

**Massima:** 14.4. Nondimeno, la modifica dell'offerta - anche emersa dalle giustificazioni fornite in sede di giudizio di anomalia - legittima l'esclusione del concorrente sia per l'inattendibilità dell'offerta originaria che essa denota, sia per "l'inammissibilità di una nuova valutazione dell'offerta modificata" (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 2941 del 2022).

## **Consiglio di Stato n. 4576 del 08/05/2023**



**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 Terza)**

**ha pronunciato la presente**

**SENTENZA**

sui                    seguenti                    ricorsi                    in                    appello:

1) numero di registro generale 9412 del 2022, proposto dal Policlinico Foggia, Ospedaliero-Universitario, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Simonetta Mastropieri e Laura Marras, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Cucciolla Maurizio Studio Grez & Associati in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18,

***contro***

la società Verdidea S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Iannacci e Marco Tullio Cataldo, con

domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Marco Iannacci in Roma, via Agostino Depretis, 86,

***nei confronti***

del C.N.S. - Consorzio Nazionale Servizi - Società Cooperativa, non costituito in giudizio;

2) numero di registro generale 9430 del 2022, proposto da C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Gennaro Rocco Notarnicola e Carlo Tangari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

***contro***

- il Policlinico Foggia, Ospedaliero - Universitario, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Simonetta Mastropieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

- la società Verdidea S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Iannacci e Marco Tullio Cataldo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Marco Iannacci in Roma, via Agostino Depretis, 86;

***entrambi per la riforma***

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (sezione Seconda) n. 1460/2022, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Verdidea S.r.l. e del Policlinico di Foggia, Ospedaliero - Universitario;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2023, il Cons. Giovanni Pescatore e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO e DIRITTO**

1. È controverso l'esito della gara indetta dal Policlinico di Foggia per l'affidamento del servizio triennale per la manutenzione ordinaria e straordinaria del verde e della rete esterna (carrabili, pedonali, e a verde) dell'area ospedaliera.

2. L'importo annuo presunto è stato stimato in € 692.271,30 oltre IVA sulla base dei valori delle seguenti attività:

*a)* i servizi di manutenzione ordinaria, per i quali è stato previsto un canone annuo € 349.671,30 oltre IVA, di cui € 342.815,00 a base d'asta ed € 6856,30 per oneri relativi alla sicurezza non soggetti a ribasso;

*b)* i servizi di manutenzione programmata conservativa, per i quali è stato previsto un canone annuo € 183.600,00 oltre IVA, di cui 180.000,00 a base d'asta ed € 3.600,00 per oneri relativi alla sicurezza non soggetti a ribasso;

*c)* i servizi di manutenzione extra canone (manutenzione a guasto e a chiamata inerente una pluralità di interventi imprevisi ed aggiuntivi), stimati in un importo complessivo annuo di € 153.000,00 oltre IVA, di cui € 150.000 a base d'asta ed € 3.000,00 per oneri relativi alla sicurezza non soggetti a ribasso.

3. La società Verdidea, prima classificata, è stata esclusa per la ritenuta anomalia dell'offerta economica.

4. Nel motivarne l'esclusione la stazione appaltante ha evidenziato (v. verbale del 27 maggio 2022) che:

*i)* le giustificazioni dell'offerta economica erano state elaborate tenendo conto anche dell'utile ritraibile dalle attività extra canone, mentre, in difetto di tale posta attiva, l'importo complessivo dei costi di gestione (€ 1.220.742,91) supererebbe quello dei ricavi certi (€ 1.041.761,17), determinando una perdita di almeno €

178.981,74. La valorizzazione della menzionata voce di utile, tuttavia, incontra un limite nel fatto che le attività extracanone sono del tutto eventuali ed incerte, in quanto rimesse ad una scelta opzionale dall'ente committente, il che le rende inidonee ad integrare in modo pienamente affidabile il quadro economico dell'offerta;

ii) nell'offerta tecnica erano previste, oltre alle sette unità minime di personale, altre quattro unità aggiuntive. Tuttavia, solo in sede di verifica di anomalia Verdidea ha riferito che tre delle quattro unità di personale aggiuntivo sarebbero state destinate esclusivamente ai servizi di manutenzione straordinaria "*extracanone*", così incorrendo in un'inammissibile variazione del contenuto dell'offerta tecnica la quale non riportava indicazioni sulla limitazione di impiego del personale aggiuntivo.

5. La Società Verdidea (prima classificata) ha agito innanzi al TAR Puglia censurando sia la propria esclusione dalla procedura, sia l'aggiudicazione del servizio alla controinteressata C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, originariamente posizionatasi seconda.

6. Il Collegio pugliese ha accolto il ricorso con la sentenza qui impugnata n. 1460 del 2022, ritenendo legittima la formulazione da parte di Verdidea di un'offerta unica che prendesse in considerazione, oltre alle attività ordinarie e programmate, anche gli utili dei servizi extra canone.

6.1. Secondo il T.A.R., Verdidea aveva legittimamente fatto affidamento anche su questa voce di ricavo, della quale poteva presumere l'entità alla luce sia della propria pregressa esperienza di gestore uscente del servizio, sia delle indicazioni relative alla frequenza temporale minima di alcuni dei servizi aggiuntivi e opzionali riportati al punto 3.6 del capitolato speciale d'appalto (dove, ad esempio, per le potature di alberi è previsto almeno un intervento all'anno, per le spollonature una cadenza trimestrale).

6.2. Quanto alle indicazioni inserite nei giustificativi circa la destinazione e le modalità di impiego delle unità a tempo determinato, il T.A.R. ha ritenuto che esse non costituiscono modificazione dell'offerta tecnica ma semplici precisazioni “*assolutamente ragionevol(i)*”, dal momento che l'utilizzo di lavoratori a tempo determinato è coerente con un'attività a chiamata “*appunto per il circoscritto lasso temporale in cui servono*”.

7. La sentenza di primo grado è stata impugnata con separati ricorsi dalla stazione appaltante Policlinico Foggia e da C.N.S..

7.1. Con deduzioni convergenti le due parti appellanti osservano che:

-- Verdidea non ha impugnato il disciplinare di gara nella parte riferita alla non chiara esplicitazione del carattere solo eventuale delle prestazioni extracanone, con ciò precludendosi ogni rimostranza sul punto;

-- non risulta impugnato neppure il passaggio del verbale di esclusione nel quale, con riferimento alla voce *sub 5* concernente i “*costi relativi alla gestione di mezzi ed attrezzature*” dell'offerta, l'Amministrazione, nel prendere atto “*dell'importo indicato*” di “*€ 25.274,85 nel triennio, pari a circa l'1,88% dell'offerta complessiva*”, ha espressamente rilevato che detto importo “*risulta sottostimato, in quanto non pare tener conto dei costi dovuti all'ammortamento*”. L'acquiescenza prestata in relazione ad un capo autonomo della motivazione dell'atto impugnato in primo grado, di per sé idoneo a fondare il provvedimento di esclusione, determinerebbe l'inammissibilità complessiva del gravame;

-- la pronuncia impugnata, dando ingresso ad una censura (quella concernente gli introiti da attività “*aggiuntive*”) chiaramente volta ad impingere nel merito di valutazioni di natura prettamente discrezionale, esorbiterebbe dai limiti consentiti al sindacato giurisdizionale di legittimità;

-- le prestazioni extra canone – al contrario di quelle di “*manutenzione ordinaria*” e di “*manutenzione programmata conservativa*” – hanno carattere meramente eventuale, al

pari del relativo corrispettivo, non essendone determinati o determinabili né l'entità (rimessa alle scelte imprevedibili della parte committente) né la pertinente remunerazione, per la quale non è riconosciuto un canone fisso (pari alla rata mensile del corrispettivo offerto), come invece per le altre attività di manutenzione ordinaria e programmata. Le stesse, infatti, ai sensi dell'art. 3.2 del capitolato, possono essere commissionate solo in caso di necessità o imprevisti (guasti, riparazioni per atti vandalici, eventi atmosferici, etc.) e presuppongono, comunque, il rilascio della preventiva autorizzazione da parte dell'ente committente;

-- risulta dunque corretta la valutazione di inaffidabilità di un'offerta economica il cui equilibrio si fonda su un elemento attivo di rilievo determinante, ma del tutto aleatorio e instabile;

-- la destinazione delle unità lavorative aggiuntive in parte alle sole attività ordinarie e in parte alle sole attività extra canone contraddice il contenuto originario dell'offerta tecnica, nella quale tutte le quattro unità aggiuntive erano indifferentemente destinate alla generalità dei possibili impieghi, senza distinzioni che consentissero di imputarle ad aree di utilizzo differenziate;

-- va quindi confermata la valutazione espressa dalla stazione appaltante circa l'inammissibile variazione, introdotta solo in sede di verifica dell'anomalia, del contenuto dell'offerta tecnica;

-- alla statuizione caducatoria adottata dal T.A.R. avrebbe dovuto fare seguito una riattivazione del procedimento di verifica dell'anomalia e non già la diretta aggiudicazione dell'appalto in favore della ricorrente, in violazione della riserva di competenze spettanti alla stessa autorità amministrativa nell'esercizio di un suo potere discrezionale.

8. Verdidea si è costituita in entrambi i giudizi, replicando agli assunti avversari e chiedendone la reiezione.

9. I due appelli vanno riuniti ai sensi dell'art. 96 c.p.a..

10. In via preliminare Verdidea ha eccepito l'inammissibilità dell'appello assumendo che lo stesso sarebbe interamente fondato su censure nuove e non proposte nel primo grado di giudizio.

10.1. L'eccezione va respinta in quanto, ai sensi dell'art. 104, comma 1, c.p.a., il divieto di domande nuove in appello si applica solo all'originario ricorrente, mentre non riguarda le deduzioni non articolate in prime cure dall'Amministrazione resistente, la quale svolge "difese" (e non "*censure*") che possono trovare ingresso per la prima volta, senza alcuna preclusione, nel giudizio di secondo grado.

10.2. D'altra parte, anche il divieto di nuove eccezioni non rilevabili d'ufficio, sancito dal secondo comma dell'articolo 104 c.p.a. non ha attinenza alle "difese", come si è detto sempre esaminabili per la prima volta in grado di appello, con la conseguenza che l'amministrazione intimata, come non ha onere di articolare deduzioni in replica a quelle avversarie, così nel caso di soccombenza può proporre appello contro la sentenza adducendo qualunque argomento che ritenga utile per dimostrare l'infondatezza della domanda in primo grado (cfr. Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2022, n. 5796; nello stesso senso, Cons. Stato, sez. II, 24 novembre 2020, n. 7354; id., 2 marzo 2017, n. 980; id., sez. IV, 8 maggio 2015, n. 2328; id., sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 1154; id., sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6862).

10.3. Nel caso di specie, i motivi proposti dalle parti appellanti esulano dall'ambito delle questioni precluse in quanto investono mere difese, profili di ammissibilità del ricorso rilevabili d'ufficio (poiché concernenti l'interesse ad agire) ovvero argomentazioni difensive svolte in replica alle censure dedotte in primo grado ed esaminate dal T.A.R..

11. Passando all'esame degli appelli, vanno prioritariamente scrutinati i motivi con cui vengono reiterate - sul presupposto della loro totale pretermissione da parte del T.A.R. - le eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado.

11.1. Il Collegio reputa innanzitutto infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione parziale della disciplina di gara: deve infatti essere smentito quanto assumono le odierne appellanti, ovvero che la ricorrente in primo grado avesse lamentato la violazione del dovere di *clare loqui* da parte della *lex specialis*. Dalla lettura del ricorso introduttivo si evince che l'istante si era limitata a proporre una propria interpretazione delle previsioni della legge di gara – peraltro condivisa dal primo giudice – tale da rendere ammissibili e quindi legittime le proprie giustificazioni, rese in sede di verifica dell'offerta sospetta di anomalia, nella parte in cui facevano riferimento alle attività extra canone e modificavano le modalità di impiego della manodopera indicata nell'offerta tecnica.

La lettura del ricorso smentisce, pertanto, la tesi secondo cui la ricorrente avrebbe dovuto direttamente rivalersi sulla *lex specialis* di gara.

11.2. Appare per vero infondata anche l'ulteriore eccezione di inammissibilità con la quale, richiamando la nota giurisprudenza relativa all'impugnazione degli atti plurimotivati, si assume l'inammissibilità del ricorso di primo grado in quanto la parte istante non avrebbe specificamente censurato un distinto e autonomo profilo motivazionale addotto a sostegno della ritenuta anomalia della sua offerta, e cioè l'insufficienza dell'importo indicato a titolo di “*costi relativi alla gestione di mezzi e attrezzature*” a coprire i costi dovuti all'ammortamento.

Anche qui, da una piana lettura del parere conclusivo reso dalla Commissione di gara sulle giustificazioni trasmesse dall'odierna appellata (documento n. 3 allegato al ricorso di primo grado) emerge con evidenza che quello suindicato era solo uno dei profili che l'impresa aveva ritenuto di giustificare attraverso il ricorso – giudicato anomalo dalla Commissione – alle poste stanziare per le attività extra

canone: sicché anche su questo specifico profilo si è cristallizzato non già un autonomo e distinto capo motivazionale del provvedimento, ma un passaggio argomentativo destinato a confluire nel complessivo giudizio di anomalia dell'offerta, in quanto reggentesi sull'esaurimento del *plafond* previsto per le attività extra canone (principale *thema decidendum* del presente giudizio).

12. Nel merito, entrambe le statuizioni decisorie adottate dal T.A.R. necessitano di essere riformate.

13. Sulla prima questione - concernente la rilevanza che gli introiti delle attività extra canone possono assumere nella valutazione di sostenibilità dell'offerta economica - occorre fare un preliminare richiamo alle disposizioni della *lex specialis* di gara, le quali distinguono in modo chiaro, all'interno del più ampio novero delle prestazioni di manutenzione oggetto di appalto, tra quelle di natura ordinaria e conservativa, destinate ad essere obbligatoriamente espletate dall'affidatario del servizio e conseguentemente remunerate con il versamento allo stesso del "canone", ossia della rata mensile del corrispettivo di aggiudicazione; e quelle di carattere straordinario ("extra canone"), la cui esecuzione è solo eventuale, al pari della liquidazione del relativo corrispettivo.

13.1. Per queste ultime prestazioni - ai sensi dell'art. 3.2 del capitolato commissionabili solo in caso di "guasto", "a chiamata", per interventi "imprevisti ed aggiuntivi" e "previa autorizzazione della stazione appaltante" - la stazione appaltante si è limitata a stimare un importo massimo presunto (di € 153.000,00 annui oltre IVA), prevedendo la corresponsione della remunerazione del singolo intervento, sulla base della condivisione del relativo computo metrico estimativo (cfr. art. 3.2 cit. dello stesso c.s.a.) e dietro presentazione di fattura.

13.2. Tra le prestazioni di manutenzione straordinaria "extra canone" enumerate all'art. 3.2 cit. del capitolato figurano le seguenti voci:

“- *modifiche a componenti impiantistici nonché riparazioni e ripristini laddove dovuti ad atti vandalici;*

- *riparazioni, ripristini ed opere provvisoriale conseguenti ad eventi atmosferici;*

- *attività di riqualificazione di impianti, aree esterne e piante arboree, su richiesta della Stazione Appaltante?*

Palese è, dunque, l'oggettiva incertezza di esecuzione e di remunerazione che differenzia tali prestazioni da quelle di manutenzione ordinaria e conservativa.

13.3. Ciò posto, non è contestato in fatto che, ai fini della copertura dei costi sostenuti, l'odierna appellata abbia fatto riferimento anche alla totalità degli importi stanziati per le attività di c.d. “*manutenzione extra canone*” (presupponendo di svolgere con certezza tutte tali attività fino a esaurimento del relativo stanziamento) e che senza questa voce di introito l'offerta sarebbe risultata matematicamente “in perdita”: il fatto, poi, che le suddette attività fossero meramente incerte ed eventuali sia nell'*an* che nel *quantum*, essendo destinate a svolgersi a fronte di eventi imprevedibili o comunque non predefinibili *ex ante*, e sempre su specifica richiesta dell'Amministrazione, ha indotto la stazione appaltante a reputare la non sostenibilità dell'offerta economica nel suo complesso.

13.4. Sul punto, il primo giudice ha rilevato:

a) che correttamente la ricorrente aveva proposto un ribasso “*unico*”, come richiesto dalla legge di gara, operandolo quindi anche sulla somma indicata nel bando quale stanziamento per le attività extra canone;

b) che, alla stregua della *lex specialis*, le dette attività extra canone non erano ricollegate unicamente a eventi straordinari e imprevedibili, essendone indicata in qualche caso la frequenza temporale;

c) che in ogni caso la concorrente aveva ragionato sulla base della propria pregressa esperienza circa la “*frequenza minima*” con cui dette attività avrebbero potuto essere svolte, essendo il gestore uscente del servizio *de quo*.

13.5. A giudizio di questa Sezione, così opinando il T.A.R. ha fornito una non condivisibile lettura della disciplina di gara, potendo osservarsi in senso ad essa contrario (ed in linea con quanto osservato dalle odierne appellanti):

-- che non è revocabile in dubbio che le attività extra canone, al di là della natura prevedibile o imprevedibile degli eventi cui si ricollegano, possono svolgersi solo se richieste dalla stazione appaltante (la quale, pertanto, potrebbe anche, sulla base delle proprie non sindacabili esigenze, non richiederle affatto);

-- che, pertanto, l'indicazione dello stanziamento per le predette attività ha l'unico senso di definire il limite massimo delle risorse spendibili per tali servizi, da considerare in ogni caso eventuali e aggiuntivi rispetto a quelli sul cui valore doveva essere individuato il ribasso da proporre in sede di offerta;

-- che non appare decisivo il fatto che gli operatori concorrenti siano stati chiamati a presentare un'offerta unica (art. 1.6 capitolato speciale: "*Le attività oggetto del presente Capitolato, costituiscono un servizio unico e quindi non saranno prese in considerazione offerte parziali*") e che nell'importo annuo a base d'asta sia stato incluso anche quello di € 153.000,00 oltre IVA, riferito ai servizi di manutenzione extra canone. Il chiaro intento di queste previsioni (coerenti con l'art. 14 del Disciplinare di gara e confermate dall'impostazione del Modello F – Schema di offerta economica) è infatti quello di evitare offerte parziali e di acquisire un ribasso unico per tutte le prestazioni, non certo quello di contraddire o elidere il carattere eventuale delle prestazioni extra canone;

-- che non coglie nel segno neppure il rilievo secondo cui l'elenco delle prestazioni extra canone contenuto nell'art. 3.2 del c.s.a. avrebbe carattere meramente esemplificativo, sicché altre prestazioni aggiuntive dello stesso tipo (ad esempio quelle riportate all'art. 3.5) potrebbero essere richieste dalla stazione appaltante. In realtà, l'art. 3.5 contiene un elenco in via esemplificativa di prestazioni riconducibili allo schema generale di cui all'art. 3.2, rispetto al quale la prima disposizione si

pone in un rapporto di *species a genus*. Resta peraltro confermato il carattere aggiuntivo e meramente eventuale di tali prestazioni extra canone, in quanto collegate ad eventi imprevedibili ed esigibili solo su richiesta dell'ente committente. È questo il dato qualificante che ne rende la remunerazione precaria e non certa, quindi scarsamente valorizzabile ai fini del calcolo di sostenibilità economica dell'offerta.

13.6. Non vale a minare la correttezza della valutazione di anomalia neppure il fatto che l'art. 3.6 del capitolato preveda frequenze determinate per alcune delle prestazioni inserite tra quelle extra canone, quali la potatura degli alberi (una volta all'anno) e la spollonatura (frequenza trimestrale). Sulla base di questo dato la parte appellante cerca di conferire una maggiore stabilità alla previsione delle entrate extra canone.

Tuttavia, la lettura che la parte appellante fornisce del capitolato non pare corretta in quanto, a ben esaminarne il testo, la potatura cui si riferisce l'art. 3.6 è attività di manutenzione ordinaria e/o programmata e consiste in interventi di “*di diradamento e di rinnovo*” delle alberature. Non va quindi confusa con le diverse attività di potatura annoverate dall'art. 3.5 tra le prestazioni extra canone - consistenti in interventi “*di contenimento*” ovvero “*di risanamento*” - per le quali non è prevista alcuna frequenza minima.

13.7. Oltre a travisare la corretta natura delle prestazioni elencate agli artt. 3.5 e 3.6, la parte appellante (seguita dal T.A.R.) manca di considerare che la prima delle due menzionate disposizioni fornisce un'elencazione anche questa meramente esemplificativa delle prestazioni di “*manutenzione programmata conservativa*”, tra le quali è espressamente inclusa anche la potatura degli arbusti.

Quanto appena evidenziato circa il carattere non esaustivo di dette attività programmate vale altresì per la “*spollonatura e scacchiatura piante*” (che altro non è che un'altra forma di potatura).

Dunque, le uniche attività delle quali Verdidea indica una frequenza minima non rientrano tra le prestazioni extra canone, mentre rientrano tra le attività ordinarie e programmate diverse sottospecie di potatura non annoverabili tra le prestazioni extra canone. Il che contraddice e in parte ribalta il ragionamento espresso sul punto nella sentenza impugnata.

13.8. Deve ancora osservarsi che la parte appellante non dimostra in alcun modo che i ricavi ritraibili dalle attività “*extra canone*” a cadenza minima potrebbero raggiungere la misura massima stanziata dalla stazione appaltante. Una simile dimostrazione risulterebbe d’altra parte impossibile, poiché la sola esecuzione della potatura degli alberi e della spollonatura (in disparte i precedenti rilievi sulla loro espunzione dalle prestazioni “*extracanone*”) comunque non esaurirebbe minimamente la gamma indefinita di prestazioni riconducibili allo schema degli artt. 3.2 e 3.5 del capitolato speciale.

Come innanzi esposto, la stazione appaltante si è limitata esclusivamente a stimare un importo massimo presunto (di € 153.000,00 annui oltre IVA) per la remunerazione di tali interventi “*imprevisti ed aggiuntivi*” (cfr. art. 1.6): ma ciò non consente di considerare il predetto importo, anche al netto del ribasso offerto, come *ex se* destinato ad essere integralmente corrisposto dalla stazione appaltante per le predette prestazioni di manutenzione straordinaria.

13.9. A minare l’equilibrio economico-finanziario dell’offerta è dunque la previsione dell’attingimento dell’intero *plafond* riservato dalla stazione appaltante alla remunerazione delle eventuali attività di manutenzione extra canone: previsione, questa, non fondata su elementi affidanti, oggettivi e verificabili, non potendosi considerare tali neppure i dati storici relativi alla precedente gestione del servizio – poiché le esigenze di richiesta delle prestazioni mutano in base alle specifiche evenienze di ogni periodo ed al verificarsi di presupposti del tutto imponderabili. E’ proprio la peculiare tipologia delle prestazioni straordinarie in

esame, attivabili al verificarsi di accidenti o eventi occasionali, come stabilito dall'art. 3.5 cit. del capitolato, ad impedire di poter fondare su di esse, con sufficiente margine di garanzia, alcun plausibile e affidabile calcolo di equilibrio economico-contabile.

13.10. D'altra parte, costituisce *ius receptum* il principio secondo cui un'offerta economica, soprattutto se presentata in una procedura competitiva, non può basarsi su elementi meramente aleatori ed eventuali, rivelandosi imprescindibile l'esigenza di massima certezza della previsione di equilibrio economico-finanziario in essa riportata.

13.11. Tutto ciò induce a ritenere pienamente condivisibile *in parte qua* il giudizio di anomalia dell'offerta economica formulato dall'Amministrazione, ed erronee le argomentazioni sulla base delle quali il T.A.R. ne ha motivato l'annullamento.

14. Appare fondato anche il secondo rilievo posto a base della valutazione di anomalia, concernente la mutata articolazione dell'offerta di manodopera.

14.1. Si legge, infatti, nella relazione metodologica (sub-elemento "A", par. F) dell'offerta tecnica di Verdidea, testualmente riportata da quest'ultima nelle proprie giustificazioni, che *"Verdidea con l'ausilio dei propri tecnici e con l'esperienza maturata nel cantiere OSP Riuniti di Foggia ha elaborato una composizione delle squadre tale da far fronte alla frequenza delle lavorazioni sia a canone sia per interventi aggiuntivi e/o imprevisti. Al fine di rendere il servizio maggiormente efficiente rispetto agli obiettivi qualitativi richiesti, efficace e di piena soddisfazione per l'Amministrazione e l'utenza ospedaliera, la scrivente, oltre al personale minimo indicato documenti di gara (nr. 7 unità), propone l'inserimento di ulteriori 4 operatori come di seguito dettagliato:*

- nr. 01 unità a tempo indeterminato (OTI)
- nr. 03 unità a tempo determinato (OTD Stagionali)

*L'incremento della forza lavoro proposto consentirà la formazione di un'ulteriore squadra di lavoro sia per le ordinarie lavorazioni manutentive e conservative che per eventuali chiamate di una pluralità di interventi imprevisti ed aggiuntivi*".

14.2. La portata dell'impegno negoziale assunto dall'impresa nella propria offerta tecnica è, dunque, estremamente chiara e depone in modo inequivoco nel senso dell'impiego dell'ulteriore squadra di lavoro, composta dalle complessive quattro unità suindicate di personale aggiuntivo, sia per le prestazioni di manutenzione ordinaria e conservativa, sia per quelle di manutenzione straordinaria "extra canone".

14.3. È altrettanto evidente, quindi – come correttamente ritenuto dalla stazione appaltante nei provvedimenti impugnati – che quella che il T.A.R. qualifica come una mera "precisazione" si rivela essere, in realtà, una non consentita modificazione dei contenuti dell'offerta tecnica, poiché solo in sede di giustificativi è emerso che tre delle quattro unità aggiuntive sarebbero state distolte dalle attività ordinarie e destinate alle sole attività extra canone (nonostante, come notato dalle parti appellanti, il numero e le modalità d'impiego delle unità aggiuntive di personale offerte costituissero elemento qualificante ai fini dei punteggi assegnati alle offerte). Attraverso tale modifica l'impresa ha conseguito un abbattimento dei costi della manodopera che ne ha modificato l'importo dichiarato, facendo venire meno l'anomalia dell'offerta.

14.4. Nondimeno, la modifica dell'offerta - anche emersa dalle giustificazioni fornite in sede di giudizio di anomalia - legittima l'esclusione del concorrente sia per l'inattendibilità dell'offerta originaria che essa denota, sia per "l'inammissibilità di una nuova valutazione dell'offerta modificata" (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 2941 del 2022).

14.5. Non può condividersi neppure l'asserzione contenuta in sentenza secondo cui sarebbe "assolutamente ragionevole" l'utilizzo di lavoratori a tempo determinato per lo svolgimento di attività extra canone, siccome coerente con una tipologia di

prestazioni a chiamata e con il circoscritto lasso temporale in cui i lavoratori verrebbero impiegati.

Va al contrario osservato che proprio l'imponderabilità dei fatti impreveduti che motivano le prestazioni extra canone (guasti, avversità atmosferiche, etc.) esige la disponibilità di personale sempre presente e operativo.

Viceversa il carattere temporalmente limitato delle assunzioni stagionali e a tempo determinato rende più ragionevole una loro destinazione ad attività di manutenzione ordinaria e programmata, piuttosto che ad impieghi incerti e non pianificabili.

14.6. Appare dunque evidente e non giustificabile la modifica dell'offerta operata in sede di giustificazioni e, dunque, ineluttabile l'esito di esclusione dell'appellata dalla gara anche per tale autonoma ed ulteriore ragione, di per sé idonea a sorreggere la motivazione del provvedimento impugnato.

14.7. Alla luce di quanto esposto, e tenuto conto del noto indirizzo giurisprudenziale circa l'ampia discrezionalità tecnica che connota le valutazioni dell'Amministrazione in sede di verifica sulle offerte sospette di anomalia, con la connessa limitazione del sindacato giurisdizionale ai soli casi di erroneità, travisamento o illogicità *ictu oculi* evidenti (che qui non ricorrono), anche per il capo ora esaminato la sentenza di primo grado merita di essere riformata, con assorbimento dell'ultimo motivo, inteso a censurare la statuizione – per quel che vale, anch'essa erronea alla stregua della più recente giurisprudenza di questa Sezione – con cui il T.A.R., all'esito dell'annullamento dell'impugnata esclusione della ricorrente, ha ordinato *de plano* di disporsi l'aggiudicazione in suo favore, anziché rimettere alla stazione appaltante la rinnovazione della contestata verifica di congruità della relativa offerta.

15. Quanto, infine, ai motivi assorbiti in primo grado, appare fondata l'eccezione di tardività della loro riproposizione, essendo stati dedotti dall'appellata (con

memoria depositata il 24 gennaio 2023) dopo la scadenza del termine per la costituzione nel giudizio di appello (termine di 30 giorni decorrente dalla notifica dell'atto di appello del 25 novembre 2022): al riguardo, nella memoria di replica l'appellata si difende rilevando che il termine di costituzione è ordinatorio e non perentorio, ma nella specie non è quello il termine che viene in rilievo, bensì quello di cui all'articolo 101, comma 2, c.p.a., coincidente solo *ratione temporis* con il termine di costituzione e certamente perentorio (come evincibile dal fatto che le domande e le eccezioni non riproposte entro detto termine “*si intendono rinunciate*”).

15.1. In ogni caso, il motivo riproposto è anche infondato nel merito.

15.2. Verdidea si duole della disparità di trattamento che si sarebbe determinata in conseguenza del fatto che la stazione appaltante non ha chiesto anche a C.N.S. di giustificare la conservazione dell'utile anche in ipotesi di mancata erogazione dei servizi extra canone. Questa omissione risulterebbe rilevante, poiché anche l'offerta di C.N.S. si presenterebbe in perdita in caso di mancata erogazione della manutenzione extra canone.

15.3. La censura va respinta innanzitutto in quanto non è dimostrato il fondamentale presupposto dell'assoluta identità delle situazioni poste a confronto, indispensabile per l'astratta configurabilità del vizio di eccesso di potere sotto il profilo dedotto (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, n. 1225 del 2015).

Ed invero, come innanzi già esposto, la “prova di resistenza” cui è stata assoggettata l'offerta di Verdidea nel corso della verifica di anomalia si è resa necessaria alla luce dell'evidente squilibrio – emerso dalle giustificazioni da essa fornite – tra i ricavi certi, pari ad € 1.041.761,17 (derivanti dalle prestazioni di manutenzione ordinaria e programmata) e le spese di gestione, complessivamente quantificate nella maggior misura di € 1.220.742,91, e ciò - si badi - senza neppure tener conto dei costi di ammortamento, dei quali pure la stazione ha censurato la mancata considerazione.

15.4. Tale situazione, che peraltro la stessa ricorrente non contesta nei suoi riscontri numerici, non risulta essersi verificata con riferimento all'offerta dell'odierna parte appellante C.N.S. all'esito della pertinente verifica di anomalia. Per quanto si evince dal provvedimento di aggiudicazione, il corrispettivo annuo spettante con certezza a C.N.S. per le prestazioni di manutenzione ordinaria, programmata e conservativa, ammonta ad € 313.636,72 (oltre oneri di sicurezza predeterminati dalla p.a. nella misura di € 16.456,30 e IVA).

Detratti i costi annui specificati per la manodopera (€ 209.562,15 = € 628.686,45 per l'intero triennio), per la sicurezza aziendale (€ 2.600,00 = 7.800,00 per l'intero triennio) e per le spese annue di gestione indicate nelle giustificazioni in misura annua pari ad € 93.474,57 (derivanti da € 129.923,71 per costi relativi a macchinari, attrezzature, prodotti, materiale di consumi e sistemi migliorativi offerti ed € 150.500,00 per spese generali di gestione, di pubblicazione, smaltimento rifiuti: = 280.423,71 totali per l'intero triennio), residua un utile annuo di € 8.000,00 (pari ad € 24.000,00 per l'intero triennio).

Ne discende che, diversamente dall'offerta di Verdidea, la proposta economica di C.N.S. si rivela pienamente autosufficiente, anche indipendentemente dai ricavi incerti ed eventuali derivanti dalle (parimenti eventuali) prestazioni "extra-canone".

15.5. La dedotta disparità di trattamento è quindi contraddetta dagli atti di gara e va respinta, anche perché Verdidea nulla eccepisce sulla attendibilità delle stime di costo allegate dalla controparte e, quindi, sui conteggi numerici innanzi esposti che definiscono l'equilibrio della relativa offerta.

16. L'esito conclusivo del presente grado di giudizio è quindi di accoglimento dell'appello per le ragioni assorbenti sin qui illustrate, respinti i rilievi di inammissibilità del ricorso di primo grado riproposti dalle parti appellanti.

17. In considerazione dell'alternativo esito del giudizio, si ravvisano giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite relative ad entrambi i gradi.

## **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli (rr. gg. nn. 9412 e 9430 del 2022), come in epigrafe proposti:

- li riunisce ai sensi dell'art. 96 c.p.a.;
- li accoglie ai sensi e nei limiti di cui in motivazione;
- per l'effetto respinge il ricorso di primo grado;
- compensa le spese processuali relative ad entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Giovanni Pescatore**

**IL PRESIDENTE**  
**Raffaele Greco**