

N. 03285/2015REG.PROV.COLL.

N. 01000/2015 REG.RIC.

N. 01005/2015 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 1000 del 2015, proposto da:

Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale A. Cardarelli in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Ernesto Sticchi Damiani, Antonio Nardone e Giuseppe Ceceri, con domicilio eletto presso Sticchi Damiani Studio Bdl in Roma, Via Bocca di Leone, n.78;

contro

Florida 2000 s.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Gianluigi Pellegrino e Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, n.11;

nei confronti di

Romeo Gestioni s.p.a.;

sul ricorso numero di registro generale 1005 del 2015, proposto da:

Romeo Gestioni s.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Raffaele Ferola, Renato Ferola e Bianca Luisa Napolitano, con domicilio eletto presso Raffaele Ferola in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n.18;

contro

Florida 2000 s.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Lorenzo Lentini e Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, n.11;

nei confronti di

Aorn - Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale - A. Cardarelli;

e con l'intervento di

ex art.109 co.2 c.p.a.:

Gruppo S.A.M.I.R. Global Service in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv.

Stefano Vinti, con domicilio eletto presso Stefano Vinti in Roma, Via Emilia n. 88;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Campania - Napoli Sezione V n. 00371/2015,

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Florida 2000 Srl e di Florida 2000 Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2015 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Saverio Sticchi Damiani su delega di Ernesto Sticchi Damiani, Antonio Nardone, Gianluigi Pellegrino e Lorenzo Lentini Raffaele Ferola, Lorenzo Lentini, Gianluigi Pellegrino e Stefano Vinti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. - Con il ricorso al Tar Campania, sede di Napoli, la società Florida Gestione 2000, premesso di avere partecipato alla gara indetta dalla Azienda Ospedaliera "A. Cardarelli" per l'affidamento quinquennale con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa del servizio di pulizia delle aree esterne nonché delle aree a basso, medio, alto e altissimo rischio dell'Azienda Ospedaliera, classificandosi al secondo posto dopo la concorrente ati facente capo alla società Romeo, collocata al primo posto, impugnava i provvedimenti di aggiudicazione alla sopradetta ati censurandoli sotto vari profili.

Resisteva al gravame la controinteressata aggiudicataria, società Romeo, assumendo in rito la inammissibilità del ricorso e contestando la sua fondatezza nel merito.

Con atto notificato il 10.09.2014 la ricorrente società Florida prospettava motivi aggiunti ai quali replicava la controinteressata.

Con la sentenza appellata il Tar preliminarmente rilevava che con il ricorso risultavano formalmente impugnati, oltre al provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara alla società Romeo, anche i provvedimenti indittivi della medesima gara e che, dei quattro motivi dedotti, soltanto il quarto motivo poteva ritenersi avere una propria autonomia rispetto ad un precedente ricorso presentato dalla stessa soc. Florida. Le censure formulate con gli altri tre motivi riproducevano gli stessi profili di doglianza espressi in sede di un precedente ricorso proposto dalla stessa parte avverso il bando della gara e deciso dalla medesima Sezione del Tar con sentenza di inammissibilità n. 2455/2014 in relazione alla quale pendeva appello in Consiglio di Stato. Siccome i predetti tre motivi erano al vaglio del giudice di appello, il Tar esaminava solo il quarto motivo di ricorso ritenendo che con esso veniva espressa, oltre ad una paventata criticità del bando, anche una specifica doglianza riferita al provvedimento di aggiudicazione formulata come violazione di legge per avere l'Azienda proceduto ad accorpate al servizio di pulizia un servizio di trasporti di rifiuti, gestione e smaltimento degli stessi per i quali per legge sono richieste specifiche autorizzazioni non indicate dal bando.

Il Tar riteneva che la censura prefigurava uno specifico vizio della gravata aggiudicazione (contrariamente ai precedenti tre motivi, tutti concentrati su anomalie del bando) e che pertanto il quarto motivo di ricorso doveva ritenersi riferibile al provvedimento di aggiudicazione alla stregua sia del principio secondo cui il bando va interpretato in conformità della legge, sia della considerazione secondo cui il silenzio del bando di gara sulla applicabilità nella specie del d. lvo 152/2906, andava inteso come implicito riconoscimento della sua effettiva automatica vigenza e applicabilità.

Il Tar riteneva che era fondata la censura con cui la ricorrente lamentava che nella normativa di gara (cfr. il capitolato prestazionale punto 2.6 pag. 18 "Rifiuti solidi urbani e assimilati-Rifiuti speciali") erano ricomprese come prestazioni dovute dall'aggiudicataria tra l'altro:

- la raccolta dei rifiuti solidi urbani e assimilabili da effettuare secondo i criteri della raccolta differenziata imposta dal Comune;

- la chiusura ed il trasporto al punto di raccordo intermedio;

- la chiusura ed il trasporto giornaliero, al punto di raccolta, del contenitore dei rifiuti speciali e la sostituzione degli stessi (contenitori dei rifiuti speciali e i carrelli per il trasporto in sicurezza degli stessi sono a carico della impresa appaltatrice del servizio rifiuti speciali).

Poiché la gara ineriva anche ai rifiuti speciali, discendeva che la società Romeo, per poter partecipare alla gara de qua, doveva essere munita dell'autorizzazione necessaria prescritta dalla citata normativa speciale in materia di rifiuti speciali. Risultava invece che la società Romeo era priva di formale autorizzazione per lo svolgimento di servizi aventi ad oggetto rifiuti speciali, con la conseguenza che doveva essere esclusa dalla gara in questione.

Inoltre, secondo il Tar, dall'esame degli atti di causa emergevano ulteriori anomalie vizianti.

In particolare, con riferimento all'avvalimento censurato dalla ricorrente con il primo dei motivi aggiunti per violazione dell'art. 49 del d. lvo 163/2006 e dell'art. 88 del dPR n. 207/2010, andava osservato che il contratto di avvalimento non risultava conforme allo schema normativo, atteso che non risultava soddisfatta l'esigenza di determinatezza dell'impegno assunto. Infatti le parti, sub art. 4 del contratto, avevano rinviato ad un successivo provvedimento la disciplina dei rapporti anche economici che tra le stesse avrebbero instaurato, adombrando con ciò una sorta di contratto per relationem che lasciava in una area non sufficientemente concreta e determinata l'oggetto del contratto. Ne conseguiva che il contratto doveva ritenersi inficiato da nullità.

In conclusione il Tar in parte dichiarava inammissibile il ricorso, in parte lo accoglieva, assorbendo altri motivi. Dichiarava altresì la inefficacia del contratto intervenuto e il subentro della soc. Florida nella gestione della gara e nel contratto stipulato condannando la soc. Romeo al pagamento delle spese del giudizio.

2. - Sono stati presentati due atti di appello avverso la medesima sentenza da parte dell'Azienda Ospedaliera Cardarelli e da parte della ati Romeo Gestioni.

Entrambe premettono che i motivi prospettati dalla società Florida erano identici a quelli avanzati con ricorso n.49/2014 r.g. respinto dal Tar Campania con sentenza n.2455/2014, su cui pende appello al Consiglio di Stato r.g. n.4410/2014.

In ordine alla sentenza appellata gli appellanti evidenziano in sintesi:

- in violazione dell'art. 112 cpc, riguardo alla necessità della autorizzazione per lo svolgimento di servizi aventi ad oggetto rifiuti speciali la sentenza appellata cade in evidente ultra petizione e travisamento, in quanto la censura non era stata formulata dalla ricorrente società Florida 2000 che non si era lamentata del fatto che l'aggiudicataria era priva dell'ipotetico requisito dell'iscrizione all'albo dei gestori ambientali, bensì dell'impedimento dei concorrenti alla legittima formulazione della offerta;

-la censura, nei termini suddetti, era già stata formulata nel primo ricorso n.49/2014 deciso con sentenza del medesimo Tar di inammissibilità n.2455/2014 in violazione del principio del ne bis in idem.

-il bando di gara ed in specie il paragrafo 2.6 del capitolato ed il successivo chiarimento era estraneo alle prestazioni relative alla raccolta e smaltimento dei rifiuti speciali di cui all'art. 183 del d.lgs. 152/2006 inerendo ad un servizio di pulizia in cui, al più, era prevista una attività di movimentazione interna dei rifiuti non soggetta ad autorizzazione o iscrizione all'albo dei gestori ambientali perché finalizzata ad un deposito temporaneo;

-anche la ricorrente in primo grado non era in possesso della iscrizione all'albo dei gestori ambientali di cui all'art.8 co.1 lett. d) ed e) del DM 406/1998;

-il primo giudice non avrebbe potuto pervenire alla esclusione della aggiudicataria dalla gara in quanto priva di un requisito che non era prescritto dalla legge di gara, né il bando era in alcun modo eterointegrabile mancando i presupposti individuati dalla giurisprudenza ai fini di una etero integrazione avendo lo stesso bando indicato esaustivamente i requisiti di ordine speciale di partecipazione alla gara con conseguente necessità di assicurare alle imprese partecipanti il rispetto dei principi di affidamento e certezza del diritto;

-quanto alla altra censura accolta, per la mancanza in capo alla Romeo del requisito di capacità economico-finanziaria, non sarebbe stata necessaria la specifica indicazione di mezzi e risorse da parte della Samir, bastando la indicazione di un fatturato per servizi di pulizia da parte di quest'ultima società;

-peraltro il contratto di avvalimento e le dichiarazioni rese dalla ausiliaria ex art. 49 codice appalti contenevano anche la indicazione dei requisiti prestati mediante la messa a disposizione di attrezzature meccaniche manuali per le pulizie in numero di 120 e macchine per la pulizia ad alta resa in numero di 15;

-quanto al personale, la sua indicazione non era necessaria atteso che l'aggiudicataria della gara assumeva l'obbligo di impiegare gli addetti del gestore uscente in base alla clausola sociale di cui all'art. 4 del CCNL di categoria;

-l'art. 4 del contratto rinviava ad un successivo atto la disciplina dei requisiti anche economici tra le parti nella ipotesi di aggiudicazione della gara alla soc. Romeo Gestioni, sicché tale clausola non incideva sulla determinatezza del contratto ex art. 1346 cc;

-erano indicate in maniera specifica le risorse e le attrezzature in concreto prestate attraverso la denominazione commerciale di ciascuna, l'indicazione del numero, la declinazione dettagliata della tipologia;

- in violazione dell'art. 121 e 122 c.p.a. il Tar non ha considerato che il contratto era in corso di esecuzione e che comportava una rilevante riduzione della spesa pubblica rispetto alla precedente gestione della Florida 2000 e rispetto alla offerta dalla stessa presentata.

3. – Si è costituita nei due atti di appello la soc. Florida 2000, deducendo che:

- il bando, per assicurarsi la partecipazione di imprese specializzate nel settore della pulizia ospedaliera, richiedeva che ciò risultasse dal certificato camerale;

- a contrario, la società Romeo Gestioni era impresa operante in settore diverso dal servizio di pulizia ospedaliera e non era in possesso della relativa iscrizione;

-tale motivo era stato formulato in primo grado (II° motivo aggiunto) anche se assorbito dal Tar;

-la società Romeo non possedeva il fatturato specifico richiesto dal bando nella misura di 18 milioni di euro;

-il contratto di avvalimento era inidoneo per i motivi indicati dal Tar;

- nemmeno la impresa ausiliaria possedeva il requisito del fatturato specifico in quanto la norma di gara individuava negli anni 2010-2011-2012 il triennio antecedente in cui il fatturato specifico doveva essere maturato mentre la ausiliaria si è avvalsa per la indicazione del fatturato specifico di quello realizzato nei primi mesi del 2013;

- per pacifico insegnamento giurisprudenziale il triennio antecedente il bando è costituito da tre esercizi finanziari precedenti all'anno solare in cui il bando è pubblicato.

A sua volta la Azienda Sanitaria Cardarelli ha controdedotto rilevando che:

- nell'oggetto sociale della società Romeo e nel certificato camerale è annoverata la attività di pulizia presso qualsiasi edificio e quindi anche presso strutture ospedaliere;

-la classificazione delle attività economiche ATECO non prevede una specifica tipologia relativa alla pulizia nell'ambito delle strutture sanitarie comprendendo di contro la pulizia generale degli edifici;

-non corrisponderebbe a verità che la attività di pulizia sia indicata nella visura camerale della Romeo come attività secondaria;

-quanto al fatturato specifico del gruppo Samir, il disciplinare di gara al paragrafo 3 lett. e) non specificava l'ambito temporale del triennio considerato di guisa che correttamente la aggiudicataria, all'atto di partecipazione alla gara, ha indicato un fatturato realizzato nei servizi di pulizia in cui il triennio considerato era il più prossimo alla data di pubblicazione del bando avvenuta il 22.11.2013 in GUUE;

- le censure formulate dalla Florida relative alla inattendibilità della offerta dell'aggiudicataria, da escludere in quanto collocata al di sotto dei prezzi di riferimento AVCP (per monte ore lavorate ridotto rispetto a quello praticato dal personale impiegato attualmente, con un numero di operai inattendibile, rapportato al numero di ore), sarebbero inammissibili per genericità perché andrebbero ad impingere nel merito del giudizio di anomalia senza dimostrare in concreto gli errori commessi dalla stazione appaltante nella valutazione della congruità dell'offerta dell'aggiudicataria.

Considerazioni analoghe sono state effettuate dalla soc. Romeo Gestioni che ha insistito per l'accoglimento dell'appello e la riforma della sentenza del Tar.

Si è costituita in giudizio la soc. Samir con atto di opposizione di terzo ex art. 109 co.2 c.p.a. lamentando che il ricorso della Florida non le era stato mai notificato nonostante veniva contestato un contratto di avvalimento intercorso anche con la stessa società con ricadute economiche e di immagine sulla stessa società avendo la Samir un cospicuo fatturato per servizi di pulizia in ambito sanitario.

La società Samir chiede pertanto la annullamento della sentenza del Tar e, sia pure in via gradata, la sua rimessione al primo giudice.

In ogni caso sostiene che il contratto di avvalimento non aveva affatto contenuto generico giacché il criterio di sufficienza non poteva essere determinato in astratto ma in concreto in relazione alla specificità dell'appalto come anche la giurisprudenza ha rilevato (Cons. Stato, III, n.584/2014).

Sono stati depositati ulteriori memorie difensive.

Alla camera di consiglio dell'11 giugno 2015 fissata per il definitivo esame della istanza di sospensione della sentenza appellata, dopo l'ampia discussione, le parti sono state avvisate per una possibile sentenza in forma semplificata.

4. - Il primo motivo di appello dedotto da entrambe le appellanti, Azienda Ospedaliera e soc. Romeo Gestioni, è fondato.

Il primo giudice ha, infatti, ritenuto che la Romeo Gestioni fosse carente della autorizzazione allo svolgimento di servizi aventi ad oggetto rifiuti speciali e quindi di idoneità professionale e di capacità tecnica adeguati al servizio da effettuare con conseguente necessità di sua esclusione dalla gara.

Al riguardo occorre osservare che esula dalle attività assoggettate alle autorizzazioni e alle iscrizioni previste dall'art. 183 del d.lgs. 152/2006 l'attività di deposito temporaneo all'interno dello stabilimento del produttore iniziale (allegato B della parte quarta del d.lgs. 152/2006 che esclude dalle operazioni di smaltimento "il deposito temporaneo, prima della raccolta nel luogo in cui sono prodotti i rifiuti").

Pertanto, correttamente la stazione appaltante non aveva indicato negli atti di gara la necessità in capo alle partecipanti delle autorizzazioni previste dal d.lvo n.152/2006 ai fini della preventiva effettuazione di operazione di gestione dei rifiuti, trattandosi di attività da espletare all'interno delle strutture del produttore iniziale.

Né il bando in tale fattispecie poteva considerarsi etero integrabile, tenuto conto dei principi fondamentali di certezza del diritto, lealtà, buona fede e tutela dell'affidamento, che impediscono di disporre in via giurisdizionale la esclusione di un concorrente da una gara pubblica per requisiti non prescritti dal bando di gara.

5. - Quanto all'altra censura accolta dal Tar, relativa al requisito di cui al punto 3 lett. c) del disciplinare, per la pretesa mancanza in capo alla ati Romeo di un requisito di capacità economico-finanziaria e tecnica e per la necessità di un avvalimento con la specifica indicazione di mezzi e risorse da parte della Samir, società ausiliaria, ritiene la Sezione che, contrariamente a quanto statuito dal primo giudice, il contratto stipulato non poteva considerarsi generico e che la fattispecie in esame sia estranea ai casi già decisi dalla giurisprudenza e riportati con grande enfasi dalla appellata.

Infatti, il contratto di avvalimento, stipulato dalla Samir, risulta conforme allo schema normativo posto dall'art. 49 del Codice dei contratti, così come interpretato anche di recente dalla giurisprudenza amministrativa, recando un oggetto ed un contenuto predeterminati e per nulla generico, con indicazione del requisito, dei mezzi, delle risorse prestate, della durata e degli elementi necessari ai fini degli obblighi di esecuzione dell'appalto (messa a disposizione di attrezzature meccaniche manuali per le pulizie in numero di 120 e macchine per la pulizia ad alta resa in numero di 15).

Quanto al personale, la sua indicazione non era necessaria, atteso che l'aggiudicataria della gara assumeva l'obbligo di impiegare gli addetti del gestore uscente in base alla c.d. clausola sociale di cui all'art. 4 del CCNL di categoria; e d'altro canto la Romeo aveva indicato delle figure sopraordinate.

Da qui la evidente erroneità in fatto dell'assunto contenuto nella sentenza gravata secondo cui il contratto di avvalimento non era determinato e l'impegno assunto generico. Né può considerarsi condivisibile la tesi della soc. Florida, secondo cui non sarebbero state indicate le targhe, le matricole o le specifiche tecniche, trattandosi di attrezzature ragionevolmente prive di targa e al più di aspetti di rilievo nella fase esecutiva del contratto, che non possono incidere sulla determinatezza del contratto di avvalimento.

Occorre anche osservare che il rinvio ad un successivo atto, ai fini della disciplina degli aspetti economici tra le parti nella ipotesi di aggiudicazione della gara alla Romeo Gestioni, non poteva avere rilievo nella determinatezza del

contratto alla stregua dell'art. 1346 cod. civ., tanto più che trattavasi di rapporti infragruppo, atteso che l'ausiliaria era consorziata al Consorzio Stabile Romeo Facility Services.

Pertanto sotto i sopradetti due specifici profili di appello la sentenza del Tar deve essere riformata.

6. - Venendo poi ai motivi assorbiti dal Tar e riprodotti dalla società Florida, il primo riguarda la mancata iscrizione camerale della Romeo ai servizi di pulizia ospedaliera.

Anche tale motivo non merita accoglimento.

Al riguardo è sufficiente rilevare che la attività di pulizia annoverata nell'oggetto sociale della società aggiudicataria comprende le pulizie presso qualsiasi edificio.

Né la attività di pulizia della Romeo nella visura camerale è indicata come attività secondaria (cfr. pag. 9 e poi 4 e 19 della visura camerale), in quanto in tale visura si evidenzia che la attività di pulizia è prevalente, accanto alla attività relativa ai servizi di software.

Inoltre la identificazione dell'attività prevalente non può essere basata sui codici ATECO sia perché il disciplinare non menzionava il sistema di codifica ATECO, sia perché tale sistema ha funzione statistica in quanto finalizzato ad indicare l'attività nella domanda di iscrizione nel registro delle imprese senza alcun rilievo sulla connotazione come attività prevalente o accessoria.

7. - Circa l'altra censura relativa alla mancanza del fatturato specifico, che, secondo la appellata, non sarebbe stato posseduto nemmeno dalla ausiliaria, il collegio osserva che il disciplinare di gara, al paragrafo 3 lett. e), richiedeva, tra i requisiti di partecipazione, un fatturato specifico di impresa inerente i servizi di pulizia presso strutture sanitarie pubbliche e/o private svolti nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando non inferiore a 0,25 volte l'importo a base di gara; e quindi non veniva affatto specificato l'ambito temporale del triennio considerato.

L'aggiudicataria, dichiarando di avvalersi del Gruppo Samir, ha quindi correttamente indicato il periodo temporale più prossimo alla data di pubblicazione del bando di gara sulla GUUE (22.11.2013), ossia il triennio decorrente dal novembre 2010 all'ottobre 2013 (trentasei mesi).

L'appellata ha sostenuto che gli atti di gara individuerebbero negli anni 2010-2012 i tre esercizi precedenti il bando di gara cui il fatturato doveva riferirsi.

L'assunto non viene condiviso dal Collegio.

Ed infatti solo per la dimostrazione della capacità economico finanziaria di cui all'art. 41 del d.lgs. n.163/2006 il triennio da prendere in considerazione per verificare la sussistenza del requisito è quello solare decorrente dal 1° gennaio e ricomprende i tre anni solari antecedenti la data del bando, in quanto la norma fa riferimento alla nozione di esercizio inteso come anno solare, mentre per la capacità tecnica e professionale di cui all'art. 42 "il triennio di riferimento è quello effettivamente antecedente la data di pubblicazione del bando e, quindi, non coincide necessariamente con il triennio relativo al requisito di capacità economico finanziaria" (Cons. Stato, VI, 6.5.2014 n.2306).

Nè rileva la diversa indicazione del "facsimile", all. 2, il cui utilizzo non era previsto a pena di esclusione e che comunque non poteva costituire un elemento significativo ai fini della necessità del possesso del requisito e della ammissibilità della offerta.

Pertanto, la esclusione dalla gara, sostenuta dalla società Florida, ove accolta, non troverebbe fondamento in alcuna prescrizione della legge di gara ed essa finirebbe per violare il principio di tassatività e tipicità delle cause di esclusione dalla procedure di gara.

Anche tale motivo dedotto dalla società Florida in conclusione non merita accoglimento.

8. - Sostiene ancora la società Florida che l'offerta della aggiudicataria andava esclusa in quanto incongrua, perché collocata al di sotto dei prezzi di riferimento AVCP, con riduzione del monte ore lavorate rispetto a quello attualmente praticato dal personale impiegato nella gestione del servizio, avendo previsto un numero di operai addetti al servizio che risulterebbe inattendibile rapportando il numero di ore totali annue di manodopera-operai oggetto dell'offerta con il numero di ore annue teoriche lavorate o il numero annuo di ore effettive indicato dalle tabelle ministeriali sul costo del lavoro.

Tali censure impingono tuttavia nel merito del giudizio di anomalia che, come noto, avviene sul complesso dell'offerta della impresa partecipante e d'altro canto non riescono a dimostrare, con dati numerici significativi, quali sarebbero gli

errori commessi dalla stazione appaltante nella valutazione di congruità dell'offerta presentata dalla aggiudicataria, né quali presunte discrasie abbiano inciso in modo rilevante sull'importo complessivo dell'appalto.

A fronte della verifica della congruità della offerta effettuata dalla stazione appaltante la società appellata si limita ad avanzare dubbi ed incertezze senza tuttavia dimostrare le presunte incongruità né l'erroneità del giudizio espresso dall'organo tecnico di valutazione dell'anomalia con conseguente inammissibilità della censura per genericità.

In ogni caso, sul monte ore e sulle unità di personale da impiegare derivante dal precedente appalto, in ordine al quale la soc. Florida ha avanzato contestazioni affermando che il monte ore lavorativo previsto nella offerta della Romeo Gestioni sarebbe inferiore rispetto a quello dalla stessa praticato come precedente gestore del servizio e corrisponderebbe ad un numero di lavoratori inferiore rispetto a quello dichiarato, occorre osservare che un conto è il numero di lavoratori del precedente gestore da assumere in virtù della clausola sociale (CCNL art.4), un conto è il monte ore lavorativo che risulta dalla organizzazione delle risorse basata sulla logica imprenditoriale propria di ciascun appaltatore (cfr. Cons. Stato, V, 16.6.2009 n.3848).

E', infatti, facoltà dell'appaltatore subentrante armonizzare le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali tenuto conto delle condizioni professionali di utilizzo del personale impiegato, anche facendo ricorso a processi di mobilità da posto di lavoro a posto di lavoro nell'ambito della attività di impresa ovvero a strumenti quali il part-time, riduzione dell'orario di lavoro, flessibilità delle giornate lavorative, mobilità" (Cons. Stato, V, 16.6.2009 n.3848).

Pertanto, anche tale censura riproposta dalla soc. Florida non merita accoglimento.

9. - In conclusione i due appelli riuniti meritano accoglimento, la sentenza appellata deve essere riformata, il ricorso in primo grado della società Florida deve essere respinto, mentre la opposizione di terzo, presentata in via subordinata dal Gruppo Smir, deve essere dichiarata improcedibile per carenza di interesse.

10. - Spese ed onorari seguono la soccombenza nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),

definitivamente pronunciando, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie

i due appelli riuniti in epigrafe indicati, e, per l'effetto, respinge il ricorso di primo grado.

Dichiara improcedibile la opposizione di terzo.

Condanna la società Florida 2000 s.r.l. alle spese ed onorari dei due gradi di giudizio nella misura complessiva di euro 10.000,00 (diecimila/00), la metà pari a 5.000,00 a favore della Azienda Ospedaliera di rilievo nazionale "A.Cardarelli", la metà pari a 5.000,00 a favore della soc. Romeo Gestioni.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 02/07/2015

IL SEGRETARIO

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