

**Consiglio di Stato, Sez. V, 9 novembre 2010, n. 7973**

Contratti della P.A. – Gara – Omessa dichiarazione – Effettivo possesso dei requisiti richiesti dall'art. 38 D.Lgs. 163/2006 – Esclusione – Illegittimità.

**N. 07973/2010 REG. DEC.**

**N. 01390/2010 REG. RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**DECISIONE**

Sul ricorso numero di registro generale 1390 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Dussmann Service S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Alberto M. Bruni, Giuseppe Morbidelli, con domicilio eletto presso Studio Legale Morbidelli E Bruni in Roma, via G. Carducci N. 4;

***contro***

Ente Per i Servizi Tecnico-Amministrativi di Area Vasa – Estav Nord Ovest, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

***nei confronti di***

Cns – Consorzio Nazionale Servizi Societa' Cooperativa A R.L., rappresentato e difeso dagli avv. Stefano Baccolini, Mario P. Chiti, Luigi Manzi, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5; Sodexo Italia Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Roberto Invernizzi, Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 349; Coopservice Soc. Coop. P.A., rappresentata e difesa dagli avv. Ermes Coffrini, Massimo Colarizi, con domicilio eletto presso Massimo Colarizi in Roma, via Panama, 12; Gruppo Gorla Spa in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria Ati, Copra Ristorazione e Servizi Soc. Coop. in proprio e nella qualità di mandante Ati;

***per la riforma***

della dispositivo di sentenza del T.A.R. TOSCANA – FIRENZE: SEZIONE I n. 00013/2010, nonché della sentenza del TAR TOSCANA –Sez. I, n. 450/2010 resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI PULIZIA E SANIFICAZIONE E SERVIZI CONNESSI DELLE STRUTTURE OSPEDALIERE.

Visto il ricorso in appello ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ente Per i Servizi Tecnico-Amministrativi di Area Vasta Nord Ovest;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cns – Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa A.R.L.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sodexo Italia Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Coopservice Soc. Coop. P.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2010 il cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Bruni, Iaria, Chiti, Andrea Manzi, per delega dell'Avv. Luigi Manzi, Invernizzi, Sandulli e Colarizi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

Con bando di gara del 29.8.2007 l'Ente per i Servizi Tecnico Amministrativi dell'Area Vasta Nord Ovest della Toscana (ESTAV) ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione e servizi connessi, per la durata di sei anni, presso le strutture ospedaliere, territoriali ed amministrative dell'Area, diviso in tre lotti.

Tutti e tre i lotti sono stati aggiudicati al primo concorrente classificato CNS Consorzio Nazionale Servizi, mentre Dussmann Service s.r.l. è risultata seconda in graduatoria dei lotti 1 e 3 e terza nella graduatoria del lotto 2, dove seconda graduata è risultata Sodexo Italia s.p.a.

Per l'annullamento dell'aggiudicazione e degli atti presupposti, relativamente a tutti i tre lotti, ed il risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente, ha proposto ricorso dinanzi al Tar per la Toscana Dussmann Service s.r.l., sostenendo i) che la concorrente risultata vincitrice avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per mancanza in capo ad una delle imprese esecutrici del servizio (Coopservice) del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett.c) D.Lgs. n. 163 del 2006, avendo riportato l'amministratore cessato dalla carica nel triennio (Luca Discardi) varie condanne per reati gravemente incidenti sulla moralità professionale e non avendo dimostrato di avere effettivamente adottato atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata; ii) per violazione degli artt. 34 e 37 del D.Lgs. n. 163 attesa l'ulteriore causa di esclusione consistente nella comunanza tra l'amministratore di CNS sig. Mauro Tarana e della soc. Copra, partecipante alla medesima gara come mandante dell'ATI con capogruppo mandataria la Gruppo Gorla s.p.a; iii) per erroneità nella valutazione delle offerte a suo danno; iv) per illegittimità del sub procedimento di verifica di anomalia espletato nei confronti dell'offerta di CNS (motivi aggiunti).

Si sono costituite in resistenza ESTAV e CNS, quest'ultima proponendo altresì ricorso incidentale per censurare a sua volta l'ammissione alla gara di Dussmann Service s.r.l. per avere omesso l'indicazione di quattro soggetti cessati dalla carica nel triennio ed avere omesso le relative dichiarazioni di moralità, nonché assumendo l'erroneità della valutazione dell'offerta di Dussmann. Si è inoltre costituita ad opponendum Coopservice.

Con motivi aggiunti, Dussmann Service ha altresì impugnato le valutazioni effettuate relativamente all'offerta di CNS.

Il Tar, procedendo prioritariamente all'esame del ricorso incidentale di CNS e dei successivi motivi aggiunti, lo ha accolto sul rilievo che, pure in mancanza di una espressa previsione nella lex specialis della dichiarazione di moralità relativa ai soggetti cessati dalla carica nel triennio, il richiamo generale alle cause di esclusione di cui all'art. 38, in quanto norma di ordine pubblico volta a garantire alla stazione appaltante di conoscere tutti i nominativi oggetto di verifica, imponesse la dichiarazione relativa a tutti i soggetti indicati al comma 1, lett. c), compresi quelli cessati, né si potesse ammettere una integrazione ex art. 46 data la totale mancanza di dichiarazione, né essendo influente l'assenza di precedenti penali a carico di tali soggetti, dovendo comunque la stazione appaltante essere messa in grado di verificare la circostanza.

Ha giudicato altresì fondati il primo ed il quarto motivo aggiunto, poiché le offerte di Dussmann avrebbero dovuto essere escluse in quanto, per i lotti 1 e 2, non rispettose delle condizioni normative e retributive risultanti dall'applicazione del CCNL Multiservizi della Regione Toscana e per tutti i tre lotti inattendibili per non aver considerato i costi dell'attività formativa del personale. Ha conseguentemente dichiarato improcedibile il ricorso di Dussmann.

La Dussmann Service ha proposto appello per la riforma del dispositivo n. 13 in data 3.2.2010 e, con successivi motivi, della sentenza n. 450 del 23.2.2010, chiedendo l'annullamento degli atti impugnati e la condanna di Estav Nord Ovest al risarcimento dei danni patiti e patienti, previa declaratoria di inefficacia dei contratti di appalto che fossero stati eventualmente stipulati, avanzando le seguenti censure:

- omessa, insufficiente, contraddittoria ed errata motivazione circa un punto decisivo della controversia; violazione e falsa applicazione dell'art. 38 D Lgs. 12.4.2006, n. 163; violazione e falsa applicazione dell'art. 45 Direttiva 2004/18/CE; violazione e falsa applicazione art.6, c.1 lett.b) L. n. 241/90, art. 71 D.P.R. 28.12.2000, n. 445; art. 46 D.Lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione del bando di gara e della lettera di invito; violazione dei principi di tassatività delle cause di esclusione dalla gara; violazione dei principi di favor participationis alle pubbliche gare di appalto e del giusto procedimento.

Sostiene l'appellante che la lex specialis ed in particolare la scheda di iscrizione e prequalifica richiedeva la dichiarazione di moralità relativamente ai soli amministratori e direttori tecnici in carica, per il resto essendo sufficiente la dichiarazione di insussistenza di cause di esclusione di cui all'art. 38, lett. c) non essendo richiesta alcuna dichiarazione nominativa dei soggetti cessati nel triennio. Inoltre non sarebbe prevista l'esclusione ove, in concreto, non sussistano le ragioni ostative data l'assenza di condanne a carico dei quattro soggetti cessati dalla carica. In ogni caso, la buona fede suscitata dal tenore della lex specialis avrebbe potuto, al più, giustificare la richiesta di integrazione ex art. 46, ma giammai l'esclusione.

- omessa, insufficiente, contraddittoria ed errata motivazione circa un punto decisivo della controversia, violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, dell'art. 29 del Capitolato speciale di gara, degli artt. 86 e ss. D.Lgs. n. 163/2006, del CCNL Multiservizi per la Regione

Toscana, del D.M. 16.6.2005 , del principio dell'insindacabilità delle valutazioni compiute dalla Commissione di gara.

Il giudice di primo grado si sarebbe sostituito alla Commissione nella valutazione di congruità dell'offerta, senza peraltro considerare che il costo della manodopera indicato da Dussmann sarebbe conforme, per ogni singolo livello, ai costi orari risultanti dalle tabelle ministeriali. Peraltro, tali costi non costituirebbero un valore assoluto, dovendosi comunque attivare, in caso di incongruità il sub procedimento di anomalia e non già l'esclusione.

- omessa, insufficiente, contraddittoria ed errata motivazione circa un punto decisivo della controversia, violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, dell'art. 29 del Capitolato speciale di gara, degli artt. 86 e ss. D.Lgs. n. 163/2006, del CCNL Multiservizi per la Regione Toscana, del D.M. 16.6.2005 , del principio dell'insindacabilità delle valutazioni compiute dalla Commissione di gara.

La supposta inattendibilità dell'offerta a causa della mancata indicazione delle ore di formazione non avrebbe potuto condurre all'esclusione, ma , semmai, ad una richiesta di chiarimenti o alla verifica in contraddittorio con l'impresa. Comunque i calcoli effettuati dall'impresa corrisponderebbero pienamente ai criteri indicati nel capitolato d'appalto.

Ripropone, quindi, i motivi di ricorso non esaminati dal primo giudice :

- violazione dell'art. 38 D.Lgs. n. 163 del 2006, dei punti III.2.I e III.2.3 del bando di gara, dei principi di trasparenza e par condicio dei concorrenti; eccesso di potere attesa la necessità di esclusione della CNS per la mancata adozione di idonee misure di dissociazione, per assenza di completa ed inequivoca volontà – dimostrabile solo attraverso l'azione di responsabilità – ed intempestività, dalla condotta penalmente sanzionata dell'amministratore di Coopservice (impresa esecutrice) Luca Discardi, a carico del quale sarebbero risultate molte e gravi condanne penali (associazione a delinquere, usura, truffa, rapina, estorsione la cui gravità sarebbe confermata dall'avvenuta esclusione in altra gara indetta dall'Azienda Ospedaliera San Paolo );

- violazione degli artt. 34 e 37 nonché dell'art. 2 D.Lgs n. 163 del 2006, eccesso di potere , per la comunanza dell'amministratore Mauro Tarana tra la CNS e la Copra Ristorazione servizi mandante dell'ATI Gruppo Gorla, partecipante alla gara;

- violazione della lettera di invito, degli artt. 86 e ss. D.Lgs. n. 163/2006, del DPCM n. 117/97 e del D.M. 16.6.2005, eccesso di potere per illogicità ed erroneità della valutazione da parte della Commissione di gara degli elementi che componevano l'offerta di CNS e di Sodexo;

- per mancata comunicazione da parte di ESTAV dell'aggiudicazione ex art. 79, comma 5, lett. a) D.Lgs. n. 163/2006;

- per erroneità dei punteggi assegnati, sotto vari profili; per incongruenza dei costi per formazione e sicurezza indicati da CNS in tutti e tre i lotti rispetto a quelli recati dalle tabelle ministeriali e , relativamente al lotto 2, anche di quelli indicati da Sodexo.

Si è costituita CNS ,chiedendo la conferma della sentenza di primo grado e a tal fine sostenendo con articolate argomentazioni la necessità di dichiarazione ex art. 38 relativamente ai soggetti cessati nel triennio, l'effetto escludente dell'incongruità dei costi indicati da Dussmann, l' assenza di considerazione nell'offerta della ricorrente dei costi per formazione.

Ha altresì ribadito l'insussistenza della causa di esclusione ipotizzata a suo carico poiché i fatti contestati al Discardi sarebbero avvenuti molti anni prima e sarebbero estranei all'attività dell'impresa esecutrice Coopservice; essa ne avrebbe avuto conoscenza solo nel 2004, intervenendo tempestivamente con atti di dissociazione; a seguito dei richiesti chiarimenti, Estav avrebbe correttamente valutato la non gravità dei reati – attesa la scarsa entità delle pene pateggiate, la concessione delle attenuanti generiche, il tempo decorso- l'insussistenza nella specie di un obbligo di dissociazione e, comunque, l'idoneità a tal scopo degli atti di dissociazione compiuti. Non ricorrerebbe poi la causa di esclusione connessa al controllo da parte dell'amministratore Torna, non essendo dimostrata l'influenza da questo esercitata su Copra, di cui non deterrebbe la rappresentanza. Sarebbero poi inammissibili tutte le censure volte a contestare la valutazione mediante attribuzione di punteggio da parte della Commissione di gara.

Si sono altresì costituite per contrastare l'appello Coopservice ed Estav.

La prima ha confermato le deduzioni di CNS in ordine alla posizione del Discardi.

La seconda ha puntualmente controdedotto in ordine a tutti i motivi di appello.

Si è altresì costituita Sodexo per contrastare la richiesta di Dussmann relativamente all'aggiudicazione del lotto n. 2.

In prossimità dell'udienza di discussione, le parti hanno depositato ampie memorie.

All'udienza del 2 luglio 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

1. Con un primo gruppo di motivi, parte appellante censura la sentenza di primo grado per avere il Tar accolto il ricorso incidentale di CNS, basato sulla mancata esclusione di Dussmann, conseguentemente pervenendo ad una dichiarazione di improcedibilità del proprio ricorso per carenza di interesse.

2. I motivi sono fondati.

3. Fondato è il primo motivo, con cui si sostiene l'erroneità del riconoscimento dell'obbligo per il legale rappresentante di Dussmann di presentare la dichiarazione di moralità ai sensi dell'art. 38, comma 1 lett. c) relativamente ai soggetti cessati dalla carica nel triennio precedente la gara ed immuni da precedenti penali, in assenza di una esplicita previsione della legge di gara.

In merito, occorre evidenziare che il bando di gara prevede la presentazione di dichiarazione attestante "l'inesistenza delle cause di esclusione dalla partecipazione a pubbliche gare di cui all'art. 38 del D.Lgs 163/2006". La scheda di iscrizione e prequalifica impone l'indicazione dei soggetti cui sono attribuiti i poteri di amministrazione e la rappresentanza legale ed i direttori tecnici nonché la dichiarazione: "di non trovarsi in alcuna delle condizioni di esclusione di cui all'art. 38 comma 1 lett. a), b), c), d), e), f), g), h), i), m), m bis), del d.Lgs. n. 163/06 (allegare dichiarazioni in ordine alle cause di esclusione di cui all'art. 38 comma 1 lettere b) e c) del D.Lgs. 163/06 dei Legali rappresentanti e dei Direttori tecnici)". La lettera d'invito individua nella Sezione VI le cause di esclusione o non ammissione che non fanno riferimento alle dichiarazioni ex art. 38.

Nessun riferimento è quindi contenuto alla necessità di indicare , a pena di esclusione, nominativamente i soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente l'indizione della gara e di presentare la relativa dichiarazione di moralità.

Occorre, pertanto, stabilire se, in assenza di un espresso richiamo ai soggetti cessati dalla carica nel triennio, l'art. 38 imponga comunque ,a pena di esclusione, come stabilito dal Tar, la dichiarazione di onorabilità nei loro riguardi.

