.3 Peraltro, lo stesso accoglimento da parte del Giudice di prime cure si è basato su elementi presuntivi, privi della necessaria previa verifica istruttoria ed in fatto: sia rispetto alle caratteristiche delle vetrate (nel senso che effettivamente le stesse non fossero apribili dall'interno e che non fossero utilizzabili le prolunghie da terra)

4.4 Inoltre, risultano del tutto irrilevanti gli elementi da ultimo (in sede di memoria conclusiva) invocati dalla parte appellata privata in merito alla fase esecutiva. Infatti, per principio generale l'offerta – anche in relazione alla verifica dell'anomalia - deve risultare nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e solo a tale momento deve dare garanzia di una seria esecuzione del contratto (cfr. ad es. Consiglio di Stato Sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389 e 31 maggio 2019, n. 3672).

4.5 Nel dettaglio, dall'esame della documentazione di gara emerge come, se da un canto il capitolato tecnico non contiene alcun riferimento in merito all'organigramma del personale da impiegare per l'esecuzione del servizio, da un altro canto le attività di cui all'art. 2 del capitolato tecnico rientrano pienamente nelle competenze degli addetti inquadrati al 2° livello, come si evince anche dal testo dell'art. 10 del CCNL Multiservizi del luglio 2013, laddove in specie si prevede (secondo capoverso) la possibilità che il lavoratore possa svolgere promiscuamente mansioni rientranti in livelli diversi, in via temporanea ovvero in prevalenza di quelle inferiori, con il passaggio all'inquadramento superiore solo in caso di (indimostrata nella specie) prevalenza di quelle superiori e non temporaneità. Inoltre, nell'organigramma previsto dal RTI Tedeschi, figura anche un addetto di un livello, quattro, adeguato allo svolgimento delle eventuali prestazioni più complesse evocate.

5. A fronte della fondatezza dell'appello principale occorre procedere all'esame dell'appello incidentale, con cui parte appellata ha nella sostanza riproposto le censure respinte in prime cure avverso l'aggiudicazione approvata in favore dell'odierna parte appellante.

Al riguardo, le argomentazioni contenute nella sentenza di prime cure appaiono condivisibili, con conseguente infondatezza dell'appello incidentale.

5.1 In relazione alla parte del primo motivo originario non accolto, in tema di verifica dell'anomalia, oltre a quanto sopra già evidenziato in merito al primo motivo di appello, occorre evidenziare come il parametro di riferimento sulla

base del quale calcolare la quota subappaltabile fosse non il costo orario quanto l'importo complessivo del contratto.

In proposito, peraltro, se la quota predetta non può rilevare a fronte delle indicazioni della Cge, le restanti considerazioni, oltre a riferirsi ad un errato parametro di riferimento, non superano la soglia di sindacabilità degli esiti della verifica di anomalia.

A quest'ultimo riguardo, infatti, secondo la prevalente giurisprudenza, condivisa dal Collegio, il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzato ad accertare l'attendibilità e la serietà dell'offerta, nonché l'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte: la relativa valutazione ha, peraltro, natura necessariamente globale e sintetica, non potendo risolversi in una parcellizzazione delle singole voci di costo (come nel caso di specie) ed in una caccia all'errore nella loro indicazione nel corpo dell'offerta, costituendo, in ogni caso, esercizio di apprezzamento schiettamente tecnico, non sindacabile in sede giurisdizionale, se non per illogicità, manifesta irragionevolezza, arbitrarietà (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 2020, n. 2383).

5.2 In relazione al secondo motivo di appello incidentale, con cui parte appellata ripropone il terzo motivo di ricorso di primo grado (violazione e falsa applicazione dell'art.9 del capitolato tecnico, eccesso di potere per carenza istruttoria e sviamento, in quanto nessuno degli addetti al servizio indicati nell'organigramma proposto dal RTI Tedeschi sarebbe idoneo a tale funzione), appaiono fondati i rilievi posti a fondamento della sentenza impugnata.

5.2.1 Secondo la prospettazione della originaria ricorrente, a fronte dell'art. 9 del Capitolato Tecnico ("l'Aggiudicatario nomina, qualora indicato in offerta, per il controllo di tutte le operazioni previste, personale con funzioni di Referente per le sedi esterne, in numero conforme a quanto indicato in offerta. I Referenti come sopra nominati affiancano il Responsabile del servizio per l'Aggiudicatario (per la definizione delle figure si rinvia al

Capitolato Amministrativo), sono responsabili dell'organizzazione e del regolare svolgimento del servizio nelle sedi di propria competenza. ... Tutte le comunicazioni e contestazioni di inadempienze, fatte dal DEC in contraddittorio con i Referenti dell'Aggiudicatario, devono intendersi fatte direttamente allo stesso”), il RTI aggiudicatario, odierno appellante principale, ha espressamente offerto n.5 referenti per le sedi esterne i quali, come descritto dal Capitolato Amministrativo (art.7) coadiuvano il Responsabile del servizio nella propria attività di coordinamento dell'appalto, “dovendo essere individuati tra il personale addetto al servizio di pulizia”; in tale contesto nessuno degli addetti al servizio indicati nell'organigramma proposto sarebbe quindi idoneo a tale funzione, dal momento che il CCNL Multiservizi prevede espressamente che l'attività di coordinamento possa essere adeguatamente prestata solo dai dipendenti con un inquadramento pari o superiore al 3°, mentre l'offerta del RTI Tedeschi non prevede alcun dipendente di 3° livello, e un solo dipendente di 4° livello.

5.2.2 Occorre procedere, come correttamente compiuto dal Tar sul punto, dall'esame delle regole di gara: l'art. 7 del capitolato amministrativo e l'art. 9 di quello tecnico, distinguono nettamente il ruolo dei “referenti per le sedi esterne” dal “Responsabile del servizio”: i primi si limitano ad affiancare il secondo, vigilando sul regolare svolgimento del servizio nelle sedi di propria competenza; ricevono le comunicazioni e contestazioni di eventuali inadempienze o disservizi da parte della committenza; al di là di queste peculiarità, che comunque non configurano né coordinamento né direzione del servizio (funzioni riservate al solo Responsabile), per il resto essi svolgono le mansioni proprie di un addetto alle pulizie di secondo livello. Viceversa, quanto al Responsabile del Servizio, si legge all'art. 7 del Capitolato Amministrativo (doc. 9) che egli non deve appartenere al personale addetto alle pulizie; deve vigilare affinché ogni attività si svolga in conformità a quanto stabilito nei documenti contrattuali; svolge l'attività di coordinamento

a cui è preposto nell'ambito della città universitaria e di tutte delle sedi esterne.

Pertanto, il quarto livello è necessariamente richiesto per la sola figura del Responsabile del Servizio, che deve essere uno soltanto per l'intero servizio (e l'offerta Tedeschi comprende il necessario soggetto dotato di qualifica adeguata di livello 4), ma non per i semplici referenti che, nei limiti della singola sede nella quale operano, sono dei meri ausiliari del primo, al quale debbono riferire eventuali contestazioni da parte della committenza o comunicare eventuali criticità o difficoltà che insorgano nell'esercizio giornaliero del servizio. Quanto precede e, in particolare, l'assenza di compiti di direzione e coordinamento (propri di un quarto livello CCNL) appare compatibile anche con un inquadramento al secondo livello contrattuale del CCNL di riferimento.

A quest'ultimo proposito assume ulteriore rilievo dirimente il secondo capoverso dell'art. 10 CCNL cit., nei termini già sopra riportati ed a cui si rinvia.

5.2.3 In definitiva, se per un verso correttamente il raggruppamento Tedeschi ha ritenuto di individuare i propri referenti tra il personale addetto al servizio di pulizie con l'inquadramento di 2° livello del CCNL in esame, in assenza di espresse preclusioni al riguardo, per un altro verso il responsabile del servizio richiesto è pari ad uno, senza che emerga alcuna disposizione di gara che ne imponga un numero superiore (cft. Art. 9 comma 6 capitolato tecnico).

5.3 In relazione al terzo motivo di appello incidentale, con cui nella sostanza si ripropone il primo motivo aggiunto di ricorso ("violazione e falsa applicazione degli art.87 e ss del dlgs 163 del 2006, violazione dell'allegato "dati tecnici indicativi" e delle tabelle predisposte del ministero del lavoro), in linea generale assumono rilievo preminente sia la dichiarata inammissibilità (rectius irricevibilità) della censura in quanto originariamente proposta tardivamente tramite l'atto di motivi aggiunti (notificato in data 5 giugno 2017, a fronte di un ricorso originario notificato in data 12 maggio 2017

rispetto ad elementi conosciuti (al più tardi) in sede di effettivo accesso datato 5 maggio 2017), quindi senza il necessario rispetto del termine decadenziale, sia il limite di sindacabilità sopra richiamato.

In proposito, la positiva valutazione svolta in sede di verifica appare coerente alle giustificazioni fornite dal raggruppamento aggiudicatario, laddove ha fatto riferimento ai dati statistici aziendali. In dettaglio, l'aggiudicataria ha offerto un monte ore pari a complessivi 492.778 ore "lavorate" a fronte di 492.752 ore richieste nel bando di gara (corrispondenti a 650.432 ore teoriche). Le ore effettivamente lavorate offerte dall'aggiudicataria includono, al proprio interno, anche la frazione di

retribuzione dovuta per le ore annue mediamente non lavorate. Pertanto, le ore annue effettivamente lavorate offerte (492.778) sono state determinate decurtando dalle ore annue teoriche quelle mediamente non lavorate, per cui le ore effettive lavorate includono il numero di ore necessarie alle sostituzioni. Inoltre, in relazione al minimo scostamento in relazione alla incidenza delle ore mediamente non lavorate, appare corretta la conclusione della p.a. in merito alle giustificazioni offerte sulla scorta dei dati concreti aziendali, rilevanti secondo la prevalente giurisprudenza (cfr. ad es. Consiglio di Stato sez. V 12 agosto 2019, n.5674 e 2 dicembre 2015, n. 5449).

5.4 Infine, anche in relazione al quarto motivo di appello incidentale con cui si ripropone nella sostanza il secondo motivo aggiunto originario (violazione e falsa applicazione dell'applicazione dell'art. 4 del Ccnl multiservizi e della relativa "clausola sociale", violazione del par 1.4 del disciplinare di gara, diversi profili di eccesso di potere per sviamento, insussistenza dei presupposti di fatto e carenza istruttoria), vanno condivise le considerazioni svolte dal Giudice di prime cure.

5.4.1 La deduzione censura il fatto che il raggruppamento aggiudicatario avrebbe assunto, in occasione dell'esecuzione anticipata del servizio, tutto il personale impiegato presso la Stazione appaltante alle stesse condizioni

contrattuali del precedente appalto ed in difformità da quanto previsto nell'offerta.

5.4.2 In proposito, assume rilievo dirimente la declaratoria di inammissibilità, in quanto la censura concerne comportamenti insorti (12 aprile 2017) solo in seguito dell'aggiudicazione ed attinenti all'esecuzione del contratto, in relazione quindi ad ambiti esclusi dalla cognizione del giudice amministrativo competente in relazione alle pregresse fasi della procedura di evidenza pubblica.

5.4.3 Peraltro, sul punto va fatta applicazione del principio per cui nell'ambito di una procedura di gara ad evidenza pubblica, la clausola sociale, anche laddove specificamente prevista dal bando di gara e preordinata alla promozione della stabilità occupazionale, deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali ed comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, altrimenti la stessa risulterebbe lesiva della concorrenza scoraggiando la partecipazione alla gara degli operatori economici interessati (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. V, 4 maggio 2020, n. 2796). Conseguentemente la deduzione dell'originaria ricorrente, che imporrebbe il rispetto di ogni parametro precedente, si porrebbe comunque in contrasto con quanto indicato. Spetta alla p.a., in sede di eventuale verifica di anomalia dell'offerta (nei termini compiutamente effettuati nel caso di specie) ovvero in sede di esecuzione (sebbene tale ultima fase fuoriesca dalla cognizione di questa giurisdizione) verificare la congruità dell'offerta, prima, ed il rispetto della stessa, poi.

6. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'accoglimento dell'appello principale ed il rigetto di quello incidentale comportano, in riforma della sentenza impugnata, il rigetto del ricorso di prime cure.

Sussistono giusti motivi, a fronte della necessità del rinvio pregiudiziale, per compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti: accoglie l'appello principale, respinge l'appello incidentale e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Davide Ponte

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO