

N. 01328/2013REG.PROV.COLL.
N. 07277/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7277 del 2012, proposto da:

S2i Italia srl in proprio e quale mandataria di costituendo rti in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Manzi e Paolo Caruso, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n.5;

contro

Regione Lazio in persona del Presidente della Giunta Regionale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Rosa Maria Privitera, domiciliata in Roma, via Marcantonio Colonna n. 27;

nei confronti di

Consorzio Cosisan costituito dalle Società Ised spa., A.R.C. srl e Siti srl in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Arturo Cancrini, con domicilio eletto presso Arturo Cancrini in Roma, via G. Mercalli, n.13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA SEZIONE I TER n.

06436/2012

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Lazio e del Consorzio Cosisan;

Visto l'appello incidentale del consorzio Cosisan;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 gennaio 2013 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Manzi, Privitera e Piselli su delega di Cancrini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società S2i Italia s.r.l in qualità di capogruppo di un raggruppamento temporaneo di imprese (d'ora in poi per comodità rti) aveva impugnato davanti al Tar del Lazio, sede di Roma, la aggiudicazione in favore del consorzio Cosisan della gara indetta dalla regione Lazio per l'affidamento di acquisizione ottica delle immagini e logistica per le ricette farmaceutiche e specialistiche.

Sosteneva nel ricorso che la gara fosse stata illegittimamente aggiudicata al consorzio con evidenti errori di calcolo e di attribuzione di punteggi alla offerta tecnica ed ancor prima il consorzio avrebbe dovuto essere escluso dalla gara perché aveva mutato la forma giuridica di partecipazione rispetto a quella utilizzata in fase di prequalifica e perché era privo dei requisiti tecnico-finanziari che il consorzio avrebbe dovuto possedere in proprio nonché per avere prodotto una dichiarazione di ripartizione di attività generica e dunque non valida. Si costituiva in giudizio sia la regione Lazio che il consorzio Cosisan, quest'ultimo proponeva ricorso incidentale con il quale, con i primi quattro motivi, lamentava la mancata esclusione dalla

gara del rti S2i Italia mentre con il quinto motivo, in via subordinata e condizionata all'accoglimento del terzo motivo del ricorso principale, impugnava la *lex specialis* di gara ove ritenuta preclusiva alla modifica della forma di partecipazione adottata in fase di prequalifica.

Con ordinanza istruttoria n.3487 del 17.4.2012 il Tar del Lazio, ai fini dell'esame del primo motivo di ricorso incidentale, chiedeva alla regione Lazio di produrre una documentata relazione sulla comprova del requisito economico finanziario da parte della Sikelia s.p.a. mandante del rti S2i Italia.

Acquisita la documentazione richiesta, con la sentenza n.6436/2012 il Tar Lazio respingeva sia il ricorso incidentale proposto dal Consorzio Cosisan che il ricorso principale, compensando le spese di lite; pertanto la gara rimaneva aggiudicata al consorzio Cosisan.

Con ricorso in appello affidato a notifica in data 15.10.2012 il rti S2i Italia ha chiesto l'annullamento della sentenza del Tar contestando la reiezione e la parziale trattazione dei motivi nn.2, 3, 4 e 5 del ricorso al Tar e riproponendo il motivo n. 1 non esaminato.

Con appello incidentale affidato a notifica il 15.11.2012 anche il consorzio Cosisan impugnava la medesima sentenza del Tar Lazio riproponendo le censure del ricorso incidentale respinte dal Tar.

Si è costituita anche la Regione Lazio chiedendo il rigetto degli appelli sia principale che incidentale.

Sono state depositate ulteriori memorie difensive sia da parte della appellante principale che ha specificato che intende ottenere unitamente all'annullamento degli atti impugnati, la dichiarazione di inefficacia retroattiva delle eventuale contratto nelle more stipulato e la aggiudicazione del contratto ovvero il subentro per la durata del contratto posto a gara (mesi 36) o in alternativa il risarcimento del danno equivalente, sia da parte della appellante incidentale.

Alla pubblica udienza del 29 gennaio 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La Sezione ritiene di dare priorità all'esame dell'appello principale del rti facente capo a S2i Italia rispettando l'ordine di trattazione seguito dal Tar che ha esaminato per primo il terzo motivo del ricorso in primo grado (punto sub A dell'appello).

Al riguardo occorre osservare in punto di fatto che allo scadere del termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara, 11 ditte avevano chiesto di essere ammesse alla fase di prequalifica e fra queste il costituendo rti composto da Ised s.p.a. (mandataria) e A.r.c. s.r.l. ed il costituendo rti composto da S2i Italia s.r.l. (mandataria), e Imput Data s.r.l. nonché Sistemi Informativi s.p.a..

Delle 11 ditte invitate solo tre presentavano offerta e cioè il costituito consorzio Cosisan (ex costituendo rti. fra Ised s.p.a. e A.r.c. s.r.l., che rispetto alla fase di pre-qualifica aveva mutato forma e composizione, il costituendo rti composto da S2i Italia s.r.l. e Imput Data s.r.l. e Sikelia service s.r.l. (ex costituendo r.t.i. composto da S2i Italia s.r.l., e Imput Data s.r.l. nonché Sistemi Informativi s.p.a) che dunque, rispetto alla fase di pre-qualificazione, aveva mutato composizione ed un terzo costituendo rti.

In esito alla valutazione delle offerte il consorzio aggiudicatario Cosisan otteneva 57,33 punti all'offerta tecnica e 34,27 all'offerta economica, in tutto 91,60 punti mentre il raggruppamento S2i Italia otteneva 50,84 punti all'offerta tecnica e 40 punti all'offerta economica, in tutto 90,84 punti, posizionandosi al secondo posto.

Quest'ultimo raggruppamento, con il terzo motivo del ricorso in primo grado, prospettava la violazione della regola dell'immodificabilità soggettiva dei partecipanti alla gara e, per l'effetto, l'illegittimità dell'ammissione dell'offerta del consorzio Cosisan che non aveva partecipato alla fase di

pre-qualifica e rispetto a questa aveva mutato non solo composizione ma anche forma giuridica da costituendo rti a consorzio costituito.

Secondo il ricorrente in primo grado tale modificazione soggettiva non era consentita dalla *lex specialis*, prevedendo il bando di gara, al punto III.1.3.

“Forma giuridica che dovrà assumere il raggruppamento di operatori aggiudicatario dell'appalto: come da domanda di partecipazione”.

Il paragrafo 3, pag.8, della lettera di invito avrebbe previsto poi la sola modificazione della composizione di un rti ma *“..senza modificare il ruolo della impresa mandataria (capogruppo)”*, non dunque la modifica della forma giuridica di partecipazione relativamente ad un consorzio.

Quindi le società ISED e Arc che avevano partecipato alla fase di prequalifica come rti costituendo con mandataria ISED non avrebbero potuto presentare l'offerta come consorzio costituito, che dava vita a un centro di imputazione di diritti e interessi ulteriore rispetto alle imprese consorziate e non consentiva di individuare mandanti o mandatarie o una impresa capogruppo

Erroneamente quindi la commissione di gara avrebbe dichiarato che una simile offerta del consorzio Cosisan era consentita dal bando di gara.

Il raggruppamento S2i Italia impugnava anche la lettera invito, nell'ipotesi in cui fosse stata interpretata nel senso di consentire la modifica della forma giuridica del concorrente tra la fase di prequalifica e la gara in senso stretto, così svilendo la prima fase di gara e riducendo le garanzie della amministrazione attraverso l'introduzione in gara di nuovi soggetti i cui requisiti non erano stati previamente presi in considerazione.

2. Il Tar respingeva il motivo richiamando sia il bando che la lettera invito che consentivano al concorrente di mutare, rispetto a quanto dichiarato in sede di prequalifica, la forma di partecipazione alla gara e più in generale i principi rivenienti dagli artt. 37 c.9, 12 e 51 del codice degli appalti.

Da tali norme emergerebbe un preciso indirizzo legislativo volto a favorire

il fenomeno del raggruppamento associativo o consortile e ad individuare la presentazione dell'offerta come momento della procedura da cui far decorrere il divieto di modificabilità soggettiva della composizione dei partecipanti, divieto che non opererebbe per la fase di prequalificazione (C.d.S., sez. V 31 maggio 2011 n. 3256; sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 588).

3. La Sezione ritiene di condividere le argomentazioni del primo giudice.

Va premesso che la stessa stazione appaltante aveva consentito, prima della presentazione delle offerte, la modificazione soggettiva *de quo*, infatti in vista della presentazione delle offerte era stata posta alla Regione una richiesta di chiarimenti in merito alla possibilità *“per un concorrente qualificato e invitato quale RTI costituendo di presentare l’offerta come consorzio costituito dalle stesse imprese costituenti il RTI con l’aggiunta di altre imprese”* e la Regione aveva confermato la possibilità di tale modifica (risposta al quesito n.32) interpretando in tale senso il bando e la lettera di invito.

Del resto, la disposizione richiamata dal rti S2i Italia sia del bando di gara (paragrafo III.3.), sia della lettera di invito (pag.8), non avevano affatto carattere preclusivo nei confronti del mutamento della forma giuridica di partecipazione in consorzio.

Il bando non prevedeva un siffatto divieto limitandosi a stabilire che la forma giuridica sarebbe stata *“..come da domanda di partecipazione”* ; pertanto il bando doveva essere messo in relazione al paragrafo 4 della lettera di invito che prevedeva che in caso di mutamento della *forma di partecipazione* alla gara, l’impresa avrebbe dovuto presentare una nuova domanda di partecipazione.

La lettera di invito prevedeva che *“... è ammessa la modifica delle unità concorrenti qualificate nella prima fase della gara..”* salvo poi fare alcune esemplificazioni senza valore tassativo tra cui quella della modifica di un rti partecipante in sede di prequalifica richiamata dalla appellante.

Ma oltre alle previsioni della *lex specialis* non preclusive della forma giuridica

di partecipazione, deve rilevarsi, su un piano generale, che sia dagli articoli 37 (co.9 e 12) e 51 del codice dei contratti, sia dalla normativa comunitaria di riferimento, emerge la indifferenza dell'ordinamento, alla veste giuridica a mezzo della quale gli operatori concorrono alle procedure di gara ed alle eventuali modifiche della veste assunta inizialmente, quanto meno fino alla presentazione delle offerte.

In particolare l'articolo 37 co.9 e 12 del codice degli appalti consente espressamente che l'operatore prequalificatosi modifichi il proprio profilo soggettivo in vista della gara, sempre che detta modifica intervenga prima della presentazione delle offerte e sempre che la stessa non risulti preordinata a sopperire ad una carenza di requisiti intervenuta *medio tempore* o esistente *ab origine* (Cons. Stato, IV n.4327/2010 e n.4327/2010). In specie l'art. 37 co.9 denuncia la volontà del legislatore di individuare nella presentazione dell'offerta, il momento a partire dal quale sorge il divieto di modificazione soggettiva della composizione dei partecipanti alla gara, l'art. 37 co.12 consente la possibilità di mutare forma giuridica tra prequalifica e gara là dove consente che il concorrente prequalificatosi nella veste di operatore singolo, possa poi partecipare in forma associata e dunque in una forma giuridica diversa da quella originaria.

L'articolo 51 del codice dei contratti ha rafforzato l'autonomia organizzativa dei concorrenti per la partecipazione alle gare sancendo la configurabilità di fenomeni di successione nella titolarità della posizione del concorrente, offerente o aggiudicatario a fronte di specifiche vicende soggettive.

Identiche, se non più pregnanti indicazioni, si rinvencono nella normativa comunitaria (art. 4 co.2 Dir. CE 18/2004) che prevede espressamente che: *“Ai fini della presentazione di una offerta o di una domanda di partecipazione le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere che i raggruppamenti di operatori economici abbiano una forma giuridica specifica”*.

Deve anche sottolinearsi che vi è una contiguità sostanziale tra la figura del rti e del consorzio ordinario derivante dalla lettera dell'art. 34 co. 1 lett. e) del codice degli appalti, per il quale ai consorzi ordinari si applicano le disposizioni dell'art. 37 che ha disciplinato in maniera congiunta i due istituti, per cui la possibilità di modifica della forma associativa prevista espressamente dalla *lex specialis* di gara, non poteva non estendersi anche ai consorzi ordinari. I due istituti infatti condividono la stessa *ratio* diretta a cumulare i requisiti di qualificazione dei diversi operatori raggruppati o consorziati in vista della partecipazione ad una specifica gara consentendo il cumulo dei requisiti di qualificazione mentre il differente tipo di rapporto che lega gli operatori raggruppati e consorziati non è idoneo a fondare una diversa disciplina di gara e a differenziare il trattamento da destinare all'una o all'altra figura.

Si aggiunga poi che nel caso di specie la modifica della forma giuridica non era preordinata a sopperire a carenze dei requisiti generali o speciali in capo alle imprese prequalificatesi poi confluite nel consorzio in quanto l'aggiunta nella compagine della società Siti rispetto alle imprese originariamente invitate aveva la finalità di acquisire l'apporto di ulteriori requisiti comunque già posseduti *ab initio* dalle imprese prequalificatesi risolvendosi in una maggiore garanzia per la stazione appaltante.

Appare quindi non condivisibile la tesi prospettata dall'appellante intesa a restringere il mutamento della forma giuridica di partecipazione ai soli rti e anzi la *lex specialis*, ove interpretata nel senso auspicato dall'appellante principale, risulterebbe illegittima ponendo inutili limiti alle capacità concorrenziali e imprenditoriali in specie limitando la facoltà delle imprese di scegliere e utilizzare gli strumenti aggregativi più idonei.

4. Nel punto sub B) dell'appello viene reiterato il quarto motivo del ricorso principale in primo grado con il quale si era sostenuto che l'aggiudicatario consorzio avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per mancato possesso

dei requisiti tecnici finanziari di partecipazione attesa la sua natura di consorzio stabile e non di consorzio ordinario e perché esecutore diretto del servizio.

Secondo l'appellante erroneamente il Tar avrebbe qualificato il consorzio Cosisan come consorzio ordinario ritenendo applicabili le disposizioni di cui all'art.37 codice appalti e dunque le norme valide per le associazioni temporanee di imprese valorizzando quale dato decisivo il fatto che lo statuto del consorzio prevede la responsabilità solidale dei consorziati nei confronti della stazione appaltante. Quanto al regime di responsabilità esterna che il Tar ha ritenuto decisivo ai fini della qualificazione giuridica ordinaria del consorzio Cosisan rileva la appellante che la previsione statutaria di responsabilità solidale dei consorziati è propria anche del consorzio stabile essendo stata già affermata nell'art. 36 co.2 del codice e specificata dall'art. 94, co.1 del regolamento di attuazione posto dal DPR 207/2010.

La appellante principale sottolinea che ai fini della individuazione di un consorzio stabile occorre effettuare una indagine sostanzialistica mirata alla individuazione dell'intento di istituire una organizzazione comune prolungata nel tempo e non occasionale e limitata alla esecuzione di una singola commessa.

Poiché il consorzio Cosisan aveva dichiarato di svolgere direttamente le più significative prestazioni della commessa, proprio tale svolgimento diretto di prestazioni avrebbe innalzato il grado di autonomia del consorzio a centro di imputazione di interessi come vero e proprio consorzio-impresa (consorzio stabile), come tale, tenuto a dimostrare il possesso dei requisiti tecnico finanziari in proprio senza possibilità di fare ricorso a tale fine ai requisiti delle imprese consorziate.

5. Ritiene la Sezione tuttavia che nessuno degli elementi indicati dall'appellante principale e rinvenibili nel consorzio Cosisan sia

incompatibile con la natura di consorzio ordinario. Ed infatti al riconoscimento di tale forma giuridica non osta, né la circostanza che il Cosisan sia stato costituito con durata sino al 31.12.2020, né la circostanza che sia iscritto nel Registro delle Imprese di Roma, né che abbia dichiarato di svolgere direttamente, attraverso il proprio apparato organizzativo costituito da personale distaccato delle imprese consorziate in quota proporzionale alle quote di partecipazione al Consorzio stesso, alcune delle attività oggetto del servizio appaltato, né che sia abilitato, attraverso l'ufficio di cui all'art.2612 del cod. civ., ad interloquire con la stazione appaltante.

Di contro, depone nel senso della natura ordinaria del consorzio Cosisan la circostanza che esso nasca non per concorrere ad ogni tipo di appalti indetti da qualunque stazione ma, esclusivamente, per concorrere agli appalti indetti dalla regione Lazio o ad enti ad essa riconducibili, aventi ad oggetto le sole attività inerenti al controllo della spesa farmaceutica e specialistica.

Siffatta limitazione qualitativa e soggettiva si pone in contrasto con la finalità del consorzio stabile e la avvicina a quella del consorzio ordinario di concorrenti, soggetto costituito al fine di consentire la partecipazione congiunta delle imprese consorziate ad una serie limitata di appalti.

Si aggiunga poi che il consorzio è statutariamente dotato non di un'impresa, ma da un'organizzazione comune dei mezzi necessari per soddisfare ai requisiti di carattere organizzativo, strutturale ed operativo richiesti dalle caratteristiche delle opere o dei servizi affidati dagli enti pubblici committenti e che lo stesso provvede, per conto e nell'interesse dei consorziati e non anche per conto e nell'interesse proprio, alla partecipazione ed esecuzione dei bandi di gara indetti ed aggiudicati dalla regione Lazio e dagli enti ad essa strumentali nel settore specifico sanitario. Sul regime di regime di responsabilità dei consorzi stabili, l'art. 36 co.2 del codice appalti prevede che la solidarietà riguarda il consorzio e le singole

imprese consorziate, eventualmente dallo stesso consorzio designate come esecutrici, ferma restando la facoltà dello stesso consorzio stabile di eseguire in proprio tutte le prestazioni di appalto senza alcun coinvolgimento né correlata responsabilità da parte di alcun consorziato (art. 94 co.1 DPR 207/2010).

Nel caso del consorzio Cosisan invece è statutariamente prevista la sola responsabilità solidale dei consorziati per l'esecuzione dei lavori o dei servizi assunti dalla committenza pubblica (art.4). Se si fosse trattato di un consorzio stabile, una responsabilità solidale avrebbe potuto interessare solamente il consorzio stesso e le ditte esecutrici del servizio appaltato con le quali il consorzio stabile, a mente dell'art.36 c.5 del codice appalti, avesse dichiarato di concorrere. Tanto invece non accade con riferimento al consorzio Cosisan in cui, nei confronti della committenza pubblica, lo statuto prevede, in ogni caso, la partecipazione di tutti i consorziati ai servizi aggiudicati e prevede, in misura proporzionale alle quote di partecipazione al consorzio, la responsabilità solidale di tutti i consorziati, non compatibile con lo schema del consorzio stabile.

Anche tale motivo di appello deve quindi essere respinto e confermate le argomentazioni del Tar.

6.Al punto sub C) l'appellante principale insiste sulla fondatezza del quinto motivo del ricorso in primo grado, di invalidità della dichiarazione di ripartizione attività allegata alla offerta economica del consorzio in quanto questa non avrebbe consentito di determinare l'effettiva misura dell'attività svolta dalle singole consorziate.

Il Tar nel respingere il motivo ha ritenuto che il consorzio avesse esplicitato tale misura nella dichiarazione relativa alla ripartizione del servizio atteso che ciascuna attività sarebbe stata svolta *"dai soci in quota proporzionale alle quote di partecipazione al consorzio medesimo"*, quote deducibili con immediatezza dall'atto costitutivo del consorzio presentato in sede di

offerta.

La appellante principale osserva che il Tar si sarebbe limitato a prendere in considerazione una sola delle dichiarazioni e in specie quella relativa alla attività di controllo. Se infatti in tale dichiarazione si potrebbe dedurre che le attività di controllo sarebbero state svolte dai soci in misura corrispondente alla partecipazione al consorzio, la stessa deduzione non poteva valere per le prime due dichiarazioni non risultando chiaro se la forza lavoro utilizzata per *“acquisizione ottica delle immagini e logistica delle ricette”* e *“integrazione manuale dei dati”* provenisse esclusivamente dal personale delle consorziate o se vi avesse concorso anche personale alle dirette dipendenze del consorzio.

In sostanza la dichiarazione non consentiva di risalire alle quote percentuali di esecuzione delle prestazioni da parte dei singoli consorziati e del consorzio stesso con conseguente insanabile genericità e invalidità della offerta in violazione dell'art. 37 co.4 e 13 del codice appalti.

7. Anche tale censura non merita accoglimento.

La dichiarazione in esame, come prima evidenziato, aveva precisato in relazione a ciascuna attività che le prestazioni sarebbero state svolte *“dai soci in quota proporzionale alle quote di partecipazione al consorzio medesimo”*. Poiché tali quote erano state rese note in sede di partecipazione la dichiarazione doveva considerarsi completa anche in relazione alle prime due dichiarazioni in cui si attestava che le relative prestazioni sarebbero state svolte attraverso *“organico composto da personale distaccato dei soci in quota proporzionale alle quote di partecipazione al consorzio”*.

In sostanza, diversamente da quanto affermato nell'appello, era certamente agevole individuare quali soggetti e con quali mezzi sarebbero stati realizzati i servizi affidati e su chi avrebbero gravato gli obblighi contrattuali.

8. Nel punto sub D) l'appellante reitera il secondo motivo di ricorso

principale respinto dal Tar, di violazione delle modalità di aggiudicazione di cui al par. 6 della lettera di invito: errore di calcolo dei punteggi relativi alla offerta tecnica per indebita approssimazione al centesimo delle medie aritmetiche provvisorie; con riferimento a tale censura in via subordinata l'appellante deduce la illegittimità *in parte qua* delle lettera di invito.

Nel punto sub E) dell'appello viene poi riprodotto il primo motivo di ricorso principale non esaminato dal Tar, di violazione delle modalità di aggiudicazione di cui al par. 6 della lettera di invito riferito al criterio 1.H riguardante *“Tempistica e modalità indicata per l’assunzione dei lavoratori impiegati presso il gestore del precedente servizio”*. Per tale criterio il consorzio Cosisan aveva ricevuto il massimo del punteggio mentre un punteggio inferiore era stato attribuito al rti S2i Italia.

Il Tar ha rilevato preliminarmente (parte IV, pag. 43) che solo l'accoglimento di entrambe le censure avrebbe consentito al rti S2i Italia di superare la c.d. *“prova di resistenza”* sottolineando che quandanche si fosse accordato alla ricorrente il punteggio massimo da essa reclamato con la prima censura, il rti sarebbe risultato in ogni caso, separato da 0,68 punti rispetto al consorzio che avrebbe conservato l'aggiudicazione dell'appalto.

9. Tale punto della sentenza non è stata impugnato *in parte qua* ed è passato in giudicato dovendosi ritenere quindi incontestabile il calcolo effettuato dal primo giudice della *“prova di resistenza”* con l'effetto che la seconda censura dedotta dalla appellante in primo grado (riportata nell'appello al punto sub D) potrebbe essere esaminata solo nella ipotesi in cui fosse ritenuta fondata la prima censura (riportata in appello al punto sub E) in quanto solo dall'accoglimento di entrambe le censure la appellante potrebbe risultare aggiudicataria.

10. La Sezione ritiene di vagliare per prima tale ultima censura.

Con tale censura il rti ha inteso dimostrare che l'offerta dalla stessa presentata avrebbe meritato il massimo punteggio con riguardo al criterio

1.H trattandosi di un criterio suscettibile di una assegnazione di punteggi in via automatica e vincolata.

Si trattava di attribuire un punteggio fino ad un massimo di punti 4 all'operatore economico che, come prima visto, avesse proposto la migliore offerta in relazione a *“Tempistica e modalità indicata per l'assunzione dei lavoratori impiegati presso il gestore del precedente servizio”*.

La censura non merita accoglimento.

Ritiene la Sezione che non è condivisibile il presupposto da cui muove la censura per cui tale punteggio avrebbe dovuto conseguire in modo automatico e vincolato a prescindere da alcuna valutazione tecnico-discrezionale dell'offerta da parte della commissione di gara. Ciò in quanto le modalità di assunzione dei lavoratori impiegati presso il precedente gestore differivano in maniera significativa in relazione alla tipologie di contratto di lavoro utilizzati da parte del nuovo aggiudicatario, ai vari livelli retributivi garantiti ai lavoratori, alle concrete modalità di impiego di tali lavoratori *full time* o *part tim*, e ecc.

Sulle differenze delle varie modalità di assunzione basti rilevare che il consorzio Cosisan nella offerta tecnica (pag. 140) aveva previsto per sessanta persone già dipendenti del consorzio gli stessi tipi di rapporti contrattuali di lavoro già in essere, per altre 13 persone, l'assunzione alle stesse condizioni vigenti alla data in cui le stesse sarebbero state rese disponibili da parte del loro attuale datore di lavoro.

D'altro, il rti S2i Italia aveva previsto nella relazione tecnica (pag.98) per tutti i lavoratori *“l'importo minimo contrattuale come previsto per legge”*, depauperato dunque di alcuni elementi significativi come gli scatti di anzianità o altro.

Quel che si vuole sottolineare è che le modalità di assunzione differivano notevolmente e giustificavano da parte della commissione, contrariamente all'assunto della appellante, l'esercizio dei poteri valutativi in relazione alla

diversa modulazione e articolazione delle varie modalità di assunzione, insindacabili da parte del giudice amministrativo tanto più in relazione al limitato differenziale di punteggio attribuito alle due offerte (4 punti a Cosisan e 3,32 punti a S2iItalia).

In ogni caso alcuni elementi sicuramente deponevano per un maggiore pregio della offerta Cosisan, quanto meno per l'aspetto retributivo offerto ai lavoratori, non legato al minimo contrattuale, alla specificazione che si sarebbe trattato di assunzioni *full time*, alla localizzazione dei lavoratori nell'ambito regionale a differenza dei lavoratori S2i Italia adibiti anche a lavorazioni di ricette di altre regioni e quindi potenzialmente soggetti a trasferimento.

Respinta quindi tale censura, deve ritenersi che la appellante principale non abbia interesse all'esame dell'altra (di cui al punto sub D), il cui accoglimento, per i motivi già evidenziati connessi alla "*prova di resistenza*", non le gioverebbe rimanendo comunque aggiudicataria la appellata Cosisan.

11. In conclusione l'appello principale del rti S2i Italia deve essere respinto con conferma della aggiudicazione al consorzio Cosisan, l'appello incidentale del consorzio Cosisan può essere dichiarato improcedibile per carenza di interesse.

12. Spese ed onorari in relazione alla peculiarità di alcune delle questioni trattate possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello principale proposto dal rti facente capo a S2i Italia, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dichiara improcedibile l'appello incidentale presentato dal consorzio Cosisan.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2013

con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/03/2013

IL SEGRETARIO

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