



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 1112 del 2017, proposto da Sodexo Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Maurizio Boifava, domiciliato ai sensi dell'art. 25 c.p.a. presso la Segreteria della III Sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

contro

Fondazione Casa Serena Onlus, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Dussmann Service s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Filippo Martinez e dall'Avvocato Davide Moscuzza, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Filippo Martinez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 21;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, sez. II, n. 00045/2017, resa tra le parti, concernente l'annullamento, con tutti gli atti preordinati, consequenziali e connessi de:

1) i processi verbali tutti della procedura *de qua*, laddove ritengono ammissibile e valutabile l'offerta della ricorrente principale;

2) il verbale del Consiglio di Amministrazione della Fondazione Casa Serena Onlus del 27 luglio 2016, recante il provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore di Sodexo Italia s.p.a. della «*Procedura aperta per la gestione integrata dei servizi di ristorazione e di pulizia, a ridotto impatto ambientale*», nella parte in cui dapprima afferma la «*correttezza dell'ammissione delle offerte e della procedura di valutazione delle stesse*» e dipoi dispone di «*approvare i verbali (da 1 a 7 e relativi allegati) della Commissione di gara*».

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Dussmann Service s.r.l.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2017 il Consigliere Massimiliano Noccelli e uditi per l'odierna appellante, Sodexo Italia s.p.a., l'Avvocato Maurizio Boifava e per l'odierna appellata, Dussmann Service s.r.l., l'Avvocato Davide Moscuza;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il bando pubblicato sulla G.U.U.E. del 15 aprile 2016 e sulla G.U.R.I. il 16 aprile 2016, la Fondazione Casa Serena Onlus ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei servizi integrati di ristorazione e di pulizia, da svolgersi in favore della stessa Fondazione, per il periodo di quattro anni, con facoltà di rinnovo per un ulteriore periodo di tre anni.

1.1. La gara, disciplinata dalle disposizioni dell'ora abrogato d. lgs. n. 163 del 2006, era di importo pari ad € 8.400.000,00, oltre IVA, e il criterio dell'aggiudicazione era

quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di 60 punti massimi per la qualità e di 40 punti massimi per il prezzo.

1.2. All'esito delle operazioni di gara, alla quale prendevano parte quattro operatori e in particolare, per quanto rileva ai fini del presente giudizio, Dussmann Service s.r.l. e Sodexo Italia s.p.a., quest'ultima si è classificata al primo posto, con 98,35 punti complessivi, e Dussmann Service s.r.l. si è classificata al secondo posto, con 94,53 punti complessivi.

1.3. Poiché l'offerta di Sodexo Italia s.r.l. ha superato i 4/5 del punto massimo sia per la parte economica che per quella tecnica, la stazione appaltante le ha richiesto, il 6 luglio 2016, la produzione delle giustificazioni ai sensi dell'art. 87 del d. lgs. n. 163 del 2006.

Sodexo Italia s.p.a. ha inviato le proprie giustificazioni con la lettera del 12 luglio 2016 ed esse sono state esaminate dalla Commissione di gara il successivo 19 luglio 2016.

1.4. Il subprocedimento di verifica dell'anomalia è proseguito, poi, con una successiva richiesta di precisazioni da parte della stazione appaltante, il 20 luglio 2016, che è stata riscontrata da Sodexo Italia s.p.a. il 25 luglio 2016.

1.5. Come emerge dal verbale del 26 luglio 2016, infine, la Commissione di gara ha ritenuto le giustificazioni presentate da Sodexo Italia s.p.a. esaustive e sufficienti a dimostrare la non anomalia dell'offerta, motivando *per relationem* alle giustificazioni medesime, e ha dichiarato Sodexo Italia s.p.a. aggiudicataria provvisoria.

1.6. A ciò è seguita l'aggiudicazione definitiva disposta in favore di Sodexo Italia s.p.a. il 27 luglio 2016.

2. Dussmann Service s.r.l., assumendo che l'offerta dell'aggiudicataria dovesse essere al contrario esclusa per la sua incongruità, in violazione dei trattamenti minimi retributivi di cui agli art. 86, comma 3-*bis*, 87 e 88, comma 7, del d. lgs. n. 163 del 2006, e comunque per la sua incertezza/indeterminatezza, ha impugnato

l'aggiudicazione definitiva, quella provvisoria e tutti gli atti di gara presupposti e implicanti una valutazione positiva dell'offerta di Sodexo Italia s.r.l., atti tutti dei quali ha censurato l'illegittimità per quattro distinti motivi, e ne ha chiesto al T.A.R. per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, l'annullamento, con la conseguente esclusione di Sodexo Italia s.r.l. dalla gara e l'affidamento della commessa in proprio favore.

2.1. Si sono costituiti nel primo grado del giudizio, per resistere al ricorso, sia Fondazione Casa Serena Onlus sia la controinteressata Dussmann Service s.r.l., la quale ha a sua volta proposto avanti al primo giudice un ricorso incidentale escludente, con asserita efficacia paralizzante di quello principale proposto da Sodexo Italia s.r.l., e inteso ad ottenerne l'esclusione sia per non aver previsto un presidio fisso dalle h. 8.00 alle ore 20.00 per gli interventi di pulizia non programmati né programmabili, in asserita violazione degli artt. 123 e 125 del capitolato, sia per una presunta violazione del monte ore minimo settimanale previsto dal CCNL Pubblici Esercizi.

2.2. Con la sentenza n. 45 del 13 gennaio 2017, il T.A.R. per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, ha respinto i due motivi del ricorso incidentale, proposto da Sodexo Italia s.p.a., ed ha accolto, invece, il primo e il secondo motivo del ricorso principale, proposto da Dussmann Service s.r.l., mentre non si è pronunciato sul terzo motivo, quantomeno espressamente, ed ha dichiarato assorbito il quarto motivo del ricorso principale.

2.3. Il primo giudice, nel trarre le conseguenze dall'accoglimento del ricorso principale, ha ritenuto che la fondatezza della prima censura, sotto il profilo dell'omessa applicazione di una clausola contrattuale cogente, dovesse condurre all'esclusione dell'offerente dal confronto comparativo per un vizio insanabile dell'offerta e ha perciò disposto che l'Amministrazione riattivasse il procedimento di aggiudicazione in favore della ricorrente, salva la verifica di sostenibilità

dell'offerta presentata da questa ed eventuali sopravvenute superiori ragioni di interesse pubblico.

2.4. Avverso tale sentenza Sodexo Italia s.p.a. ha proposto appello, articolando tre motivi che saranno di seguito esaminati, e ne ha chiesto, previa sospensione, la riforma, con il conseguente accoglimento del proprio ricorso incidentale, quanto al primo motivo, e la conseguente reiezione di tutti i motivi del ricorso principale, proposto da Dussmann Service s.r.l. in primo grado.

2.5. Si è costituita la sola Dussmann Service s.r.l. per resistere al gravame e, con memoria depositata il 12 marzo 2017, ha riproposto anche i motivi assorbiti e/o non esaminati dal primo giudice, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a.

2.6. Nella camera di consiglio del 23 marzo 2017, fissata per l'esame della domanda cautelare, il Collegio, sull'accordo delle parti, ha disposto il rinvio della causa all'udienza pubblica per l'esame del merito.

2.7. Infine, nella pubblica udienza del 13 luglio 2017, il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

3. L'appello di Sodexo Italia s.p.a. è fondato solo in parte, per le ragioni e nei limiti che qui di seguito si vengono ad esporre.

4. Con il primo motivo (pp. 4-14 del ricorso), anzitutto, l'odierna appellante censura che il T.A.R. per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, abbia erroneamente disatteso la prima censura del ricorso incidentale, proposto in primo grado da Sodexo Italia s.p.a., con la quale essa ha lamentato l'incompletezza dell'offerta, presentata da Dussmann Service s.r.l., rispetto all'elemento essenziale emergente dagli artt. 123 e 125 del capitolato speciale e, cioè, la mancata previsione, nel corpo dell'offerta tecnica, del presidio fisso ad attivazione immediata per l'esecuzione degli interventi di pulizia non programmati e non programmabili nell'arco temporale dalle 8.00 alle 20.00.

4.1. Secondo la tesi sostenuta da Sodexo Italia s.p.a. nel ricorso incidentale, e ribadita pure in questa sede con il motivo in esame, Dussmann Service s.r.l. sarebbe in grado di garantire, ancorché implicitamente, un presidio fisso con la durata di sole tre ore e mezza rispetto alle dodici ore comprese tra le 8.00 e le 20.00.

4.2. Si tratterebbe di una carenza essenziale dell'offerta tecnica non solo sulla base dell'esegesi letterale dell'art. 125 del capitolato speciale, *expressis verbis* rivelatrice di una inequivoca volontà, da parte della stazione appaltante, di richiedere un presidio fisso per fronteggiare situazioni di emergenza, ma anche sul piano sostanziale, in ragione della necessità di fornire servizi di pulizia per ogni evenienza, non programmabile, a tutela della categoria protetta residente nella struttura (anziani parzialmente o totalmente non autosufficienti).

4.3. Assume l'appellante che sarebbe del tutto insufficiente a respingere la censura la motivazione del T.A.R. per la Lombardia, secondo cui l'accettazione onnicomprensiva di tutti gli incombenti prestazionali rappresenterebbe l'adempimento necessario e sufficiente a ritenere esaudita la prescrizione perché tale dichiarazione ha il valore di una mera clausola di stile, complementare e non sostitutiva della necessità di rispettare in ogni sua parte, e specificamente, la *lex specialis*.

4.4. Il motivo non può trovare accoglimento.

4.5. Al riguardo si deve osservare, infatti, che l'art. 125 non disponeva affatto che l'obbligo di prevedere un presidio fisso per l'esecuzione degli interventi non programmati e non programmabili, a differenza di quanto sostiene l'appellante, in quanto esso si è limitato solo a prevedere, testualmente, che «*nella fascia oraria compresa tra le ore 8,00 e le ore 20,00 l'OEA è tenuto ad intervenire con attivazione immediata di interventi finalizzati ad un perfetto mantenimento del livello di pulizia*».

4.6. È quindi evidente come non fosse in alcun modo richiesta né prevista l'istituzione di un presidio fisso per l'esecuzione degli interventi, ma solo che l'appaltatore dovesse effettuare tali interventi secondo la propria organizzazione.

4.7. Dussmann Service s.r.l., nell'accettare tutte le prescrizioni del capitolato, aveva assunto l'impegno di garantire anche tali interventi e non risulta d'altro canto – né l'appellante ha in alcun modo dimostrato – che la medesima Dussmann Service s.r.l. non fosse in grado di provvedere anche a tale prestazione.

4.8. Di qui la radicale infondatezza della censura, che deve essere respinta per la correttezza delle motivazioni espresse dal primo giudice nel disattendere il primo motivo del ricorso incidentale proposto in primo grado da Sodexo Italia s.p.a.

5. Con il secondo motivo (pp. 14-18 del ricorso) l'odierna appellante censura la sentenza impugnata per avere accolto, a suo avviso erroneamente, il primo motivo del ricorso principale.

5.1. In sintesi l'appellante sostiene che il T.A.R. per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, ha accolto detto motivo in quanto:

a) il combinato disposto di cui agli artt. 1 e 3 del CCNL UNEBA si applicherebbe anche all'appellante;

b) non sarebbe invocabile l'esimente della contrattazione collettiva di secondo livello;

c) troverebbe conseguentemente applicazione il protocollo inserito nell'allegato 2 del predetto CCNL, avente lo scopo di garantire in favore del personale dipendente il mantenimento dei diritti e delle condizioni economiche di maggior favore acquisiti.

5.2. In senso contrario, tuttavia, l'appellante in sintesi deduce che:

a) l'ambito di applicazione e la ratio dell'art. 3 del CCNL UNEBA sarebbero ben diversi da quelli delineati in prime cure tanto da Dussmann Service s.r.l. quanto dal T.A.R. per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, non potendosi tralasciare il portato del comma 2 del medesimo art. 3, secondo cui la sua efficacia soggettiva

sarebbe limitata alle istituzioni e non già ad un soggetto privato qual è Sodexo Italia s.p.a.;

b) la mancata redazione di protocolli locali non comporterebbe di per sé l'obbligo di mantenere i trattamenti retributivi più alti previsti per effetto dall'applicazione di precedenti e diversi contratti collettivi, quanto, e piuttosto, l'applicazione dell'allegato n. 2 per la definizione dell'accordo di secondo livello che, in assenza di un protocollo territoriale, deve essere redatto secondo i criteri individuati nell'allegato n. 2 del CCNL UNEBA;

c) Sodexo Italia s.p.a., anche a prescindere dai rilievi di cui ai punti *a)* e *b)*, ha comunque riconosciuto un trattamento equivalente a quello corrisposto in applicazione del CCNL P.E. perché, conscia del dislivello retributivo imposto dall'applicazione del CCNL UNEBA, ha calcolato il costo del lavoro moltiplicando il costo medio orario non per le ore effettive, secondo quanto stabilisce la consolidata giurisprudenza in materia, ma per il monte ore teorico e, cioè, per un numero di ore maggiore di quelle effettivamente lavorate da ciascuna figura professionale.

5.3. Il motivo deve essere respinto.

5.4. Quanto al rilievo di cui al punto *a)*, anzitutto, correttamente il T.A.R. per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, ha rilevato che, sulla base della lettura degli artt. 1 e 3 del CCNL UNEBA, tale contratto si applica anche ai privati e non solo alle istituzioni pubbliche, sicché la censura, *in parte qua*, è radicalmente destituita di fondamento.

5.5. Quanto al rilievo di cui al punto *b)*, ancora, l'art. 3 del CCNL UNEBA, come pure ha correttamente ritenuto la sentenza impugnata, si applica immediatamente e direttamente anche a Sodexo Italia s.p.a., in quanto, anche in mancanza degli accordi territoriali di secondo livello, deve trovare applicazione, ai sensi del combinato

disposto dell'art. 1, penultimo comma, e 3, comma 2, del CCNL il protocollo in Allegato 2 al CCNL medesimo.

5.6. Detto Allegato 2, come la sentenza impugnata ha pure correttamente rilevato, stabilisce che, nel caso in cui l'adozione del trattamento complessivo annuo del CCNL UNEBA comporti che questo sia inferiore a quello in atto, in aggiunta alle tabelle retributive UNEBA in vigore al momento dell'accordo venga erogata la differenza in quote mensili (quattordicesimi) a titolo di superminimo *ad personam*.

5.7. Tale previsione, che l'appellante trascura di considerare nonostante essa sia stata debitamente richiamata dal primo giudice, conferma, dunque, la vigenza e la cogenza della regola, posta dall'art. 3 del CCNL UNEBA, secondo cui, nel passaggio da una gestione contrattuale ad un'altra, deve essere mantenuto inalterato il livello retributivo del personale, non potendo esso essere derogato *in peius*.

5.8. Quanto al terzo rilievo di cui al punto *c)*, infine, è la stessa appellante ad ammettere di avere moltiplicato il costo medio orario che, per costante giurisprudenza, è effettivo in quanto già inclusivo del costo dell'assenteismo (v. da ultimo, *inter multas*, Cons. St., sez. III, 2 marzo 2017, n. 974), per il monte ore di 2.088 ore annue, che tuttavia non rappresenta le ore effettive lavorate da ciascun addetto – le quali, come la stessa Sodexo Italia s.p.a. ha dichiarato a p. 15 del proprio progetto, sono 1634 – bensì rappresentate le ore teoriche (circa 8 ore al giorno × 52.2 settimane annue), che invece non tengono conto dell'assenteismo.

5.9. In questo modo tuttavia, come ha correttamente evidenziato il primo giudice, si è ottenuto un costo del lavoro fittizio, in apparenza superiore a quello del CCNL P.E. in precedenza applicato, ma di fatto dissimulante un costo complessivo realmente offerto inferiore, ove questo fosse stato calcolato, correttamente, applicando valori omogenei, secondo quanto la giurisprudenza insegna, e cioè il costo medio orario moltiplicato per le ore effettive, come invece ha fatto, del tutto

correttamente, il primo giudice in conformità all'orientamento di detta giurisprudenza (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 12 giugno 2016, n. 2815).

5.10. La censura, dunque, anche in questa parte deve essere respinta perché il primo giudice, diversamente da quanto sostiene l'appellante, ha ben evidenziato l'erroneità del calcolo effettuato da Sodexo Italia s.p.a. e il conseguente verosimile effettivo scostamento dai trattamenti salariali minimi che, ai sensi dell'art. 3 del CCNL UNEBA, essa dovrebbe garantire.

6. Con il terzo motivo (pp. 18-24 del ricorso), infine, Sodexo Italia s.p.a. censura la sentenza del T.A.R. per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, perché essa ha tratto, in sostanza, dal rilevato scostamento dell'offerta dai trattamenti salariali minimi, previsti dall'art. 3 del CCNL UNEBA applicato dalla stessa Sodexo Italia s.p.a., la conclusione che l'offerta di questa fosse nel suo complesso anomala e, quindi, sanzionabile con l'esclusione, senza considerare che:

- Sodexo Italia s.p.a. aveva applicato comunque, per il calcolo delle costo del lavoro, le ore teoriche e non quelle effettive, sicché i costi erano largamente superiori a quelli risultanti dall'applicazione del CCNL P.E.;

- in ogni caso lo scostamento tra i costi medi dei due CCNL, come emergerebbe dalla tabella a p. 20 del ricorso in appello, non era di tale consistenza da giustificare una radicale ed escludente valutazione, da parte del primo giudice, circa l'anomalia dell'offerta, senza considerare peraltro risparmi di spesa, quali la sottrazione della rivalutazione TFR, la riduzione del contributo INAIL, la diminuzione della previdenza complementare, l'applicazione della corretta aliquota contributiva INPS nella percentuale indicata nella tabella contributiva (v., in particolare, pp. 21-22 del ricorso);

- l'incidenza del 52% della voce del lavoro sull'offerta economica, ritenuta dal T.A.R. sufficiente a giustificare la severa valutazione circa l'anomalia dell'offerta, sarebbe nella realtà molto più bassa perché essa riguarderebbe la sola ristorazione e non già

il servizio di pulizia, sicché, in effetti, l'incidenza del solo costo del personale relativo al servizio di ristorazione sull'intera offerta economica è pari al 37,29%,

- Sodexo Italia s.p.a. aveva esposto, in sede procedimentale, anche ulteriori voci, tra le quali le spese generali, pari a complessivi € 19.717,37, quota da destinare, così come dichiarato da Sodexo Italia s.p.a., ad imprevisti e maggiori spese non quantificabili fin dall'inizio dell'appalto.

6.1. Più in generale, conclude l'appellante, la decisione, assunta dal primo giudice, di escludere l'offerta dell'appellante per la mancata applicazione di una clausola contrattuale dovrà comunque essere riformata, competendo esclusivamente alla stazione appaltante il potere di decretare, all'esito di una complessiva disamina dell'offerta presentata e in ragione degli eventuali costi pretermessi dalla clausola, l'eventuale inattendibilità complessiva dell'offerta.

6.2. Il motivo, per le ragioni e nei limiti che qui seguiranno, deve essere accolto.

6.3. La censura, a differenza di quanto sostiene l'appellata Dussmann Service s.r.l. (p. 13 della memoria depositata il 3 luglio 2017), non è nuova e non incorre nel divieto dell'art. 104, comma 1, c.p.a. perché l'odierna appellante non aveva alcun interesse quale controinteressata, nel giudizio di primo grado, a sollevare anticipatamente una questione – quella relativa alla sua radicale esclusione dalla gara disposta dal primo giudice – che essa nemmeno poteva ipotizzare si sarebbe concretizzata in suo danno.

6.4. Essa coglie nel segno quando rileva che il T.A.R. per la Lombardia si è indebitamente sostituito all'Amministrazione nel ritenere l'offerta complessivamente inattendibile e, quindi, da escludersi.

6.5. La costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, ciò premesso, ribadisce che un'offerta non può ritenersi anomala ed essere esclusa da una gara per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, occorrendo, perché possa

dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata (cfr., *ex multis*, Cons. St., III, 9 dicembre 2015, n. 5597; Cons. St., sez. V, 18 giugno 2015, n. 3105).

6.6. Ora non sembra al Collegio che lo scostamento in esame sia tanto considerevole da giustificare radicalmente, come invece ha ritenuto il primo giudice, una valutazione di anomalia dell'offerta, nel suo complesso, che competerà invece all'Amministrazione compiere, in sede di rivalutazione dell'offerta presentata da Sodexo Italia s.p.a., tenendo anzitutto presente quanto sopra si è chiarito e, cioè, che la stessa Sodexo Italia s.p.a. ha erroneamente calcolato il costo del lavoro sulla base delle ore teoriche e si è discostata dai trattamenti salariali minimi che, ai sensi dell'art. 3 del CCNL UNEBA, avrebbe dovuto garantire.

6.6. Anche gli ulteriori elementi adottati dall'appellante, eventualmente incidenti sulla "tenuta" dell'offerta economica, dovranno essere oggetto di rinnovata, attenta e complessiva verifica da parte dell'Amministrazione in sede procedimentale.

6.7. Le osservazioni formulate da Dussmann Service s.r.l. nella propria memoria difensiva depositata il 3 luglio 2017 (v., in particolare, pp. 19-23), pur suggestive, non appaiono del tutto convincenti, perché, anche a tacere del fatto che esse anticipano, e sostituiscono, valutazioni che solo all'Amministrazione compete fare sul complesso dell'offerta, la stessa giurisprudenza richiamata da Dussmann Service s.r.l. ammette che, ai fini della valutazione della migliore offerta, si può tenere conto anche *«delle possibili economie che le singole imprese possono conseguire (anche con riferimento al costo del lavoro), nel rispetto delle disposizioni di legge e dei contratti collettivi»* (Cons. St., sez. III, 13 ottobre 2015, n. 4699).

6.8. Una volta accertato che nella specie l'effettiva incidenza degli oneri per il costo del lavoro sull'equilibrio complessivo dell'offerta non è stata correttamente verificata nella sede propria, dunque, tale omissione non può essere "surrogata" da una verifica in sede giudiziale, come invece il primo giudice sembra avere inteso fare, tenuto

conto anche dei noti limiti al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni rimesse all'Amministrazione *in subiecta materia*.

6.9. In caso di inadeguatezza della verifica di congruità per carenze istruttorie non deve, quindi, essere disposta l'esclusione dell'offerta sospetta di anomalia, ma solo la regressione della procedura alla fase di verifica dell'anomalia (Cons. St., sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1448; Cons. St., sez. V, 30 marzo 2017, n. 1465).

6.10. Nel dare nuovo avvio al subprocedimento di verifica, ovviamente, l'Amministrazione dovrà conformarsi a quanto sin qui si è chiarito, circa gli elementi dell'offerta presentata da Sodexo Italia s.p.a., che non appaiono essere stati adeguatamente o correttamente valutati dall'Amministrazione, e a quanto ora si aggiungerà nell'esame dei motivi, assorbiti dal primo giudice e riproposti da Dussmann Service s.r.l. nella memoria depositata il 12 marzo 2017 nel presente grado di giudizio ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a.

7. Detti motivi devono essere respinti.

8. Quanto al terzo motivo (p. 2 della memoria), con il quale l'appellata lamenta l'incongruità dell'offerta di Sodexo Italia s.p.a., dal momento che essa, di fatto, prevedrebbe una retribuzione oraria di € 18,25 di gran lunga inferiore rispetto a quella del CCNL P.E. in precedente applicata, pari invece ad € 20,89, con uno scostamento pari al 12,64%, fermo restando l'obbligo, per Sodexo Italia s.p.a., di garantire i trattamenti salariali minimi previsti dal CCNL UNEBA da essa stessa applicato, si deve ribadire che detto scostamento non appare di entità tale da determinare una radicale inattendibilità dell'offerta economica, perché, accanto alla voce di costo del lavoro per il servizio della ristorazione, certamente rilevante, devono considerarsi tutte le altre voci di costo e gli eventuali risparmi di spesa, in una valutazione complessiva della congruità dell'offerta che, come detto, competerà all'Amministrazione effettuare nuovamente all'esito del presente giudizio.

9. Quanto al quarto motivo (pp. 3-4 della memoria), infine, esso deve essere respinto in quanto l'offerta di Sodexo Italia s.p.a. non è affatto indeterminata, in quanto questa si è solo limitata a specificare nella propria offerta che il numero di persone in organico sarà maggiore di quello in elenco, pari a 23 unità, per la necessità di coprire le c.d. "ore mediamente non lavorate" (permessi, malattie, ferie, etc.) dal personale in elenco, ore il cui costo, per la costante giurisprudenza sopra ricordata, è compreso nel costo medio orario, calcolato anche sulla percentuale di assenteismo.

9.1. Mai Sodexo Italia s.p.a., pertanto, ha dichiarato che il personale in elenco sarebbe insufficiente allo svolgimento del servizio, avendo anzi previsto nell'ambito del proprio progetto un piano di «*gestione delle emergenze del personale*», che riporta le modalità operative previste per la sostituzione del personale effettivo in caso sia di assenze programmabili sia in caso di assenze non programmabili.

9.2. Di qui, conseguentemente, l'infondatezza della censura nella misura in cui denuncia, a torto, la presunta genericità dell'offerta presentata da Sodexo Italia s.p.a.

10. In conclusione, per tutte le ragioni sin qui esposte, l'appello di Sodexo Italia s.p.a. deve essere accolto, limitatamente al terzo motivo e per le ragioni sopra evidenziate, e pertanto, in parziale riforma della sentenza impugnata che si è erroneamente sostituita all'Amministrazione nel valutare l'incongruità dell'offerta e nel determinare l'esclusione di Sodexo Italia s.p.a. dalla gara, fermo l'annullamento degli atti impugnati in primo grado in quanto affetti da difetto di istruttoria in ordine alla valutazione dell'offerta di Sodexo Italia s.p.a., l'offerta di questa dovrà essere oggetto di rinnovata valutazione da parte dell'Amministrazione affinché, nell'esercizio dei poteri che le spettano ai sensi dell'art. 87 e dell'art. 88 del d. lgs. n. 163 del 2006, determini se, alla luce delle motivazioni sin qui espresse e delle eventuali ulteriori giustificazioni fornite dalla stessa aggiudicataria, detta offerta non presenti caratteri tali da giustificarne, nel complesso, l'inaffidabilità, sul piano economico, e conseguentemente l'esclusione dalla gara.

11. Le spese del doppio grado del giudizio, attesa la complessità della vicenda esaminata, possono essere interamente compensate tra le parti.

11.1. Rimane definitivamente a carico di Sodexo Italia s.p.a., attesa comunque la sua prevalente soccombenza sul piano sostanziale nel presente giudizio, il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello e per la proposizione del ricorso incidentale in primo grado.

11.2. La stessa Sodexo Italia s.p.a. deve essere condannata a rimborsare in favore di Dussmann Service s.r.l. il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso principale in primo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, per le ragioni di cui in parte motiva, e per l'effetto, fermo l'annullamento degli atti impugnati in primo grado per tali ragioni, dispone che l'Amministrazione rinnovi la valutazione dell'offerta di Sodexo Italia s.p.a. ai sensi degli artt. 87 e 88 del d. lgs. n. 163 del 2006.

Compensa interamente tra tutte le parti le spese del doppio grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico di Sodexo Italia s.p.a. il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello e del ricorso incidentale in primo grado.

Condanna Sodexo Italia s.p.a. a rimborsare in favore di Dussmann Service s.r.l. il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso principale in primo grado.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2017, con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Francesco Bellomo, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere
Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore
Sergio Fina, Consigliere

L'ESTENSORE
Massimiliano Noccelli

IL PRESIDENTE
Lanfranco Balucani

IL SEGRETARIO