Il Collegio, pur dando atto di un non univoco orientamento della giurisprudenza della Sezione e delle ragioni che presiedono alla tesi restrittiva e formalistica , basate sulla necessità di ordinaria verifica sull'affidabilità dei soggetti partecipanti(Cons. St. Sez. V, sent. n. 3742/09), ritiene tuttavia di aderire, in presenza delle condizioni ricorrenti nella presente controversia, alla convincente tesi dell'appellante che trova riscontro in numerose recenti pronunce orientate ad una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative (in particolare Cons. St. Sez. V, 13.2.2009, n. 829; Sez. VI 4.8.2009, n. 4906, 22.2.2010, n. 1017).

Questa poggia sulla considerazione che il primo comma dell'art. 38 ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, mentre il secondo comma non prevede analoga sanzione per l'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione. Da ciò discende che solo la sussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall'art. 38 comporta, ope legis, l'automatico effetto espulsivo.

Quando , al contrario, il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la lex specialis non preveda espressamente a pena di esclusione puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto della dichiarazione , facendo generico richiamo all'assenza delle cause impeditive di cui all'art. 38, come nel caso all'esame del Collegio in cui nessuna condanna è stata contestata ai quattro soggetti cessati, l'omissione non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo un'ipotesi di "falso innocuo", come tale insuscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa o – si ripete- della legge di gara, a fondare l'esclusione , le cui ipotesi sono tassative.

In senso conforme alla prospettata soluzione depone anche l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE che ricollega l'esclusione alle sole ipotesi di grave colpevolezza di false dichiarazioni nel fornire informazioni, non rinvenibile nel caso in cui il concorrente non consegua alcun vantaggio in termini competitivi , essendo in possesso di tutti i requisiti previsti (cfr. Cons. St. n.1017/2010 cit.).

Pertanto, non essendo contestato che i quattro soggetti cessati dalla carica nella Dussmann (Barghi, Bernardi, Ceppi e Codoni) non avessero riportato alcuna condanna, l'assenza di indicazione nominativa e di dichiarazione circa la loro moralità non comporta l'esclusione della concorrente dalla gara.

4.Parimenti da accogliere sono gli ulteriori due motivi di appello, esaminabili congiuntamente attesi i profili di parziale comunanza, con cui si censura la sentenza di primo grado per avere il Tar considerato da escludere , in applicazione dell'art. 29 del Capitolato speciale, l'offerta di Dussmann per il mancato rispetto delle condizioni normative e retributive previste nel CCNL Multiservizi per la Regione Toscana e per l'alterazione subita dall'offerta per effetto dei costi di formazione del personale.

Quanto al primo aspetto, coglie nel segno la censura di inconferenza, ai fini della verifica del rispetto dei livelli retributivi tabellari, della parte dell'offerta recante i costi da sostenere per la macroarea H (aree esterne) presa in considerazione dal Tar isolatamente e distintamente dalla tavola

dei costi del personale (pag 8 del doc. n. 59 del fascicolo di primo grado) per rilevarne ,attraverso un ragionamento deduttivo, il mancato allineamento ai livelli retributivi tabellari.

Rileva invero il Collegio che la sanzione dell'inammissibilità dell'offerta è ricollegata dall'art. 29 del Capitolato all'ipotesi in cui i costi del personale impiegato nel servizio siano indicati in misura inferiore ai minimi tabellari. Qualora, invece, tali costi siano indicati nel rispetto dei livelli retributivi del contratto collettivo, una eventuale anomalia del prezzo risultante dai dati dell'offerta relativa ad una macroarea non può comportare l'automatica esclusione , ma deve , secondo consolidati principi da cui il Collegio non intende discostarsi (Cons. St. Sez. V, 7.10.2008, n. 4847) essere sottoposta al subprocedimento della verifica dell'anomalia – come, del resto, precisato nel medesimo capitolato proprio in ordine alle modalità di scomposizione dei costi – per permettere all'impresa di fornire le proprie giustificazioni nel rispetto dell'insopprimibile esigenza di contraddittorio con la quale confligge un automatico giudizio di incongruità dell'offerta.

A maggior ragione ciò vale in ordine alla incongruità dell'offerta per effetto dell'incidenza dei costi di formazione del personale, tali – secondo il primo giudice – da alterare la scomposizione richiesta dall'art. 29 del Capitolato.

Ritiene il Collegio che anche un simile profilo di inattendibilità dell'offerta avrebbe dovuto costituire oggetto di specifica valutazione in contraddittorio da parte delle Commissione di gara, mentre è da escludere che il rilievo sia idoneo ad integrare una causa di esclusione dalla gara.

5. Occorre ora affrontare i motivi non esaminati dal primo giudice in quanto assorbiti dalla dichiarazione di improcedibilità del ricorso.

Con il primo motivo, Dussmann ha sostenuto l'illegittimità dell'aggiudicazione a CNS per carenza sostanziale del requisito di moralità , per avere riportato un amministratore dell' impresa esecutrice del servizio Coopservice (Luca Discardi) ,cessato nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando , alcune condanne e per non avere l'impresa dimostrato di avere effettivamente adottato atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata.

Il motivo è fondato.

Va, in merito, osservato che la dissociazione di una società da una condotta penalmente sanzionata di un proprio amministratore deve risultare da una tempestiva ed inequivoca volontà , mentre non può considerarsi atto idoneo la revoca dalla carica quando dalla documentazione in atti emerga la sua natura necessitata e meramente strumentale, volta ad evitare effetti negativi nei confronti della società (Cons. St.Sez. V, 26.10.2006, n. 6402 ).

Nella specie, elementi indicativi della natura meramente strumentale della lettera del 20.12.2004 (documento , peraltro, privo di data certa) e della successiva presa d'atto delle dimissioni del Discardi nella seduta del CdA del 22.12. 2004 sono costituiti dal notevole ritardo (fine del 2004) dell'adozione degli atti dissociativi rispetto all'epoca delle condanne (1997) , non giustificabile da Coopservice invocando la mancata conoscenza dei precedenti penali dell'interessato, visto che l'instaurazione del rapporto di lavoro col Discardi risale ad epoca antecedente (1991) alle condanne , che i fatti penalmente rilevanti avevano assunto un notevole risalto mediatico e che ciononostante , successivamente, gli erano stati affidati rilevanti poteri gestori all'interno della società; dalla circostanza che la revoca della procura sia avvenuta a seguito delle dimissioni volontarie, e che il CdA si sia limitato ad una presa d'atto; dal tenore stesso dell'atto di accettazione delle dimissioni, in cui addirittura il Presidente ringrazia anche a nome del Consiglio il Discardi per

l'attività svolta ; dalla circostanza che il dipendente sia stato mantenuto anche dopo le dimissioni dalle cariche nella compagine aziendale.

E' pertanto illegittima la determinazione di Estav in ordine all'ammissione di CNC alla gara sotto tutti i profili fatti valere dalla controinteressata , peraltro già disattesi dal Tar Lombardia nella sentenza n. 3503 del 22.4.2009 in merito ad esclusione in altra gara , in riferimento alla gravità dei reati , all'irrelevanza del trascorrere del tempo in assenza di una pronuncia di estinzione del reato, ed, inoltre, all'obiettività ed absolutezza del giudizio sulla inaffidabilità morale del soggetto ai sensi dell'art. 38, valutazione che prescinde dalla circostanza che la condotta sia estranea all'attività dell'impresa concorrente.

6.Ritiene a questo punto il Collegio che la pronuncia di accoglimento del primo motivo di ricorso esima dall'esame degli ulteriori motivi, ad eccezione di quelli che riguardano anche la seconda graduata Sodexo in relazione al lotto n. 2 e che possono essere esaminati congiuntamente .

7.Questi sono da respingere. Essi ruotano sulla illegittimità della valutazione e dell'attribuzione del punteggio da parte della Commissione di gara alle offerte di CNS e, per quanto qui interessa, di Sodexo, sulla considerazione che vi sarebbe stata una disparità nei punteggi inferiori attribuiti all'offerta di Dussmann rispetto alle concorrenti pur in presenza di caratteristiche comuni o addirittura superiori del servizio.

In merito, il Collegio non può che richiamare piani principi (Cons. St. Sez. VI, 9.6.2008, n. 2770; Sez. V, 29-07-2003, n. 4330 ) per cui , in sede di valutazione dell'offerta tecnica e di attribuzione dei punteggi , la Commissione di gara dispone di margini di discrezionalità – nei limiti minimi e massimi stabiliti dalla legge di gara – correlata all'apprezzamento degli aspetti tecnici e sottratta al sindacato del giudice amministrativo. Purchè, quindi, non emergano violazioni dei parametri indicati nel bando di gara o nella lettera di invito ovvero profili di illogicità della valutazione, la graduazione del punteggio rientra nei limiti della discrezionalità esercitabile da parte dell'organo di valutazione.

I profili evidenziati dalla ricorrente da cui emergerebbe una sottovalutazione della propria offerta per i tre lotti non presentano aspetti di illogicità né violazioni dei subpunteggi indicati dal capitolato speciale , ma riguardano propriamente le caratteristiche tecniche del servizio rimesse alla valutazione discrezionale della Commissione.

Quanto al rispetto dei limiti tabellari dei costi del personale, va richiamato quanto detto a proposito della necessità di ricorso al sub procedimento di verifica dell'anomalia al precedente punto 4. Invero, il rispetto dei costi tabellari documentati da Sodexo in relazione al luogo di svolgimento del servizio induce il Collegio a ritenere senz'altro non ricorrente l'ipotesi di esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 29 del Capitolato.

8. Va, inoltre, accolta la domanda di risarcimento del danno. Quanto all'elemento della colpa, questo risulta verificato dall'illegittimità degli atti impugnati , indizio di negligenza ed imperizia della stazione appaltante che non ha assolto l'onere, a suo carico, di dimostrare l'errore addebitabile a fattori esterni (Cons. St., Sez.IV, 7.9.2010 n. 6485; 12 febbraio 2010, n. 785; Sez. V, 20 luglio 2009, n. 4527).

Va, conseguentemente, accertato il diritto dell'appellante al risarcimento del danno in forma specifica consistente nel diritto a conseguire, sotto le condizioni di legge da verificare da parte della stazione appaltante, l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto per il periodo corrispondente a

quello previsto dal bando relativamente ai lotti n. 1 e 3, dichiarando l'inefficacia ex nunc del contratto, ove intervenuto nelle more del presente giudizio.

9. In conclusione, l'appello come integrato dai motivi proposti avverso la sentenza del Tar Toscana 23.2.2010 n. 450 va accolto in parte e cioè relativamente ai lotti n. 1 e 3, in cui l'appellante risulta classificata al secondo posto.

Le spese del doppio grado seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello e sui motivi aggiunti meglio in epigrafe specificati, così provvede:

accoglie in parte l'appello di Dussmann Service s.r.l. e, per l'effetto, in riforma della sentenza emessa in primo grado, respinge il ricorso incidentale di CNS – Consorzio Nazionale Servizi Società cooperativa a r.l.ed accoglie in parte il ricorso di primo grado;

dichiara il diritto dell'appellante al risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione sotto le condizioni di legge del contratto relativamente ai Lotti n. 1 e n. 3 dichiarando l'inefficacia ex nunc del contratto ove intervenuto nelle more del giudizio;

condanna le parti soccombenti Ente per i servizi Tecnico-amministrativi di Area Vasta- Estav Nord Ovest, CNS Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa a r.l. e Coopservice s.coop., in solido tra loro, alla rifusione in favore dell'appellante delle spese di giudizio che liquida in euro 15.000,00.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2010 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccharini, Presidente

Aniello Cerreto, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/11/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione