

Publicato il 24/04/2023

N. 04144/2023REG.PROV.COLL.
N. 04312/2022 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4312 del 2022, proposto da:

Gsa – Gruppo Servizi Associati S.P.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Caruso, Luca Mazzeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luca Mazzeo in Roma, via Eustachio Manfredi 5;

contro

S.P.A. Autovie Venete, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Nicola Marcone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ministero delle Infrastrutture e della Mobilita' Sostenibili, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Miorelli Service S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/B;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per il Friuli Venezia Giulia n. 206 del 2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S.P.A. Autovie Venete e di Ministero delle Infrastrutture e della Mobilita' Sostenibili e di Miorelli Service S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2022 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto notificato in data 26 maggio 2022, depositato in pari data Gruppo Servizi Associati S.P.A (d'ora in poi G.S.A.) ha interposto appello avverso la sentenza in forma semplificata, resa all'esito dell'udienza camerale fissata per la trattazione dell'incidente cautelare, del Tribunale amministrativo regionale per il Friuli Venezia Giulia, n. 206 del 2022, con cui è stato rigettato il ricorso dalla stessa proposto avverso la Determina di aggiudicazione prot. 285/22 di data 1.2.2022, comunicata alla ricorrente con nota prot. 3665/22 dell'1.2.2022, anch'essa impugnata, con la quale la Autovie Venete S.p.A. (d'ora in poi Autovie) ha aggiudicato alla Miorelli Service S.p.A. (d'ora in poi Miorelli) la procedura aperta per l'affidamento triennale del "*Servizio di pulizie e fornitura di materiale igienico-sanitario a ridotto impatto ambientale*" (C.I.G.: 873027747D) ed avverso i relativi atti presupposti (i verbali di gara, allegati compresi, con particolare e non esclusivo riferimento a quelli recanti assegnazione dei punteggi alle offerte tecniche ed economiche, nonché occorrendo il provvedimento del 5.8.2021 che ha disposto le ammissioni alla

procedura; il verbale del R.U.P. del 23.12.2021, recante positiva verifica del costo della manodopera dell'offerta presentata dalla Miorelli; il non conosciuto Decreto del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibile n. 297 del 26.7.2021 di nomina della Commissione di gara).

2. Dagli atti di causa risulta quanto di seguito specificato.

2.1. Con bando di gara pubblicato sulla G.U.U.E. del 18 maggio 2021 la S.p.A. Autovie Venete, ha indetto una procedura aperta volta all'affidamento del “*Servizio di pulizie e fornitura di materiale igienico-sanitario a ridotto impatto ambientale*” avente ad oggetto il servizio di pulizia giornaliera e periodica di tutti i locali e i siti di pertinenza della stazione appaltante (uffici, servizi igienici, sale riunioni, cabine di esazione, parti comuni, ecc.) e fornitura di materiale igienico-sanitario. La durata dell'appalto era stabilita in 1095 giorni. L'importo a base della gara era di € 2.012.952.93, IVA esclusa, il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (70 punti massimi per la qualità e 30 per il prezzo). Il Disciplinare (art. 18.2) disponeva che l'attribuzione dei punti sulla qualità avesse luogo con il metodo del confronto a coppie, seguendosi quanto indicato nelle linee guida A.N.AC. n. 2 “*Offerta economicamente più vantaggiosa*” di attuazione del d.lgs. 50/2016.

Pervenivano 16 offerte, di cui 15 venivano ammesse alla procedura dall'apposito seggio di gara costituito da Autovie (verbali 1, 2, 3), mentre l'attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica e per quella economica era operata dalla Commissione Giudicatrice nominata dal Ministro delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili con D.M. 26 luglio 2021 n. 297 (con nomina quale Presidente della Commissione di un dirigente e dei due componenti fra i funzionari del medesimo Ministero), ai sensi dell'art. 11 della legge 23 dicembre 1992, n. 498, dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte

2.2. La Commissione giudicatrice concludeva i suoi lavori nella seduta pubblica del 19 novembre 2021 - con l'apertura delle offerte economiche -

all'esito della quale veniva stilata la graduatoria che vedeva al primo posto, con punti 91,883 la Miorelli, seguita con punti 88,734 dalla G.S.A..

Nessuna offerta risultava anomala.

Conseguentemente il RUP avviava in capo alla Miorelli, prima classificata, il sub-procedimento di verifica dei minimi salariali retributivi ai sensi dell'art. 95, comma 10 del d.lgs. 50/16, all'uopo chiedendole, con nota del 3 dicembre 2021, di inviare una relazione giustificativa sulla congruità del costo del personale dichiarato in sede di gara.

2.2.1. Con nota del 13 dicembre 2021 la Miorelli trasmetteva detta relazione giustificativa del costo della manodopera.

2.2.2. In data 23 dicembre 2021 (come da relativo verbale) il RUP procedeva ad istruttoria in ordine alle giustificazioni prodotte dalla Miorelli e dava atto che *“la copiosa articolazione del metodo e delle modalità di calcolo del costo della manodopera presentata dall'Operatore economico consente pertanto di ritenere valido l'intero impianto di predisposizione del costo complessivo della manodopera”*, accertando pertanto il rispetto dei minimi salariali.

2.2.3. A ciò faceva seguito la determina di aggiudicazione del 1° febbraio 2022 a favore della Miorelli per l'importo complessivo di Euro 1.571.097,93, IVA esclusa.

2.3. La società G.S.A., appaltatrice uscente in regime di proroga, in quanto seconda graduata, con il punteggio complessivo di 88,734, impugnava *in prime cure* il provvedimento di aggiudicazione relativo alla procedura *de qua* ed i relativi atti presupposti, innanzi indicati.

Sulla scorta delle censure svolte mirava, infatti, ad ottenere l'esclusione dell'aggiudicataria dalla procedura di gara (motivi n. 1 e n. 2) o, per lo meno, la sua retrocessione in graduatoria (motivo n. 3) ed in via subordinata, la riedizione in tutto o in parte della procedura stessa (motivi n. 4 e n. 5).

Infatti - con il primo motivo (*“Necessità di escludere l'aggiudicataria per inammissibile modifica dell'offerta in corso di gara. Illegittimità della verifica di congruità dei costi della manodopera. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei*

fatti. Violazione art. 95, comma 10, e 97, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016”), lamentava che l’aggiudicataria aveva giustificato solo il costo del lavoro per l’attività ordinaria, senza tener conto dei maggiori oneri di manodopera direttamente discendenti dalle numerose migliorie riportate nella propria relazione, costituente parte integrante dell’offerta.

In tesi attorea ciò avrebbe rilevato non solo e non tanto al fine di invalidare la verifica di congruità del costo della manodopera e ai fini dell’azzeramento del punteggio premiale assegnato in base a dichiarazione poi smentita, quanto e soprattutto e prima ancora ai fini della diretta esclusione della medesima, che, modificando e/o contraddicendo la propria proposta tecnica, aveva palesato la propria inattendibilità e inaffidabilità.

Con il secondo motivo (*“Sotto altro profilo: illegittimità della verifica di congruità dei costi della manodopera. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Violazione art. 95, comma 10 e 97 del d.lgs. n. 50/2016”*), lamentava che l’istituto del lavoro supplementare, cui l’aggiudicataria aveva fatto sistematico ricorso per la sostituzione del personale assente, poteva essere utilizzato solo in condizioni eccezionali e situazioni contingenti, per specifiche necessità produttive, e non come sistema di organizzazione normale del lavoro, tantomeno con un’elevata incidenza sul monte-ore offerto. Il lavoro supplementare - in ragione del suo carattere aleatorio - non poteva inoltre fungere da parametro oggettivo per giustificare lo scostamento dalle tabelle ministeriali.

Con il terzo motivo (*“Sull’erronea assegnazione dei punteggi alle offerte tecniche. Inidoneità dell’offerta. Eccesso di potere per illogicità manifesta, travisamento dei fatti e difetto di istruttoria”*) contestava la valutazione da parte della competente Commissione dei seguenti elementi oggetto di valutazione: T2.1- Capacità lavorativa, T2.3 - Piani di formazione e sviluppo del personale e T5.1 - Caratteristiche di macchine, strumenti e attrezzature”) contestava la valutazione da parte della competente Commissione, oltre che del punteggio premiale già oggetto del primo motivo di ricorso, dei seguenti elementi oggetto di valutazione: T2.1- Capacità

lavorativa, T2.3 - Piani di formazione e sviluppo del personale e T5.1 - Caratteristiche di macchine, strumenti e attrezzature.

Con il quarto motivo (“In via subordinata: *radicale illegittimità delle operazioni di esame e valutazione delle offerte tecniche. Violazione degli artt. 21 e 22 del disciplinare di gara. Violazione del principio del c.d. collegio perfetto e dei principi di segretezza, trasparenza e imparzialità, ai fini della riedizione e/o regressione della procedura*”) contestava le modalità con cui erano state poste in essere le operazioni di gara e finanche la valutazione e l’attribuzione dei punteggi (ovvero, asseritamente, non da parte della competente Commissione giudicatrice).

Con il quinto motivo (“*Ancora in via subordinata: violazione art. 77 del d.lgs. n. 50/2016 e art. 21 del disciplinare di gara ai fini della riedizione e/o regressione della procedura*”) contestava l’inidoneità dei componenti della Commissione giudicatrice a svolgere l’incarico loro conferito.

Chiedeva, inoltre, la condanna dell’Amministrazione intimata al risarcimento del danno asseritamente patito, in forma specifica, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato *medio tempore* con l’aggiudicataria, o, in subordine, per equivalente monetario.

2.4. La società Autovie, costituita, eccepiva, in via preliminare, l’inammissibilità del terzo motivo di gravame e l’irricevibilità/inammissibilità del quinto motivo, controdeducendo comunque nel merito.

2.5. La società Miorelli controinteressata, del pari costituita, sollevava analoghi rilievi preliminari, contestando del pari la fondatezza dei motivi di ricorso.

2.6. Il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili si costituiva con memoria di stile.

3. Il Tar, con la sentenza oggetto di appello, ha rigettato il ricorso, considerando peraltro inammissibili per carenza di interesse il terzo e quinto motivo.

4. Con l’atto di appello G.S.A., nel criticare i capi della sentenza con cui sono state disattese le doglianze formulate in *prime cure* con i cinque motivi di ricorso, ha articolato i seguenti motivi:

I) Necessità di escludere l'aggiudicataria per inammissibile modifica dell'offerta in corso di gara. Illegittimità della verifica di congruità dei costi della manodopera. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Violazione art. 95, comma 10, e 97, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016.

II) Sotto altro profilo: illegittimità della verifica di congruità dei costi della manodopera. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Violazione art. 95, comma 10 e 97 del d.lgs. n. 50/2016. Critica della sentenza impugnata.

III) Sull'erronea assegnazione dei punteggi alle offerte tecniche. Inidoneità dell'offerta. Eccesso di potere per illogicità manifesta, travisamento dei fatti e difetto di istruttoria. Critica della sentenza impugnata – Omessa pronuncia.

IV) In via subordinata: radicale illegittimità delle operazioni di esame e valutazione delle offerte tecniche. Violazione degli artt. 21 e 22 del disciplinare di gara. Violazione del principio del c.d. collegio perfetto e dei principi di segretezza, trasparenza e imparzialità, ai fini della riedizione e/o regressione della procedura. Critica della sentenza impugnata.

V) Ancora in via subordinata: violazione art. 77 del d.lgs. n. 50/2016 e art. 21 del disciplinare di gara ai fini della riedizione e/o regressione della procedura. Critica della sentenza impugnata.

5. Si è costituita con il deposito di articolata memoria difensiva Autovie, instando per il rigetto dell'appello e per la declaratoria di inammissibilità di singole censure.

6. Parimenti si è costituita, con deposito di documenti e di articolata memoria difensiva, Miorelli, riproponendo, ex art. 101 c.p.a. le eccezioni di inammissibilità e di irricevibilità delle singole censure, già formulate in primo grado ed instando nel merito per il rigetto dell'appello e per la declaratoria di inammissibilità di singoli motivi.

7. L'istanza cautelare formulata con l'atto di appello, già disattesa con decreto presidenziale 2481/2022, è stata rigettata da questa Sezione, con ordinanza n.

2585/2022, avuto riguardo all'insussistenza tanto del fumus *boni iuris* che del *periculum in mora*.

8. In vista della trattazione del merito dell'appello Autovie ha prodotto documentazione attestante l'avvio del servizio oggetto dell'aggiudicazione; parte appellante memoria di discussione ed Autovie e Miorelli memorie di replica, insistendo nei rispettivi assunti.

9. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 20 dicembre 2022.

DIRITTO

10. In *limine litis* il collegio ritiene di poter prescindere dalla disamina delle eccezioni di inammissibilità e/o di irricevibilità dei motivi del ricorso di *prime cure*, riproposte in questa sede dalle parti appellate, ex art. 101 comma 2 comma 2 c.p.a., stante l'infondatezza o l'inammissibilità, nel senso di seguito precisato, dei motivi di appello.

11. Con il primo motivo di appello G.S.A. sottopone a critica la sentenza di *prime cure* nella parte in cui ha disatteso il primo motivo di appello, con cui si assumeva che l'aggiudicataria doveva essere esclusa avendo giustificato solo il costo del lavoro per l'attività ordinaria, senza tener conto dei maggiori oneri di manodopera direttamente discendenti dalle numerose migliorie riportate nella propria relazione, costituente parte integrante dell'offerta.

10.1. In tesi attorea ciò avrebbe rilevato infatti sia ai fini dell'azzeramento di un punteggio premiale assegnato in base a dichiarazione poi smentita, sia ai fini della diretta esclusione della medesima, che, modificando e/o contraddicendo la propria proposta tecnica, aveva palesato la propria inattendibilità e inaffidabilità.

10.2. Il Tar ha disatteso il mezzo di gravame sulla base della seguente motivazione: *“Dirimente s'appalesa, invero, la considerazione che il Disciplinare di gara stabilisce ovunque, a chiare lettere, che le migliorie del servizio e/o dei prodotti, rispetto ai requisiti minimi del CSA, proposte dagli operatori economici non devono comportare costi aggiuntivi per la s.a. (vedesi art. 16, ELEMENTO T7, pag. 25; id. art. 18, pag. 28 –*

all. 003-doc. 2 fascicolo ricorrente). L'art. 18.1 (Criteri di valutazione dell'offerta tecnica) precisa, anzi, che "... le migliori proposte dal Concorrente non possono in alcun modo modificare il corrispettivo posto a base d'asta dalla Stazione Appaltante" (vedesi pag. 28) e soprattutto che le proposte organizzative e/o tecniche migliorative "per acquisire punteggio nell'ambito della valutazione dell'offerta non dovranno comportare alcun onere per la Stazione Appaltante" (vedesi pag. 31). Ciò sta, sostanzialmente, a significare che le migliori sono in tutto e per tutto a carico dell'operatore offerente e non incluse nel prezzo offerto, come depone, del resto, anche la scheda n. 3 – offerta economica, cui rinvia l'art. 17 del Disciplinare di gara, predisposta avuto riguardo alle prestazioni fondamentali in relazione alle quali la s.a. ha stimato il prezzo a base d'asta, ove viene precisato che "il costo della manodopera indicato deve comprendere, oltre alla manodopera per gli interventi a canone, anche la manodopera per gli interventi a richiesta", ma nulla viene, ovviamente, richiesto con riguardo alla manodopera relativa agli interventi migliorativi, nonché l'art. 17 stesso ove stabilisce che il concorrente deve dare giustificazione del prezzo offerto in relazione ai (soli) "interventi a canone" per ogni singolo sito oggetto dell'appalto, con riferimento alle voci specificamente indicate. Sicché, trattandosi di parte di offerta che, pur teoricamente oggetto di valutazione nell'ambito dell'offerta tecnica (n.d.r. essendo rimessa alla scelta discrezionale dei concorrenti se offrire o meno migliori, la relativa valutazione e il conseguente ottenimento di punteggio per tale voce è da ritenersi, in ogni caso, meramente eventuale), non incide sul prezzo e/o sul costo proposto (e, anzi, non è assolutamente contemplata nell'offerta economica) (ex multis TAR Sicilia, Sez. III, 13 dicembre 2021, n. 3457), nessuna specifica giustificazione era dovuta dall'aggiudicataria, peraltro nell'ambito di un sub-procedimento di verifica avviato ed esperito ai (soli) sensi e per gli effetti di cui all'art. 95, comma 10, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non trattandosi di offerta anormalmente bassa. Confortano, in tal senso, gli artt. 95 e 97 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, laddove stabiliscono, per l'appunto, che "nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (...). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)" (95, comma

10) e che gli operatori economici forniscono, su richiesta della stazione appaltante, spiegazioni “sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte” se queste appaiono anormalmente basse, sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta (97, comma 1) e che la s.a. esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello “di prezzi o di costi proposti” o “se ha accertato, (...) che l'offerta è anormalmente bassa in quanto: (...) d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16” (comma 5)”

10.3. Secondo l'appellante la statuizione di *prime cure* sarebbe erronea avendo il Tar fondato la decisione su un equivoco, in quanto se è vero che in base alla *lex specialis* di gara le miglorie non potevano essere oggetto di costi aggiuntivi per la stazione appaltante, ciò non poteva significare che le stesse non fossero generatrici di costi a carico dell'offerente, che era tenuto pertanto a giustificare il costo della manodopera oggetto di verifica.

I giustificativi pertanto, in tesi di parte appellante, anche se limitati ai soli costi della manodopera, dovevano dar conto di tutto quanto proposto in offerta, perché l'appalto avrebbe dovuto essere espletato in conformità alla stessa e non già secondo le mere prescrizioni minime dal capitolato di gara.

Anche la verifica dei costi della manodopera sarebbe pertanto sindacabile (al pari della verifica di congruità), in tesi di parte appellante, sia perché potrebbe svelare una inammissibile modificazione dell'offerta, comportante l'esclusione, sia perché ove sia appurato che vi siano voci non giustificate o difetti di istruttoria o travisamenti, le conclusioni della verifica dovrebbero intendersi inficiate, con conseguente necessità di annullamento.

10.4. Il motivo è inammissibile, oltre che infondato.

10.4.1. Ed invero parte appellante non ha criticato il passaggio motivazionale centrale della sentenza di *prime cure*, idonea a sorreggere *ex se* il rigetto del motivo ricorsuale, fondato sul rilievo che l'offerta economica ai sensi dell'art. 17 del disciplinare di gara, che rinviava alla scheda n. 3, doveva essere formulata, per quanto concerne il costo della manodopera, avendo riguardo al

costo della manodopera per gli interventi a canone ed alla manodopera per gli interventi a richiesta, nulla precisandosi con riguardo alla manodopera relativa agli interventi migliorativi, nonché sul rilievo che l'art. 17 del medesimo disciplinare stabiliva che il concorrente doveva dare giustificazione del prezzo offerto in relazione ai (soli) “*interventi a canone*”, per ogni singolo sito oggetto dell'appalto, con riferimento alle voci specificamente indicate.

Il disciplinare pertanto richiedeva *expressis verbis* che nell'offerta economica andassero conteggiati i soli costi del personale impiegato negli interventi a canone ed in quello operante con gli interventi a richiesta, ma che in ogni caso i giustificativi dovevano essere riferiti ai soli interventi a canone, ovvero ai costi del personale operante stabilmente nella commessa.

10.4.2. Peraltro il motivo è infondato in primo luogo in quanto i giustificativi sono stati resi dall'aggiudicataria in conformità della previsione della *lex specialis* di gara, non oggetto di impugnativa, senza che ciò possa significare una modifica dell'offerta tecnica con riferimento alle proposte migliorative cui la stessa si è autovincolata in sede di gara.

10.4.3. Peraltro al riguardo occorre evidenziare come non si verta in tema di subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, non espletato, non essendo l'offerta dell'aggiudicataria anormalmente bassa, ma di verifica condotta ai sensi del combinato disposto degli art. 97, comma 5, lettera d) e 95 comma 10 del Codice dei Contratti, laddove parte appellante nulla ha dedotto con tale primo motivo di appello in ordine al mancato rispetto dei minimi salariali derivante dalla mancata considerazione del costo del personale riferibile alle proposte migliorative.

10.4.4. Ciò in disparte dalla considerazione che secondo la costante giurisprudenza in materia seguita dalla Sezione “*È preferibile ... riferire il costo della manodopera di cui al citato art. 95, comma 10, ai soli costi diretti della commessa, esclusi, dunque, i costi per le figure professionali coinvolti nella commessa in ausilio e solo in maniera occasionale secondo esigenze non prevenibili (in termini Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2020, n. 6530; V, 21 ottobre 2019, n. 7135, che, in relazione alle figure*

professionali che prestano la propria opera a beneficio di più contratti di appalto riferiti alla stessa impresa, parla di attività ‘trasversale’ e le enuncia in tutte quelle che hanno un ruolo direttivo o di coordinamento” (Consiglio di Stato, Sez. V, 15 giugno 2021, n. 4635; sul punto: Consiglio di Stato, Sez. V, 3 novembre 2020, n. 6786; Consiglio di Stato, Sez. III, 26 ottobre 2020, n. 6530; Consiglio di Stato, Sez. V, 21 ottobre 2019, n. 7135).

11. Con il secondo motivo di appello G.S.A. sottopone a critica il passaggio motivazionale della sentenza di *prime cure* che ha disatteso il secondo motivo di appello, fondato sul rilievo che l’aggiudicataria aveva fatto sistematico ricorso al lavoro supplementare per la sostituzione del personale assente, laddove, in tesi di parte appellante, lo stesso potrebbe essere utilizzato solo in condizioni eccezionali ed in situazioni contingenti, per specifiche necessità produttive, e non come sistema di organizzazione normale del lavoro, tantomeno con un’elevata incidenza sul monte-ore offerto. Il lavoro supplementare - in ragione del suo carattere aleatorio - non potrebbe inoltre fungere da parametro oggettivo per giustificare lo scostamento dalle tabelle ministeriali.

11.1. Il primo giudice ha disatteso tale censura, con ampio riferimento ai principi elaborati da questo giudice di appello in materia.

11.2. Parte appellante critica la statuizione di *prime cure* con cui la censura è stata disattesa “*sia perché si è osservato che “la asserita “sottostima” del costo del lavoro, quantificata dalla ricorrente in € 30.000,00 annui, potrebbe trovare, occorrendo, copertura quasi per l’intero nella riserva di € 87.752,16 che la controinteressata ha dichiarato e documentato generarsi nel periodo contrattuale (triennale, n.d.r.) e di avere, conseguentemente, a disposizione per fronteggiare eventuali sopravvenienze e/o sottostime (vedesi relazione giustificativa manodopera Miorelli, quinta pagina – all. 020-doc. 19 fascicolo Autovie Venete)”*; *sia perché si è ritenuto che nei giustificativi Miorelli il lavoro supplementare “non costituisce modalità ordinaria di organizzazione del lavoro, ma ha, per l’appunto, funzione meramente sussidiaria, non ancorata nemmeno a quella percentuale (comunque minima) del 19% (o poco più) ritenuta dalla ricorrente. Tale percentuale, anche*

laddove effettivamente sussistente, è da ritenersi, in ogni caso, allineata agli standard già validati dal vissuto giurisprudenziale ...”, evidenziando che il Tar non avrebbe compreso che la quota di riserva triennale indicata nella medesima sentenza non sarebbe sufficiente a coprire il costo ulteriore stimato, pari a trentamila euro annui, per l'intero periodo di durata del contratto.

11.3. Ha inoltre criticato la sentenza di *prime cure*, evidenziando che dal documento giustificativo dell'aggiudicataria, prodotto tanto in *prime cure* che nel presente grado di appello, emergerebbe che la Miorelli aveva dichiarato di provvedere alle sostituzioni del personale assente mediante sistematico ricorso al c.d. lavoro supplementare, in misura superiore all'80%, come evincibile sia dalla parte descrittiva del richiamato giustificativo, sia dalla tabella di pag. 4, nelle cui righe figurava il riferimento all'impiego di addetti in regime di livello supplementare, con un'incidenza di 502,46 ore mensili di lavoro supplementare sul monte-ore mensile di 2640 ore. Ciò significherebbe che oltre il 19% delle ore offerte, in tesi di parte appellante, verrebbe espletata in regime supplementare, con rilevante incidenza sulla prestazione complessiva richiesta all'appaltatore.

11.4. Da ciò l'incongruità del costo della manodopera esposto nei giustificativi, essendo il ricorso al lavoro supplementare ammissibile solo in condizioni eccezionali e situazioni contingenti, per specifiche necessità produttive, e non come sistema di organizzazione normale del lavoro, tantomeno con un'elevata incidenza sul monte-ore offerto. Il lavoro supplementare - in ragione del suo carattere aleatorio - non potrebbe pertanto, secondo parte appellante, fungere da parametro oggettivo per giustificare lo scostamento dalle tabelle ministeriali. Attraverso l'illegittimo sistematico e ordinario ricorso al lavoro supplementare, la Miorelli avrebbe dunque indebitamente fatto valere rilevanti economie derivanti dal fatto che, come riconosciuto nelle stesse giustificazioni, il lavoro supplementare non inciderebbe sugli istituti indiretti (tredicesima, quattordicesima, TFR ...) e, per sua natura, non subirebbe gli effetti dell'assenteismo per ferie, malattia, etc..

11.5. Erronea e immotivata pertanto – oltre che viziata da difetto di istruttoria – doveva ritenersi in tesi di parte appellante la conclusione del R.U.P. circa la corretta articolazione del ricorso al lavoro supplementare, la cui inammissibilità, ove debitamente vagliata, avrebbe portato ad evidenziare una sottostima dei costi del personale pari a circa trentamila euro annui e a non ritenere giustificati gli scostamenti dei costi dalle tabelle ministeriali circa le assenze per malattia e maternità.

12. Il motivo è infondato.

12.1 Ed infatti la prima parte della statuizione di *prime cure*, oggetto di impugnativa, è fondata sul rilievo, svolto in sentenza in via incidentale ed *ad abundantiam* (“*in disparte il fatto che la asserita “sottostima” del costo del lavoro, quantificata dalla ricorrente in € 30.000,00 annui, potrebbe trovare, occorrendo, copertura quasi per l'intero nella riserva di € 87.752,16 che la controinteressata ha dichiarato e documentato generarsi nel periodo contrattuale e di avere, conseguentemente, a disposizione per fronteggiare eventuali sopravvenienze e/o N. 00118/2022 REG.RIC. sottostime (vedesi relazione giustificativa manodopera Miorelli, quinta pagina – all. 020-doc. 19 fascicolo Autovie Venete)*), volto ad evidenziare la sostenibilità del costo della manodopera anche avendo riguardo alle doglianze attoree di inammissibilità del ricorso al lavoro supplementare; pertanto la stessa non è in grado *ex se* di portare alla riforma della sentenza di *prime cure* nella parte in cui, con ampi richiami alla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, ha ritenuto ammissibile il ricorso al lavoro supplementare.

12.2. Ciò in disparte dalla considerazione che, non avendo parte appellante, né in *prime cure* né nell'odierno giudizio di appello, prodotto la tabella riepilogativa assenteismo, richiamata come allegato ai giustificativi prodotti dall'aggiudicataria, la stessa non ha offerto alcun principio di prova in ordine alla dedotta sottostima del costo della manodopera, derivante dall'asserita inammissibilità del ricorso al lavoro supplementare per la sostituzione del personale assente per malattia, non essendo il dato riferito da parte appellante, secondo il quale il ricorso al lavoro supplementare per la

sostituzione del personale assente per malattia o maternità inciderebbe sul 19% del costo complessivo del personale, desumibile dalla tabella indicata a pag. 4 dei medesimi giustificativi, relativa ai soli costi orari, mensili e per livello, della manodopera.

Pertanto si appalesano infondate in quanto non probatoriamente supportate, le doglianze riferite allo scostamento del costo del lavoro riportato nella tabelle ministeriali, riferito alle assenze per malattia e maternità.

Ed invero, come innanzi precisato, non appare chiaro in che modo parte appellante abbia desunto come il ricorso al lavoro supplementare riguarderebbe il 19% sul monte-ore offerto, avendo provveduto a depositare *sia in prime cure* che nel giudizio di appello i soli giustificativi e non anche le tabelle agli stessi allegate ed in particolare, per quel che qui rileva, la tabella riepilogativa sull'assenteismo, richiamato nei medesimi giustificativi (ALLEGATO E1 – Prospetto riepilogo assenteismo).

Nella parte descrittiva dei giustificativi è invero precisato unicamente quanto al ricorso al lavoro supplementare: *“Come espressamente previsto dall’art. 33 del CCNL di settore, abbiamo previsto la possibilità di ricorrere al lavoro supplementare per le sostituzioni del personale assente. Dette ore supplementari vengono infatti retribuite, in forza di quanto previsto dall’art. 33 del CCNL e ai sensi dell’art. 3, comma 4 del D.lgs. 61/2000. Il costo dell’ora supplementare, come indicato nel CCNL di categoria, è calcolato forfettariamente sulla paga base, con maggiorazione del 28%, maggiorazione che non incide sugli istituti indiretti (tredicesima, quattordicesima, TFR, ecc, di cui agli artt. 20, 21 e 55 del CCNL) le cui voci sono pertanto state eliminate dal conteggio del costo orario. Per paga base si intende, come indicato all’art. 18 del CCNL, “la somma della retribuzione tabellare e dell’indennità di contingenza”. Pertanto, analizzando le voci di cui alla sezione “A-Elementi retributivi annui” della Tabella del costo della manodopera, l’incremento del 28% va calcolato solo sulle voci “Retribuzione tabellare” e “Ind. contingenza”, mentre le restanti voci (Anzianità di settore, EDR, Accordo Integrativo), seppure concorrenti alla determinazione del costo di detta ora supplementare, non subiscono la maggiorazione del 28% prevista”.* Quanto al costo del lavoro supplementare

riferito alla retribuzione delle ore eseguite da personale UNDER 37, l'aggiudicataria ha inoltre precisato nelle giustificazioni prodotte, che *“valgono le medesime modalità di calcolo precedentemente spiegate con l'ulteriore eliminazione della voce “Anzianità forfettaria di settore” e con l'Aliquota Inps ridotta allo 0,85% in virtù di quanto stabilito dalla circolare Inps che si allega (Allegato F) in cui si prevede l'esonero contributivo totale al 100%.*

Anche in questo caso abbiamo previsto di ricorrere a questa modalità retributiva per le sole ore di sostituzione del personale assente”.

La mancata produzione della tabella allegata ai giustificativi (Allegato E1), non acquisibile d'ufficio da questo giudice di appello, in violazione del divieto dei nova ex art. 104 comma 2 c.p.a., rende evidente come le doglianze attoree siano del tutto prive di fondamento.

12.3. Ciò in disparte dalla considerazione che il Tar ha richiamato l'ampia giurisprudenza in materia sull'ammissibilità del ricorso al lavoro supplementare, condivisa dalla Sezione.

Infatti l'art. 33 del CCNL Multiservizi consente il ricorso al lavoro supplementare senza alcuna limitazione e/o clausola legata alla ordinarietà o meno delle ore di lavoro: *“Il lavoro supplementare è quello corrispondente alle prestazioni lavorative svolte oltre l'orario di lavoro concordato tra le parti nel contratto individuale ed entro il limite del tempo pieno. In considerazione delle specifiche esigenze tecnico-organizzative e produttive del settore è consentito lo svolgimento di lavoro supplementare fino al raggiungimento dell'orario a tempo pieno giornaliero e/o settimanale”.*

Anche l'art. 6 del d.lgs. 81/2015 stabilisce che *“il datore di lavoro può richiedere al lavoratore lo svolgimento di prestazioni di lavoro supplementare”.*

Il lavoro supplementare è quindi istituito espressamente previsto sia dalla contrattazione collettiva sia dalla normativa di riferimento, che può essere utilizzato dall'imprenditore quale possibile soluzione organizzativa.

La giurisprudenza sul punto ha chiarito che: *“il lavoro supplementare è una modalità di organizzazione del lavoro (volta a consentire un legittimo risparmio di spesa)*

perfettamente compatibile, ai sensi della vigente contrattazione collettiva di settore, con l'assolvimento delle esigenze aziendali sottese alla tipologia di appalto per cui è causa. L'eventuale rifiuto del lavoratore – che apparentemente sembra previsto solo dalla disciplina legislativa di default, ma che secondo una parte della dottrina non può essere limitato al caso in cui manchi la disciplina collettiva – riguarda un profilo attinente ai rapporti interni tra datore e lavoratore, senza intaccare la significatività dell'impegno giuridico assunto dall'impresa nei confronti del committente” (Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 maggio 2018, n. 3244; in termini: Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 ottobre 2020, n. 6336; Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 dicembre 2019, n. 8303; TAR Lazio, sez. III-bis, 3 maggio 2018, n. 4966).

Proprio in quanto modalità (ordinaria) di organizzazione del lavoro, diversamente da quanto sostiene l'appellante, il lavoro supplementare può essere utilizzato anche per eseguire “*prestazioni ordinarie*” di servizio come affermato da questa Sezione con sentenza 8 maggio 2020, n. 2900 in cui si è evidenziato “*Deve infatti convenirsi con il precedente di Cons. Stato, V, 7 gennaio 2020 n. 83, per cui “la sola natura volontaria del lavoro straordinario (così come di quello supplementare) non vale di per sé a incidere sull'offerta o “intaccare la significatività dell'impegno giuridico assunto dall'impresa nei confronti del committente”, afferendo piuttosto il possibile rifiuto del prestatore di lavoro “ai rapporti interni fra datore e lavoratore”; tutto ciò sempreché “il ricorso al lavoro supplementare (e straordinario) sia contenuto in una percentuale limitata” (Cons. Stato, VI, 30 maggio 2018, n. 3244). Dal che consegue che il richiamo al lavoro straordinario non va ritenuto aprioristicamente precluso a fini di giustificativi della sostenibilità dell'offerta, potendo esso effettivamente rientrare fra gli elementi di possibile organizzazione dell'impresa (cfr. Cons. Stato, III, 14 novembre 2018, n. 6430; v. anche Id., 18 gennaio 2018, n. 324)”*”.

Non può pertanto condividersi l'aprioristico giudizio contenuto in sentenza, secondo cui il ricorso a queste due tipologie di lavoro di per sé renderebbe inaffidabile l'offerta, trattandosi di tipologie pacificamente riconosciute e consentite dalla legge e dalla stessa disciplina di gara.

D'altro canto, effettivamente eccede l'ambito del sindacato di legittimità proprio del giudice amministrativo, per attingere direttamente il merito della discrezionalità tecnica nella scelta del contraente, che compete alla sola stazione appaltante, il rilievo secondo cui – con riguardo al part-time – sussisterebbero “altre tipologie contrattuali (rectius di articolazione dell'orario di lavoro), peraltro, espressamente contemplate all'art. 30 del CCNL citato, sicuramente più adatte del part time a soddisfare l'esigenza dell'impresa di far fronte alle prestazioni proprie dell'appalto di servizi in questione in orari compatibili con quelli di normale funzionalità degli uffici che hanno sede presso gli immobili interessati dalle attività di pulizia”

Il ricorso al lavoro supplementare anche laddove riferito alla percentuale – non provata - di circa il 19% per cento del costo complessivo del lavoro, pertanto deve intendersi ammissibile secondo la prevalente giurisprudenza in materia, essendo tale percentuale, anche laddove effettivamente sussistente, da ritenersi, come correttamente evidenziato dal primo giudice “*allineata agli standard già validati dal vissuto giurisprudenziale che ha ritenuto ammissibili offerte similari*”.

Ed invero nella pronuncia del Cons. Stato, III, 20 agosto 2021, n. 5967 peraltro richiamata dalla stessa parte appellante, si afferma *expressis verbis* che “*Anzitutto, non può essere qui condivisa la prima statuizione della decisione appellata che impinge in un presunto rilievo esorbitante del contingente percentuale di ore di lavoro supplementare, stimato nel 20 % del monte ore complessivo, non trovando il suddetto postulato, nella sua rigidità applicativa, alcun appiglio giuridico negli arresti della giurisprudenza di settore e tantomeno nella specifica disciplina di riferimento.*

Si è, a tal riguardo, efficacemente evidenziato in giurisprudenza che il lavoro supplementare è una modalità di organizzazione del lavoro (volta a consentire un legittimo risparmio di spesa) perfettamente compatibile, ai sensi della vigente contrattazione collettiva di settore, con l'assolvimento delle esigenze aziendali sottese alla tipologia di appalto per cui è causa.

La sola natura volontaria del lavoro straordinario (così come di quello supplementare) non vale di per sé a incidere sull'offerta o "intaccare la significatività dell'impegno giuridico assunto dall'impresa nei confronti del committente", potendo emergere qualche criticità solo

a cagione del possibile rifiuto del prestatore di lavoro e, dunque, in relazione ai rapporti interni fra datore e lavoratore. Dal che consegue che il richiamo al lavoro straordinario (così come quello supplementare) non va ritenuto aprioristicamente precluso a fini di giustificativi della sostenibilità dell'offerta, potendo esso effettivamente rientrare fra gli elementi di possibile organizzazione dell'impresa (cfr. Cons. St., sez. V, 8 maggio 2020, n. 2900; sez. V, 7 gennaio 2020, n.83; sez. VI, 30 maggio 2018, n. 3244;) anche nella misura percentuale corrispondente a quella di assenza dal servizio dei lavoratori ordinariamente impiegati (cfr. Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2020, n. 1500; Cons. St., sez. III, 9 giugno 2020, n. 3694) sempreché il ricorso al lavoro supplementare (e straordinario) sia contenuto in una percentuale limitata.

Vale soggiungere che non risulta indicata nei suddetti approdi una soglia rigidamente predeterminata al di sopra della quale si debba ritenere non consentita tale modalità di impiego.

E tanto in ragione del fatto che i parametri di legittimità vanno colti all'interno della specifica disciplina di riferimento, mutuata dalle disposizioni di rango primario per come integrate dai CCNL applicativi, dovendo poi i suddetti parametri essere combinati con quelli di intrinseca congruenza logica e complessiva sostenibilità economica della singola, specifica offerta”.

13. Con il terzo motivo di appello G.S.A. censura la statuizione di *prime cure* nella parte in cui ha dichiarato inammissibile il terzo motivo di appello, riferito alla valutazione delle offerte tecniche.

13.1. Il Tar ha infatti al riguardo osservato “*Invero - in disparte il fatto che, in via generale, “la valutazione dell'offerta tecnica effettuata dalla commissione aggiudicatrice [è] effettivamente espressione di discrezionalità tecnica e per questo sindacabile dal giudice amministrativo nei limiti del travisamento dei fatti, palese illogicità o manifesta irragionevolezza” (Cons. Stato, V, 6 ottobre 2018, n. 5749; vedasi più recentemente anche Cons. Stato, V, 29 novembre 2021, n.7951), vizi che non emergono nel caso di specie, ove parte ricorrente parrebbe semplicemente mirare ad ottenere una riedizione dell'attività valutativa a sé più favorevole ovvero, sostanzialmente, la sostituzione del giudizio espresso dalla competente Commissione giudicatrice con il proprio - s'appalesa,*

comunque, dirimente la considerazione che il divario di punteggio che separa l'aggiudicataria dalla ricorrente, pari a complessivi 3,259 punti, non potrebbe venire colmato nemmeno laddove alla ricorrente venissero attribuiti i medesimi punteggi assegnati all'aggiudicataria per gli elementi oggetto di contestazione (T2.1 - Capacità lavorativa, T2.3 - Piani di formazione e sviluppo del personale e T5.1 - Caratteristiche di macchine, strumenti e attrezzature), atteso che potrebbe recuperare solo 2,29 punti, insufficienti a portarla al vertice della graduatoria. Né la ricorrente si è, del resto, peritata di indicare in che eventuale misura avrebbe dovuto essere decurtato il punteggio attribuito all'aggiudicataria”.

13.2. L'appellante lamenta che la pronuncia sarebbe erronea in primo luogo in quanto il Tar non si sarebbe avveduto del fatto che il terzo motivo di ricorso, quanto all'elemento di valutazione “T.2.1: *Capacità lavorativa*”, conteneva anche una censura di inidoneità dell'offerta tecnica alla quale G.S.A. aveva certamente interesse, derivando dal suo accoglimento l'esclusione della prima graduata e la declaratoria del proprio diritto all'aggiudicazione.

Inoltre, in tesi di parte appellante, detta censura dovrebbe intendersi anche fondata, posto che, con riferimento al profilo essenziale e qualificante dell'offerta, relativo alle figure organizzative apicali, la relazione tecnica di Miorelli aveva confessato di non disporre di (o di non offrire) tali figure e di affidare nell'acquisizione (col meccanismo della clausola sociale) delle corrispondenti figure in carico al Gestore uscente (GSA), evenienza che tuttavia per le figure apicali sarebbe assai rara.

Inoltre in tesi di parte appellante la declaratoria di inammissibilità del terzo motivo sconterebbe altresì un'erronea e riduttiva ricostruzione della censura, proposta anche nella parte in cui il Tar non aveva tenuto conto del fatto che la contestazione riguardava, oltre che i criteri T.2.1, T.2.3. e T.5.1., anche il criterio “T7: *Proposte migliorative del servizio*”, del “peso” di 7 punti, per il quale alla Miorelli era stato attribuito (erroneamente) il punteggio massimo e a GSA il punteggio di 6,54.

Inoltre e in ogni caso, in nessuna parte del terzo motivo di ricorso era stato mai precisato che G.S.A. aspirasse ad allinearsi al punteggio ricevuto dall'aggiudicataria. Al contrario, già nella premessa del terzo motivo GSA aveva espressamente rivolto la censura anche ai punteggi assegnati a Miorelli. Pertanto, in tesi di parte appellante, le doglianze avrebbero dovuto essere esaminate nel merito.

Parte appellante contesta in ogni caso il passaggio motivazionale della sentenza riferito al limitato sindacato giurisdizionale sulle offerte tecniche, evidenziando come lo stesso si riferisse ad un mero apprezzamento *incindenter tantum*, mancante peraltro delle motivazioni in ordine alle ragioni per cui nell'ipotesi di specie non fosse possibile l'esercizio di tale sindacato giurisdizionale.

14. Il motivo è infondato, dovendosi rigettare, sia pure sulla base di una motivazione diversa da quella espressa dal Tar che ha invero erroneamente ritenuto come G.S.A. non avesse formulato alcuna censura volta ad una *deminutio* del punteggio assegnato alla Miorelli.

14.1. Peraltro va in primo luogo fatto cenno alla costante giurisprudenza in materia secondo la quale

la valutazione dell'offerta tecnica è espressione di discrezionalità sindacabile per illogicità, irragionevolezza ed irrazionalità (tra le tante Consiglio di Stato, Sez. III, 9 marzo 2022, n. 1699).

14.1.2. Inoltre la giurisprudenza è ancora più rigorosa in riferimento alla valutazione delle offerte tecniche effettuata tramite il meccanismo del confronto a coppie, come chiarito anche del recente arresto dell'Adunanza Plenaria di cui alla sentenza 14/12/2022, n.16 che ha precisato che nelle gare pubbliche, il sistema del "confronto a coppie" prevede un'ampia discrezionalità di giudizio dei commissari che esprimono una valutazione, necessariamente soggettiva e opinabile, circa le diverse soluzioni tecniche offerte, con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale incontra forti limitazioni e non può sovrapporsi a valutazioni di merito spettanti

all'Amministrazione, salvi i casi di un uso distorto, logicamente incongruo, irrazionale del metodo in parola, che è, però, preciso onere dell'interessato allegare e dimostrare, evidenziando non già la mera (e fisiologica) non condivisibilità del giudizio comparativo, bensì la sua radicale ed intrinseca inattendibilità tecnica o la sua palese insostenibilità logica.

Peraltro anche in precedenza il Consiglio di Stato si era espresso in tal senso (Consiglio di Stato sez. III, 07/07/2022, n.5641, con richiamo a Consiglio di Stato, sez. III, 3 febbraio 2017, n. 476), evidenziando come *“nelle gare pubbliche, il sistema del confronto a coppie, utilizzato dai commissari nella preliminare valutazione tecnico-qualitativa ed ottenuta dalla somma dei coefficienti di valore attribuiti da ciascuno di essi, è metodo di selezione, volto ad individuare l'offerta migliore in termini strettamente relativi, che si basa sull'attribuzione di punteggi espressione delle preferenze soggettive dei commissari: un punteggio alto testimonia l'elevato gradimento del seggio di gara per le soluzioni proposte da un candidato rispetto a quelle formulate dagli altri, laddove una valutazione bassa è, specularmente, conseguenza della scarsa attrattività tecnico-qualitativa della proposta del concorrente non in sé e per sé, ma rispetto a quelle degli altri partecipanti; è pertanto chiara l'ampia discrezionalità sottesa a tali manifestazioni di giudizio dei commissari, che non scrutinano il possesso dei requisiti minimi di partecipazione (presupposto per l'ammissione al confronto) ma, al contrario, esprimono una valutazione, necessariamente soggettiva e opinabile, circa le diverse soluzioni tecniche offerte; in altre parole la metodologia in questione non mira ad una ponderazione atomistica di ogni singola offerta rispetto a standard ideali, ma tende ad una graduazione comparativa delle varie proposte dei concorrenti mediante l'attribuzione di coefficienti numerici nell'ambito di ripetuti "confronti a due", di conseguenza il sindacato giurisdizionale incontra forti limitazioni, non potendo il giudice impingere in valutazioni di merito "ex lege" spettanti all'Amministrazione, salva la ricorrenza di un uso palesemente distorto, logicamente incongruo, macroscopicamente irrazionale del metodo in parola, che è, però, preciso onere dell'interessato allegare e dimostrare, evidenziando non già la mera (e fisiologica) non condivisibilità del giudizio comparativo, bensì la sua radicale ed intrinseca inattendibilità tecnica o la sua palese insostenibilità logica”*.

14.2. Ciò posto le doglianze formulate - avendo per il resto parte appellante semplicemente contestato la preferenza accordata all'offerta tecnica dell'aggiudicataria rispetto alla propria, senza soddisfare all'onere rigorosamente richiesto dalla giurisprudenza in materia - possono ritenersi ammissibili unicamente con riguardo a quella parte del motivo riferito al criterio *T7 Proposte migliorative del servizio* nella parte in cui viene invocato un azzeramento del punteggio assegnato all'aggiudicataria, sulla base del rilievo, ancorato al primo motivo di appello, che la stessa non avrebbe giustificato il costo del personale riferito a dette proposte migliorative, nonché in riferimento alla censura investente il criterio *T.2.1 Capacità lavorativa*, per la sola parte riferita all'asserita inidoneità dell'offerta tecnica, in quanto relativa ad un profilo considerato quale essenziale e qualificante dell'offerta (mancata individuazione delle figure organizzative apicali, avendo la società Miorelli dedotto nell'offerta tecnica di non disporre di tali figure e di confidare nell'acquisizione, col meccanismo della clausola sociale, delle corrispondenti figure in carico al Gestore uscente, ovvero G.S.A.); infatti per il resto la censura riferita a tale criterio non investe profili di macroscopica irrazionalità, non potendo il punteggio, al contrario di quanto dedotto da parte appellante, parametrarsi sul solo dato quantitativo delle ore offerte.

14.2.1. Parimenti non investe profili di evidente irrazionalità la censura riferite ai criteri *T2.3 "Piani di formazione e sviluppo del personale"* - dovendo valutarsi non solo le ore di formazione ma una pluralità di criteri in base al disciplinare di gara.

14.2.2. Analogamente è a dirsi per il criterio *T5.1 "Caratteristiche di macchine, strumenti e attrezzature"* avuto riguardo ai criteri indicati nel disciplinare e alla minima differenza di punteggio non in grado di supportare la prova di resistenza a vantaggio dell'appellante; ciò in disparte dalla considerazione che la censura è infondata nel merito, atteso che, al contrario di quanto dedotto da parte appellante, nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria sono esattamente

indicate a pag. 33 e 34 le caratteristiche delle macchine con riferimento ai criteri richiesti dalla *lex specialis*.

14.3. La censura relativa al subcriterio T7 mirante all'azzeramento del correlativo punteggio, avuto riguardo al rigetto del primo motivo di appello, si appalesa del tutto destituita di fondamento, non potendosi ritenere che l'aggiudicataria avesse modificato l'offerta tecnica in sede di giustificativi dei costi del personale per non essere gli stessi riferiti anche alle proposte migliorative, secondo quanto dianzi evidenziato.

La censura è poi del tutto inammissibile, in quanto non supportata da alcun argomento, nella parte volta ad una mera diminuzione del punteggio assegnato alla Miorelli.

14.4. Partimenti infondata è la censura nella parte relativa all'inidoneità dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, in grado, in tesi di parte appellante, di portare alla sua esclusione, relativa al criterio "T.2.1 *Capacità lavorativa*", per quanto concerne l'individuazione delle figure apicali.

In primo luogo non appare ravvisabile la violazione dell'art. 9, comma 3 del Capitolato Speciale, laddove prevede che l'appaltatore debba nominare un referente tecnico, in quanto lo stesso non è riferito allo svolgimento della gara ma, investendo un adempimento contrattuale dell'appaltatore, alla fase esecutiva.

Peraltro la Miorelli ha identificato fisicamente il referente di cui all'art. 9, comma 3 del CSA, a pag. 2 dell'Offerta Tecnica, al punto 2 "*Struttura di governo*", laddove individua il Gestore del Servizio" (GdS) Massimiliano Cangiano in qualità di Referente Tecnico di cui al comma 3 dell'Art. 9 del CSA Norme Generali.

Partimenti destituita di fondamento è la censura riferita alle restanti figure apicali esattamente individuate dalla Miorelli in coloro che rivestono tale ruolo presso il gestore uscente, stante la sussistenza della clausola sociale, fermo restando che il rifiuto di dette figure di passare al nuovo gestore del servizio, comporterebbe la necessità della correlativa sostituzione in sede esecutiva.

Ed invero parte appellante non invoca alcuna norma in grado di supportare la censura formulata, facendo semplicemente leva sulla possibilità del rifiuto del personale apicale di rivestire l'identico ruolo anche presso il nuovo gestore.

15. Con il quarto motivo di appello G.S.A. sottopone a critica la statuizione di *prime cure* nella parte in cui ha rigettato il quarto motivo di ricorso con cui si era censurata l'attività svolta dalla commissione di gara, sulla base del rilievo che dai verbali di gara si evinceva che la valutazione delle offerte tecniche era avvenuta separatamente ed autonomamente prima della seduta collegiale, circostanza questa, in tesi di parte appellante in grado di inficiare la collegialità della disamina e comunque di compromettere i principi di contestualità e segretezza, non potendosi in tal modo avere certezza che alle operazioni così "dislocate" non possano aver partecipato soggetti estranei alla Commissione.

15.1. Il primo giudice ha infatti disatteso tale censura sulla base dei seguenti rilievi "*L'art. 18.2 del Disciplinare stabilisce, invero, in maniera inequivocabile, al comma 2, che "per tutti i sub-elementi viene attribuito un coefficiente sulla base del metodo del confronto a coppie seguendo quanto indicato nelle linee guida A.N.AC. di attuazione del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. n. 2", precisando, poi, ulteriormente, al successivo comma 3, che "Nel metodo del confronto a coppie ciascun Commissario confronta tra loro tutte le offerte tecniche indicando il grado di preferenza per ciascuna offerta rispetto a ognuna delle altre attraverso un grado di preferenza variabile tra 1 e 6". La s.a., con norma di auto-vincolo, ha fatto, invero, pacificamente rinvio a quanto stabilito dalle Linee guida ANAC approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1005, del 21 settembre 2016 e, poi, aggiornate al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 con delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018, ove viene, per l'appunto, chiarito che "Nel caso in cui si scelga di attribuire i coefficienti con il criterio del confronto a coppie il confronto avviene sulla base delle preferenze accordate da ciascun commissario a ciascun progetto in confronto con tutti gli altri, secondo i parametri contenuti nei documenti di gara. Ciascun commissario confronta l'offerta di ciascun concorrente indicando quale offerta preferisce e il grado di preferenza, variabile tra 1 e 6 (1 - nessuna preferenza; 2 - preferenza minima; 3 - preferenza piccola; 4 - preferenza media; 5 - preferenza grande; 6 - preferenza massima),*

eventualmente utilizzando anche valori intermedi. (...) Al termine dei confronti si attribuiscono i punteggi sulla base di uno dei due criteri: 1. si trasforma, per ciascun commissario, la somma dei coefficienti attribuiti mediante il "confronto a coppie", in coefficienti variabili tra zero e uno e si calcola la media dei coefficienti di ciascun commissario attribuendo uno al concorrente che ha ottenuto il coefficiente medio più alto e agli altri concorrenti un punteggio conseguentemente proporzionale al coefficiente raggiunto; 2. si trasforma la somma dei coefficienti attribuiti dai singoli commissari mediante il "confronto a coppie" in coefficienti variabili tra zero ed uno; In alternativa si calcola la media dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, calcolati dai singoli commissari mediante il "confronto a coppie", seguendo il criterio fondato sul calcolo dell'auto-vettore principale della matrice completa dei confronti a coppie, modificando opportunamente la matrice sopra riportata, eventualmente utilizzando valori intermedi tra il punteggio 1 (parità) e il punteggio 2 (preferenza minima) della scala semantica, come suggerito da Saaty nell'utilizzo del metodo Analytic Hierarchy Process (AHP), per tener conto di offerte che differiscono poco dal punto di vista qualitativo. Tale metodo consente il calcolo di un indice di coerenza attraverso il quale valutare la qualità dei punteggi attribuiti a ciascun criterio e risulta perciò preferibile". Ciò sta, sostanzialmente, a significare che nelle modalità operative seguite durante la gara non è rinvenibile alcuna violazione in grado di inficiare la gara stessa, ma semplicemente che sono state osservate quelle proprie del criterio del confronto a coppie indicate dall'ANAC, ove è normale che la fase di scrutinio e di valutazione delle offerte venga effettuata da ciascun commissario separatamente dagli altri e la sola fase di sintesi definitiva, in cui sono destinati ad essere composti ed assorbiti i giudizi espressi dai singoli commissari, sia demandata alla Commissione giudicatrice nella sua collegialità. La regola della collegialità – che si compendia, per l'appunto, nell'unicità del giudizio finale – è passibile, infatti, di declinazione secondo formule variabili in ragione delle esigenze della stazione appaltante, con l'unico limite di salvaguardare il ruolo di ciascun commissario e la sua possibilità di concorrere efficacemente alla valutazione delle offerte (in termini Tar Toscana, sez. III, 12 luglio 2019, n. 1081 ove viene, peraltro, in rilievo l'ipotesi opposta). Nel caso di specie, non v'è, in ogni caso, dubbio che la sintesi collegiale sia stata effettuata, come si evince agevolmente dai verbali delle sedute del 18 e 27

ottobre 2021 e 2, 4 e 18 novembre 2021 (all. 013-doc. 12, 014-doc.13, 015-doc. 14, 016- doc.15 e 017-doc. 16 fascicolo *Autovie Venete*), nonché dalla, per l'appunto, collegiale compilazione delle tabelle di riepilogo, dalle quali è scaturita la graduatoria finale. Per le stesse considerazioni sin qui svolte va, inoltre, escluso che vi possa essere stata compromissione dei principi di contestualità e segretezza, peraltro solo genericamente denunciata”.

15.2. G.S.A. contesta la statuizione di *prime cure* asserendo di non avere censurato l'assegnazione *singulatim* dei punteggi, ma la circostanza che l'istruttoria per l'assegnazione sia stata svolta fuori dalla collegialità della commissione.

16. Il motivo è infondato, avendo il primo giudice esattamente inteso l'elemento caratterizzante la valutazione con il metodo del confronto a coppie.

16.1. Ed infatti come evidenziato dalla recente sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 2022 che ha valorizzato l'assegnazione *singulatim* dei punteggi propria del confronto a coppie “*Non può darsi logicamente e non è dunque legittimo un giudizio comparativo sempre identico tra i singoli commissari, nemmeno in seguito a un confronto dialettico tra di essi, in quanto, a differenza di un giudizio assoluto di volta in volta espresso rispetto alla singola offerta, quello comparativo a coppie, in quanto relativo, deve riflettere una individualità del singolo giudizio nella preferenza nettamente distinguibile da quella degli altri per l'impossibilità di ammettere se non per paradosso un giudizio comparativo qui sua indistinctioe distinguitur, che, cioè, si distinguerebbe per il fatto di essere indistinto da quello degli altri commissari.*

30.5. *Un simile modus procedendi contrasta frontalmente con la ratio e con il meccanismo stesso sopra descritto del 'confronto a coppie', che poggia proprio, e anzitutto nella prima fase, sull'autonomia della valutazione individuale comparativa nell'assegnazione di un punteggio che, va sottolineato, è pur sempre relativo, perché si esprime nella preferenza numerica assegnata ad un'offerta anziché alle altre, in una scala da 1 a 6, e non già nell'assegnazione di un punteggio discrezionale ad ogni singola offerta.* 30.6. *I commissari ben possono confrontarsi e discutere in ordine ai criteri qualitativi delle offerte in gara, anche*

prima di esprimere le proprie preferenze individuali, ma devono poi assegnare il punteggio individuale autonomamente e separatamente, l'uno dall'altro, seguendo il sistema del 'confronto a coppie' al quale la stazione appaltante si è autovincolata.... L'autonomia e la separatezza di questo convincimento, risultanti dalla verbalizzazione, non implicano necessariamente e formalmente la segretezza o la riservatezza della preferenza, ma devono garantire appunto l'individualità di questa, senza che il commissario non svolga la sua insostituibile funzione e al principium individuationis, che le è proprio, imitando le preferenze altrui e, così, frustrando il funzionamento stesso del 'confronto a coppie'.

16.2. Alla luce di tale arresto giurisprudenziale deve ritenersi consentito ma non necessario il previo confronto dialettico dei commissari di gara, sempreché lo stesso non annulli la valenza individuale della valutazione, costituente il *principium individuationis* del confronto a coppie.

Peraltro la doglianza di parte appellante è comunque infondata in quanto il principio di collegialità da intendersi riferito alla sola disamina delle offerte, come per l'appunto rilevato dalla sentenza del Tar, è stato sicuramente rispettato attraverso l'esame delle offerte tecniche congiuntamente svolto dai Commissari, come attestato dai verbali delle sedute del 23 settembre 2021 (pag. 3) e del 7 ottobre 2021 (pag. 2), nonché attraverso la collegiale compilazione delle tabelle di riepilogo, dalle quali scaturisce la graduatoria finale, per cui in ogni caso non può ritenersi violata la segretezza delle operazioni, peraltro meramente ventilata da parte appellante.

17. Con il quinto motivo di appello G.S.A. ha censurato il capo della sentenza di *prime cure* che ha ritenuto inammissibile il quinto motivo di ricorso, riferito alla nomina della commissione sotto il profilo dell'assenza del requisito dell'esperienza dei singoli commissari di gara.

17.1. Il primo giudice ha infatti ritenuto inammissibile tale censura, richiamando quella giurisprudenza secondo la quale quando il vizio specifico è quello dell'incompetenza dei membri della Commissione, ed esso è fatto valere *ex post* quale vizio che ridonda sull'aggiudicazione, il ricorrente dovrebbe quanto meno individuare un legame tra la denunciata incompetenza

e gli esiti valutativi in relazione alla propria offerta, onere non assolto nell'ipotesi di specie (Cons. Stato, III, 30 ottobre 2019, n. 7446)

17.2.G.S.A. contesta il passaggio della sentenza del TAR asserendo che *“La stessa giurisprudenza ... ha chiarito che ai fini dell'ammissibilità del motivo sull'idoneità della Commissione non è necessario articolare una prova di resistenza ma è sufficiente affermare che l'attribuzione dei punteggi sia dipesa dalla non adeguata capacità dei commissari?”*.

18. Il motivo è infondato, dovendosi confermare la statuizione di *prime cure*, correttamente fondata sull'orientamento giurisprudenziale in materia, atteso che parte appellante non ha specificamente collegato tale doglianza con quella riferita alla valutazione della propria offerta tecnica ed a quella della controinteressata in termini di concreta assegnazione del punteggio, avendola relazionata alla sola censura di valutazione individuale delle singole offerte, articolata nel precedente motivo di ricorso.

Da ciò l'astrattezza e la genericità dell'ultimo motivo di appello.

18.1. Peraltro la censura è infondata anche nel merito.

18.2 La commissione giudicatrice era infatti composta di tre componenti: l'Ing. Vincenzo Chieppa, Dirigente presso il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, l'Ing. Giulia Toti funzionario presso il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili e la Dott.ssa Antonella Tennenini, dipendente del Ministero delle Infrastrutture e Mobilità Sostenibili.

G.S.A. sostiene che i suddetti commissari difettino di esperienza in quanto nessuno avrebbe mai partecipato a gare tese all'affidamento di servizi di pulizie e/o di servizi similari quali, ad esempio, servizi ambientali.

18.3 Va in primo luogo rilevato come la gara ha ad oggetto un servizio di pulizia del tutto ordinario, consistenti nella pulizia dei locali e dei siti di pertinenza di Autovie Venete - ossia uffici, servizi igienici, sale riunioni, cabine di esazione, parti comuni - nonché fornitura di materiale igienico-sanitario, come risulta dal Disciplinare.

18.4. Ciò posto i commissari, tutti dipendenti del Ministero delle Infrastrutture della Mobilità Sostenibili, devono ritenersi in possesso della necessaria esperienza avuto riguardo all'oggetto della gara.

Lo “*specifico settore*” cui fa riferimento l'art. 77, comma 1, d.lvo n. 50/2016 è stato infatti interpretato dalla giurisprudenza nel senso che la competenza ed esperienza richieste ai commissari deve essere riferita ad aree tematiche omogenee e non anche alle singole e specifiche attività oggetto dell'appalto (cfr., ex plurimis, Consiglio di Stato, Sezione V, 18 luglio 2019, n. 5058 e 1 ottobre 2018, n. 5603). Non è richiesta, cioè, una perfetta corrispondenza tra la competenza dei membri della commissione, anche cumulativamente considerata, ed i diversi ambiti materiali che concorrono alla integrazione del complessivo oggetto del contratto (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, Sezione III, 24 aprile 2019, n. 2638)” (Consiglio di Stato, Sez. III, 9 dicembre 2020, n. 7832).

Dall'esame dei curricula emerge – oltre all'esperienza di tutti i componenti, ed in particolare dell'Ing. Chieppa e dell'Ing. Toti nei ruoli del MIMS – anche che tale esperienza è stata maturata in aree omogenee. Ed infatti, l'Ing. Chieppa è un Dirigente del MIMS, laureato in Ingegneria Civile e titolare di un dottorato di ricerca, autore di pubblicazioni in materia di appalti pubblici e dal 2014 svolge il ruolo di “*coordinamento, istruttorie progetti e vigilanza lavori pubblici*”; per l'effetto ha competenza in materia di progettazione e vigilanza di lavori pubblici ed è quindi perfettamente in grado di valutare un progetto tecnico avente ad oggetto pulizie ordinarie riferita ad un immobile. Analogamente l'Ing. Toti che è un funzionario del MIMS ed ha svolto in precedenza attività presso il provveditorato per le opere pubbliche del Lazio, Abruzzo e Sardegna, ha ricoperto molteplici incarichi di RUP su procedure aventi ad oggetto lavori anche di manutenzione immobili, nonché molteplici incarichi di direzione lavori anche per attività manutentiva e ha partecipato come componente a commissioni aggiudicatrici per l'affidamento sia di lavori (anche di manutenzione e bonifica) sia per l'affidamento di servizi. La

Dott.ssa Tennenini è una dipendente del MIMS che svolge funzioni amministrative ed ha dunque apportato le necessarie competenze amministrative nella valutazione dei progetti.

La giurisprudenza al riguardo è costante nell'affermare che la competenza della commissione vada apprezzata nel complesso, posto che quelle di ciascun commissario possono ben essere anche diversificate e comprendere sia profili tecnici che amministrativi: *“Il nuovo Codice dei contratti pubblici non richiede una perfetta corrispondenza tra la competenza dei membri della Commissione, anche cumulativamente considerata, e i diversi ambiti materiali che concorrono alla integrazione del complessivo oggetto del contratto; ciò anche sul presupposto che all'inesperienza nel settore primario, cui si riferisce l'oggetto del contratto, si accompagna una analoga esperienza nei settori secondari, che con quell'oggetto interferiscono o si intersecano. In tale prospettiva, la presenza di componenti portatori di diverse esperienze professionali, sia di natura gestionale ed amministrativa sia di natura tecnica, risponde, in un rapporto di complementarità, alle esigenze valutative imposte dall'oggetto della gara d'appalto”* (TAR Lazio, Sez. I, 6 maggio 2021, n. 5303; conforme Consiglio di Stato, Sez. III, 13 aprile 2022, n. 2814).

19. Alla stregua dell'infondatezza ed in parte dell'inammissibilità dei motivi, l'appello va rigettato.

20. Sussistono tuttavia eccezionali e gravi ragioni avuto riguardo alla complessità delle questioni sottese per compensare le spese di lite del presente grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Diana Caminiti

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO