



**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 in appello numero di registro generale 1214 del 2019, proposto da Formula Servizi Società Cooperativa, 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;

***contro***

Ente Regionale per il Diritto allo Studio - Erdis, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Galvani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Salaria n. 95;

E.R.D.I.S. Marche – Ente Regionale per il Diritto Allo Studio – Presidio di Urbino non costituito in giudizio;

***nei confronti***

Team Service Società Consortile A R.L., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Franco Coccoli, Lorenzo Aureli, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Consip S.p.A non costituita in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per le Marche n. 821/2018, resa tra le parti, concernente la procedura di affidamento in appalto dei servizi di pulizia ed ausiliariato per le sedi ex Ersu – Marche;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Ente Regionale per il Diritto allo Studio - Erdis e della Team Service Società Consortile A R.L.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2019 il Cons. Raffaele Proserpi e uditi per le parti gli avvocati Santi Dario Tomaselli, su delega dell'avv. Brugnoletti, Andrea Galvani e Franco Coccoli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

La Formula Servizi Società Cooperativa impugnava dinanzi al Tribunale amministrativo delle Marche la sua esclusione, di cui al provvedimento n. 342 del 20 luglio 2018, dalla gara indetta dell'E.R.D.I.S. per l'affidamento all'offerta economicamente più vantaggiosa dell'appalto quadriennale relativo ai servizi di pulizia ed ausiliariato presso le sedi dell'ex E.R.S.U. Marche ed era stata contestualmente disposta l'aggiudicazione in favore di Team Service Società Consortile ed inoltre del verbale con cui era stata giudicata incongrua l'offerta di Formula Servizi e per la declaratoria di inefficacia del relativo contratto se stipulato e per il subentro della ricorrente, nonché per il risarcimento dei danni.

Il valore dell'appalto ammontava a complessivi €7.984.932,46, di cui €921.665,00 ipotetici per i servizi "a richiesta", per i quali venivano fissati valori massimi indicati per un importo massimo di €245.000,00 annui, pari ai citati €921.665,00

sull'intera durata della commessa: in quanto tale, l'importo non costituiva parametro su cui i concorrenti dovevano formulare l'offerta, poiché per tali attività il parametro sul quale formulare l'offerta era indicato nel modello di offerta e andava espresso in €/mq/ora.

Alla gara partecipavano 14 operatori del settore, e, all'esito della valutazione tecnico-economica delle offerte, era inizialmente risultata prima graduata la controinteressata Team Service, ma a seguito di ricorso proposto da Formula Servizi, la commissione di gara aveva provveduto a correggere i punteggi assegnati, e la medesima si era infine collocata al primo posto con complessivi 97,42 punti rispetto ai 97,23 della Team Service.

Attivata la verifica di anomalia e richieste dal RUP e dalla commissione di gara giustificazioni relative alle spese generali da dettagliare ed al costo della manodopera per le attività extra canone, Formula Servizi presentava chiarimenti che non venivano condivisi dalla commissione di gara che riteneva l'offerta anormalmente bassa, totalmente antieconomica, incongrua, insostenibile e tale da renderla irrealizzabile, rinviando ad un utile troppo basso ed a spese generali anch'esse eccessivamente basse e quanto al costo della manodopera, esso indicato in complessivi € 4.972.836,56 era superiore al fatturato che Formula Servizi avrebbe potuto ricavare dalla commessa, veniva quindi ricalcolato dal RUP in € 4.765.083,46 applicando anche alle attività extra canone il ribasso che Formula Servizi aveva offerto in gara per dette attività.

Formula Servizi veniva quindi esclusa e la gara nuovamente aggiudicata alla controinteressata Team Service.

Avverso tali determinazioni venivano sollevate le seguenti censure:

Con riguardo all'asserita incongruità delle spese generali:

- violazione dell'art. 97 del d. lgs. n. 50 del 2016. Eccesso di potere, carenza di istruttoria e di motivazione, illogicità ed irragionevolezza.

Con riguardo al costo della manodopera per le attività extra canone:

- violazione art. 97 del d. lgs. n. 50 del 2016. Erroneità e travisamento. Eccesso di

potere per incompletezza e carenza di istruttoria.

Con riguardo alle modalità di svolgimento del sub-procedimento di verifica dell'anomalia:

- violazione art. 97 del d. lgs. n. 50 del 2016. Violazione art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere per incompletezza e carenza di istruttoria.

Formula Servizi concludeva per la reintegrazione in forma specifica ed in subordine per l'equivalente monetario da quantificarsi in corso di causa).

Si costituivano in giudizio l'E.R.D.I.S. e la controinteressata Team Service, contestando le argomentazioni esposte da Formula Servizi.

L'11 settembre 2018 Team Service proponeva ricorso incidentale, con cui evidenziava alcuni ulteriori profili di non conformità dell'offerta tecnica di Formula Servizi, offerta che sarebbe stata da escludere o comunque penalizzare in sede di valutazione, almeno quanto all'indicazione della mano d'opera e delle ore lavorate, in specie alla figura del responsabile del servizio, il monte ore complessivo, la sovrastima dei ricavi attesi, un'artificiosa riduzione dell'aliquota I.N.P.S., l'artificiosa sovrastima della riduzione del costo del lavoro, la sottostima delle componenti delle spese generali relative ad alcuni costi gestionali.

Con la sentenza n. 821 del 28 dicembre 2018 il Tribunale amministrativo riteneva l'infondatezza del ricorso principale da cui conseguiva l'improcedibilità del ricorso incidentale per sopravvenuto difetto di interesse.

In primo luogo, per quanto concerne l'ultimo motivo, sulle modalità di svolgimento del sub-procedimento di verifica dell'anomalia non sussistevano omissioni di contraddittorio sugli ulteriori profili di incongruità, vista la dimostrata inconciliabilità tra le parti in merito al costo della manodopera per i servizi extra canone, per cui un'eventuale ulteriore interlocuzione fra le parti non avrebbe avuto alcun effetto pratico ed in ogni caso l'offerta sarebbe stata insostenibile.

In ogni caso il giudice di primo grado riteneva che il principio secondo cui nelle pubbliche gare non è individuabile a priori una soglia minima di utile al di sotto

della quale l'offerta va ritenuta di per sé incongrua, deve essere calibrato all'importo del singolo appalto in rapporto al valore di questo; ciò ha rilievo per l'interesse pubblico, perché la stima di un utile determinato troppo bassa non varrebbe più come ammortizzatore per gli imprevisti o per le oggettive sottostime dei costi: ora, a fronte di un appalto dell'importo di oltre 5 milioni di €, un utile dichiarato di €1.500,00 annuali si rivelava anormalmente basso.

Quanto all'inattendibilità di alcuni costi inclusi nelle spese generali, il riferimento alla resa per metro quadrato con riguardo alla costituzione dell'anagrafica tecnica e dell'anagrafica architettonica e alla gestione del call center parametrati su ribassi applicati ad altre gare non apportavano credibilità all'offerta dell'appellante, soprattutto allorché tali prezzi sarebbero stati la risultante di una competizione svolta in relazione ad un appalto di valore molto più elevato; né poteva valere l'argomento del diverso oggetto dell'appalto posto a riferimento, poiché tra un appalto avente ad oggetto la gestione di immobili – come nel caso - ed un altro ad oggetto le sole pulizie, l'igiene ambientale, l'ausiliariato e servizi connessi, non si poteva comprendere ove fosse la differenza fra i due con riguardo alla costituzione dell'anagrafica tecnica e dell'anagrafica architettonica e alla gestione di un call center, prestazioni in realtà del tutto identiche

Analoghe infondatezze venivano riscontrate dal T.A.R. quanto al primo motivo riguardante la questione dell'impegno orario del responsabile del servizio indicato da Formula Servizi, dedicato a tempo pieno al presente appalto vista la reperibilità indicata in "h24", indicazione non incompatibile con l'impegno a tempo pieno, senza la specificazione che il medesimo fosse nello stesso tempo impiegato nella gestione di altri appalti, né era immaginabile che un solo dipendente di Formula Servizi potesse seguire in contemporanea tutte le commesse altrove ubicate.

Ancora il Tribunale amministrativo riteneva corretto quanto operato dalla stazione appaltante sull'importo dei servizi extra canone, poiché gli assunti della ricorrente principale secondo cui ad un maggior ribasso praticato dall'aggiudicatario avrebbe dovuto conseguire, quale unico effetto, la possibilità per l'amministrazione di

pretendere l'esecuzione di un maggior numero di interventi extra, visto che essi avevano un costo unitario inferiore a quello stimato *ab initio*; tale argomentazione era fallace, perché da un lato gli importi da stanziare per i servizi extra canone erano calcolati sulla base dei dati storici di consumo e dei prezzi unitari posti a base di gara e dall'altro era difficilmente ipotizzabile un incremento dei servizi extra canone, vista la sporadicità di tali servizi.

Ne conseguiva, dai ricavi privi di remuneratività, dai costi generali non giustificati e dall'importo relativo alle prestazioni extra canone l'inattendibilità dell'offerta economica di Formula Servizi, da cui discendeva il rigetto del ricorso principale e l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse del ricorso incidentale.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 4 febbraio 2019, la Formula Servizi Società Cooperativa impugnava la sentenza in questione e sosteneva dapprima che l'utile calcolato in € 1500,00 ed inteso come anormalmente basso era un errore, perché non esiste una soglia di utile al di sotto della quale un'offerta può ritenersi anomala, visto che l'aggiudicazione comporta di per sé un vantaggio in termini di qualificazione, curriculum e pubblicità; sono comunque errate le considerazioni della stazione appaltante e della sentenza sull'incongruità per le attività di anagrafe e call center ed inoltre per il responsabile di commessa poiché quanto alle prime sono del tutto parcellizzate e comunque marginali, attengono solo ad una parte dell'anagrafe, non concretamente paramtrate anche rispetto alle altre gare immotivatamente non comparabili e quanto al secondo non era stato offerto un responsabile di commessa "dedicato" a questo unico appalto, sia perché la legge di gara non lo richiedeva, sia perché non lo richiedevano le prestazioni e le considerazioni tratte dalla sentenza impugnata rispondevano al criterio erroneo di considerare l'offerta non dal punto di vista globale e sintetico come dovuto, ma esaminandone partitamente voci isolate, ignorando così la sovrastima della voce "personale".

In secondo luogo l'appellante svolgeva un'analisi dettagliata della propria offerta

economica, in specie sul costo della manodopera per le attività extracanone e sugli errore commessi sul punto dal RUP ed in terzo luogo venivano ribadite le critiche al mancato contraddittorio con Formula Servizi che la stazione appaltante avrebbe dovuto attivare in vista delle ulteriori precisazioni richieste.

La Formula Servizi concludeva come in epigrafe, chiedendo l'accoglimento dell'appello con tutte le conseguenze anche risarcitorie, il tutto con vittoria di spese.

La Team Service Società Consortile si costituiva tramite appello incidentale notificato l'8 marzo 2019 con il quale venivano riproposte le censure sollevate in primo grado e non affrontate dal Tribunale amministrativo, perché ritenute improcedibili in seguito al rigetto del ricorso principale.

Si costituiva in giudizio anche l'ERDIS, il quale sosteneva l'infondatezza dell'appello della Formula Servizi.

All'udienza del 20 giugno 2019 la causa è passata in decisione.

Oggetto della causa è un doppio giudizio sull'anomalia dell'appellante principale, già ricorrente in primo grado, il quale traccia un'analitica serie di questioni inerenti la sua esclusione dalla procedura, questioni che vanno dalla consistenza dell'utile rispetto al valore dell'appalto, all'entità dell'offerta economica, in specie relativamente ai costi della mano d'opera ed al suo utilizzo e ad una serie di spese generali, ai cd. costi per spese determinate da servizi "a richiesta", previste dalla legge di gara solamente in via di ipotesi da realizzarsi al momento della necessità.

L'appello è infondato sulla base delle considerazioni che seguono e che possono essere limitate al dato dell'utile ricavabile, da inquadrarsi secondo le caratteristiche dell'appalto in controversia.

La giurisprudenza più recente di questa Sezione ha puntualizzato che non generalmente sindacabile come aspetto di incongruità di un'offerta il caso di un utile molto modesto: si è affermato in particolare che "Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta non mira ad individuare specifiche e singole inesattezze nella sua formulazione ma, piuttosto, ad accertare in concreto che la proposta

economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto.

Al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e aver portato a termine un appalto pubblico (Cons. St., Sez. V, 13/2/2017, n. 607 e 25/1/2016, n. 242; Sez. III, 22/1/2016, n. 211 e 10/11/2015, n. 5128) (cfr. Sez. V, 17 gennaio 2018 n. 269). Sempre su tale linea, si è rammentato che “al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, (...) poiché (...) non è sufficiente a rendere incongrua un'offerta il solo fatto che alcuni dei suoi elementi costitutivi risultino anormalmente bassi, ma è necessario che la riscontrata sottostima dei costi sia tale da erodere completamente l'utile dichiarato”. (Sez. V, 27 settembre 2017 n. 4527; id. 29 maggio 2017 n. 2556).

Tale giurisprudenza deve intendersi al momento ormai consolidata ed ha superato quelle passate pronunce che avevano ammesso l'utile “zero”, poiché l'aggiudicazione di un determinato appalto avrebbe potuto causare un utile non economico, ma curriculare e di qualificazione per il futuro dell'impresa interessata, caso però rimesso in genere a settori di nicchia, laddove l'affidamento in gara implicava la realizzazione di opere oppure ancora forniture di alta tecnicità, per cui l'affidamento diveniva un affare peculiarmente propagandistico.

Superata questa visione che non aveva ottenuto appunto grande rispondenza, ha ormai preso piede quella giurisprudenza prima richiamata secondo la quale un utile modesto, se non molto modesto – come il caso di specie – doveva ritenersi congruo in costanza di altri fattori, come appunto quelli già detti curricolari e di

qualificazione, ma che doveva anche essere visto in relazione alla percentuale rispetto al valore globale dell'appalto ed al complesso dell'offerta economica in relazione ai termini economici posti a base d'asta.

Abbiamo un appalto del valore complessivo unitario a base d'asta di € 7.984.932,46 per i complessivi quattro anni di servizio e l'offerta economica della Formula Servizi prevede un utile annuale di € 1.500,00, quindi inferiore allo 0,1% del valore complessivo anzidetto; a fronte di tale valore complessivo la stessa appellante prevede un costo del lavoro comprensivo dei servizi extra-canone comunque irrisori rispetto al totale, che è oscillante intorno al fatturato complessivo quindi senza contare tutte le altre spese, non solo quelle generali, ma ad esempio quelle per i materiali d'uso e consumo; se aggiungiamo poi che il ribasso complessivamente offerto dalla Formula Servizi era pari al 45,13 per tutti i servizi ordinari e straordinari, ci si rende conto che l'appellante, ove aggiudicataria, si sarebbe mossa in un quadro strettissimo di economie ed in cui i cosiddetti "imprevisti ordinari", che non sono un controsenso, ma una normale evenienza nel campo di tutte le iniziative economiche di impatto finanziario assolutamente minimo, avrebbero assorbito l'utile in quel suo ruolo di garanzia e condotto il servizio affidato ad un sottocosto che tanti danni ha causato ai pubblici servizi.

Si deve altresì aggiungere che tali considerazioni superano quelle svolte nell'appello e richiamate da quella precorsa e rada giurisprudenza che aveva ammesso un utile "zero": il carattere dell'appalto, privo di specificità tecnologiche, non può in alcun modo giustificare un'offerta palesemente incongrua.

Le osservazioni svolte sull'utile assorbono ogni altra censura e comportano il rigetto dell'appello principale e l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse dell'appello incidentale.

Spese come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente

pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di giudizio liquidate in complessivi € 5.000,00 per parte intimata e costituita oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Raffaele Prosperi**

**IL PRESIDENTE**

**Francesco Caringella**

**IL SEGRETARIO**