

Pubblicato il 19/04/2021
N. 03174/2021REG.PROV.COLL.
N. 03873/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3873 del 2020, proposto da OMISSIS s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Pier Giorgio Leoni, Giovanni Corbyons, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Difesa, Direzione di Commissariato Marina Militare La Spezia, in persona rispettivamente del Ministro e del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

OMISSIS s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Filip Bernini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

OMISSIS, non costituita in giudizio;

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria, Sezione Seconda, 6 maggio 2020, n. 272, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa, della Marina Militare - Direzione di Commissariato La Spezia e di OMISSIS s.p.a.

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2020 il consigliere Angela Rotondano e data la presenza per le parti, ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, d. l. n. 28/2020 e dall'art. 25 d. l. n. 137/2020, degli avvocati Pier Giorgio Leoni e Filip Bernini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 123 del 22 ottobre 2019, la Direzione di Commissariato della Marina Militare della Spezia (di seguito "*Stazione appaltante*" o l'*"Amministrazione"*) indicava, ai sensi degli artt. 61 e 95, comma 3, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (*Codice dei contratti pubblici*), una procedura ristretta per l'affidamento del "*servizio di pulizia e rifacimento letti presso i Circoli della Marina Militare della Spezia e Livorno, a basso impatto ambientale e suddiviso in tre lotti*", da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo massimo complessivo a base d'asta di € 187.256,96 oltre IVA, di durata annuale, con facoltà per l'Amministrazione di procedere, per il triennio successivo alla scadenza, con procedura negoziata ai sensi dell'art. 63, comma 5, del citato *Codice*.
 - 1.1. In particolare, i lotti 1 e 3, di interesse del presente giudizio, avevano ad oggetto rispettivamente "*il servizio di pulizia e rifacimento letti presso il Circolo Sottufficiali Marina Militare della Spezia*" (di valore pari ad € 38.357,17 oltre IVA) e il "*servizio di pulizia e rifacimento letti, comprensivo di lavaggio e stoviglie presso il Circolo Ufficiali M.M. e il Circolo Sottufficiali M.M. di Livorno*" (per un importo di € 89.518,42, oltre IVA).
 - 1.2. All'esito delle operazioni, risultava aggiudicataria, per entrambi i detti lotti, l'impresa OMISSIS s.p.a. (la quale aveva ottenuto il punteggio complessivo di 92,539 punti per il lotto 1 e di 100 punti per il lotto 3).
2. La società OMISSIS s.c.a.r.l., seconda classificata nei lotti su indicati, impugnava dinanzi al

Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto ad OMISSIS (di cui al decreto n. 31 del 12 novembre 2019) e gli altri atti di gara (segnatamente i verbali della commissione giudicatrice nelle parti recanti l'ammissione alla procedura dell'offerta aggiudicataria e la decisione di ritenerla congrua e affidabile per entrambi i lotti), formulando, alla stregua di due motivi di ricorso, le seguenti censure: *"I. Violazione e falsa applicazione dei principi generali del legittimo affidamento, imparzialità e parità di trattamento. Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione della lex specialis. Violazione e falsa applicazione dell'art. 23, commi 14 e 15, del D.Lgs. n. 50/2016; II. Violazione e falsa applicazione del principio generale del c.d. "utile necessario", violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Violazione e falsa applicazione della legge 23.12.2014, n. 190. Violazione e falsa applicazione del d.lgs. 15.12.1997, n. 446."*

2.1. In particolare, la ricorrente censurava sotto plurimi profili (per difetto di motivazione ed istruttoria, nonché per violazione di legge e della *lex specialis* di gara) la valutazione di congruità dell'offerta aggiudicataria condotta dalla stazione appaltante e sosteneva che detta offerta dovesse essere esclusa dalla procedura per difformità dalle specifiche minime del servizio ed anche per essere manifestamente anomala; domandava conseguentemente l'annullamento degli atti gravati e il subentro nel contratto, previa declaratoria di inefficacia, ove *medio tempore* stipulato tra le parti, o, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente monetario.

2.2. Con un primo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente impugnava, inoltre, l'atto di assegnazione del servizio (di cui alla nota dirigenziale prot. n. 6463 del 6 febbraio 2020) all'aggiudicataria ed arricchiva le censure evidenziando ulteriori profili di anomalia dell'offerta di quest'ultima; e, con ulteriori motivi aggiunti, gravava le note dirigenziali sopravvenute sempre afferenti la consegna del servizio alla controinteressata da parte della stazione appaltante.

3. All'udienza pubblica del 29 aprile 2020, il Tribunale amministrativo, disattese le richieste di rinvio formulate dalle difese delle Amministrazioni resistenti e della controinteressata, tratteneva la causa in decisione e con la sentenza indicata in epigrafe respingeva il ricorso e i motivi aggiunti, condannando la ricorrente al pagamento delle spese e competenze di lite.

4. La ricorrente di primo grado propone appello contro la sentenza, deducendone l'erroneità e chiedendone la riforma per i seguenti motivi: *"1. Error in procedendo in relazione a: Violazione e falsa applicazione dell'art. 84, comma 1, comma 5, del decreto legge 17.3.2020, n. 18.*

Violazione e falsa applicazione dell'art. 54 del c.p.a. Violazione e falsa applicazione dell'art. 73 c.p.a. Violazione e falsa applicazione dell'art. 43 c.p.a. Violazione e falsa applicazione dell'art. 46 c.p.a. Violazione e falsa applicazione dell'art. 105 c.p.a. Violazione e falsa applicazione del principio generale del contraddittorio e del diritto di difesa. Violazione e falsa applicazione dell'art. 24 della Cost. Violazione e falsa applicazione dell'art. 111 della Cost.; 2. Error in iudicando: 1° motivo di ricorso principale e 1° motivo dei due atti di motivi aggiunti. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 88 del c.p.a. Difetto, contraddittorietà ed illogicità della motivazione della sentenza impugnata in relazione a: Violazione e falsa applicazione dei principi generali di legittimo affidamento, imparzialità, e parità di trattamento. Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016. Violazione della lex specialis.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 23, commi 14 e 15, del d.lgs. n. 50/2016. 3. Error in iudicando: 2° motivo di ricorso principale, 2° motivo dei motivi aggiunti. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 88 del c.p.a. Difetto, contraddittorietà ed illogicità di motivazione della sentenza impugnata in relazione a: Violazione e falsa applicazione del principio generale del cd. "utile necessario". Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Violazione e falsa applicazione della legge 23.12.2014, n. 190. Violazione e falsa applicazione delle norme di applicazione dell'IRAP – legge 15.12.1997, n. 446.

3.1. Si sono costituite le Amministrazioni intimato e l'aggiudicataria OMISSIS, insistendo per il rigetto dell'appello.

3.2. Con ordinanza n. 3638 del 19 giugno 2020, la Sezione ha accolto l'istanza cautelare ai fini della sollecita fissazione del merito ai sensi dell'art. 55, comma 10, Cod. proc. amm.

3.3. Le parti hanno quindi affidato al deposito di memorie e repliche l'illustrazione delle rispettive tesi difensive.

3.3. All'udienza pubblica del 3 dicembre 2020, tenuta con collegamento da remoto, su richiesta delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

4. Con i motivi proposti, parte appellante lamenta che la sentenza impugnata sarebbe inficiata da plurimi *errores in procedendo e in iudicando*, invocandone l'integrale riforma.

4.1. In particolare, con il primo motivo, l'appellante deduce *violazione e falsa applicazione dell'art. 73 Cod. proc. amm.*, nonché *violazione del diritto di difesa e del principio generale del contraddittorio*: si duole, in particolare, che il primo giudice abbia disatteso la richiesta di rinvio formulata dalle parti resistenti a seguito del deposito dei secondi motivi aggiunti al ricorso (assumendo di aver fatto affidamento sulla concessione del rinvio in ragione del disposto di cui all'art. 84, commi 1 e 5, del d.l. n. 18 del 2020) ed inoltre lamenta che la sentenza non avrebbe nemmeno esaminato il secondo atto di motivi aggiunti.

4.2. Con il secondo e il terzo motivo l'appellante ha poi reiterato le censure formulate col ricorso introduttivo e coi motivi aggiunti, respinte dalla sentenza con argomentazioni, a suo avviso, erranee, contraddittorie e poco convincenti.

Con tali mezzi l'appellante è tornata a sostenere che l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per non avere tenuto conto del carattere inderogabile dell'indicazione contenuta nel bando in merito al tempo, minimo e massimo, necessario per l'esecuzione del servizio e a contestare il difetto di motivazione e la carenza di istruttoria della verifica di anomalia, con specifico riferimento alla riduzione del *"monte ore"* previsto nel progetto per eseguire il servizio posto a gara, censurando l'incongruità nel complesso dell'offerta dell'aggiudicataria in relazione a plurimi indici di inaffidabilità, a suo avviso erroneamente apprezzati dalla stazione appaltante.

4.3. In dettaglio, l'appellante ha contestato che la stazione appaltante, prima, e il Tribunale amministrativo poi non avrebbero adeguatamente considerato i seguenti profili, sintomatici di un'offerta nel complesso insostenibile: a) il ribasso estremo sul prezzo; b) l'eccessiva riduzione del monte ore di servizio; c) il costo orario medio della manodopera, insostenibile se non accompagnato alla riduzione dei restanti costi; d) la quantificazione dei costi operata dall'aggiudicataria, in particolare con riferimento alla voce *"spese generali"*, inidonea a coprire finanche le spese per la stipula del contratto; e) la stima di un utile di impresa irrisorio. Infine non sarebbe stato nemmeno oggetto di adeguata considerazione il costo dell'IRAP, in presenza di un minimo di legge del 3,90 per cento nell'ipotesi di impiego, come nella specie, di lavoratori a tempo determinato.

5. Le parti appellate hanno diffusamente controdedotto alle argomentazioni articolate coi motivi di appello, sostenendo che: a) in primo luogo, non sarebbe configurabile alcuna lesione del diritto di difesa né l'omesso esame di tutti i motivi di impugnazione (che la sentenza avrebbe invece compiutamente scrutinato); b) il ricorso è comunque infondato nel merito, poiché le valutazioni di congruità dell'offerta di OMISSIS non sono inficiate da illogicità o irragionevolezza: nulla poteva escludere che le modalità di espletamento del servizio da parte della ditta aggiudicataria si giovassero di accorgimenti e tecniche innovative, e che il riferimento negli atti di gara al *monte ore* fosse meramente indicativo e non tassativo; destituito di fondamento sarebbe poi anche il motivo sull'insufficienza dell'utile, in quanto, per consolidato orientamento della giurisprudenza, anche un utile modesto può comportare un vantaggio significativo per l'impresa concorrente che può trovare nell'affidamento della commessa pubblica motivo di interesse e ragioni di convenienza di diversa natura.

6. Va *in limine* rilevata l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità dei motivi di appello.

6.1. Al riguardo, deve rammentarsi che l'appello è inammissibile per violazione dell'art. 101 del Cod. proc. amm., ove esso consista nella *"mera riproposizione dei motivi dedotti a sostegno del ricorso di primo grado, senza che sia sviluppata, mediante l'articolazione di puntuali argomenti critici, alcuna confutazione della statuizione del primo giudice"* (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, sezione VI, 21 ottobre 2019, n. 7142); il che è da escludersi nella fattispecie in esame, ove i mezzi di gravame contengono, invece, una puntuale critica alla sentenza di primo grado.

6.2. Va poi esaminata, sempre in via preliminare, l'eccezione di inammissibilità del secondo motivo del ricorso introduttivo, riproposta dall'aggiudicataria e dichiarata assorbita in primo grado.

OMISSIS sostiene in particolare che il *petitum* del presente motivo sarebbe l'esclusione dell'aggiudicataria, mentre, in caso di accoglimento delle censure articolate, l'utilità al più potrebbe essere quella della ripetizione del giudizio di anomalia; dal che l'inammissibilità per carenza di interesse del motivo proposto.

6.3. L'eccezione è infondata.

Con il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti, la OMISSIS ha domandato l'annullamento di tutti gli atti gravati, tra l'altro per difetto di motivazione e di istruttoria della verifica di anomalia condotta dalla Stazione appaltante: l'accoglimento della domanda formulata non precluderebbe, quindi, il riesercizio

del potere da parte dell'Amministrazione e la rinnovazione degli atti di gara, a partire dal segmento procedimentale inficiato dai vizi denunciati.

7. Può dunque procedersi ad esaminare i motivi di appello proposti.

8. Il primo motivo di gravame è infondato.

Del mancato rinvio dell'udienza può al più dolersi la parte che lo aveva richiesto ed a cui è stato negato, sicché non sussiste l'addotta lesione del diritto di difesa; anche la censura inerente all'omesso esame dei secondi motivi aggiunti non configura alcuna lesione del diritto di difesa della parte ricorrente e non può perciò consentire la rimessione al primo giudice ex art. 105 Cod. proc. amm., operando anzi il principio devolutivo, per cui sul punto dovrebbe pronunciarsi il giudice di appello.

9. Nel merito l'appello deve essere accolto per l'assorbente fondatezza delle censure formulate con il terzo motivo di gravame con cui l'appellante contesta la sentenza impugnata, nella parte in cui avrebbe omesso di rilevare la dedotta assenza di istruttoria e di motivazione in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta.

9.1. Vengono qui in rilievo i principi affermati costantemente dalla giurisprudenza amministrativa in merito al sindacato di legittimità sul giudizio di anomalia dell'offerta, appropriatamente richiamati anche dall'appellante nell'illustrare i motivi di gravame.

Sul tema è ripetuta in giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. di Stato, V, 28 maggio 2019, n. 3502; V, 2 maggio 2019, n. 2879) l'affermazione che il procedimento di verifica dell'anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto, e che pertanto la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo (tra tante, III, 29 gennaio 2019, n. 726; V, 23 gennaio 2018, n. 430; 30 ottobre 2017, n. 4978).

Sempre in tema, è acquisito il principio secondo cui il giudice amministrativo – pur non potendo procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria della pubblica amministrazione (ex multis, Cons. Stato, V, 22 dicembre 2014, n. 6231; 18 febbraio 2013, n. 974; 19 novembre 2012, n. 5846; 23 luglio 2012, n. 4206; 11 maggio 2012, n. 2732) – può sindacare le valutazioni della pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza e adeguatezza dell'istruttoria.

Va altresì evidenziato che, in sede di verifica delle offerte sospettate di anomalia, anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti a dimostrazione della non anomalia della propria offerta rientra nella discrezionalità tecnica dell'amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può intervenire, fermo restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione (Cons. di Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6161; Cons. di Stato, V, 6023 del 22 ottobre 2018; Cons. Stato, VI, 14 agosto 2015, n. 3935).

Giova infine rammentare che, per comune intendimento, la valutazione favorevole circa le giustificazioni dell'offerta sospetta di anomalia non richiede un particolare onere motivazionale, essendo richiesta una motivazione più approfondita solo laddove l'amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione (Cons. Stato, sez. V, 25 ottobre 2017 n. 4912); inoltre, nella ipotesi di giudizio positivo dell'offerta sospettata di anomalia, incombe a chi lo contesta l'onere di dimostrarne l'irragionevolezza o l'erroneità (Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2017 n. 4527), non essendo sufficiente allegare considerazioni parcellizzate sulla incongruenza o insufficienza (solo) di talune voci di costo.

9.2. Orbene, alla luce dei su riportati principi ritiene il Collegio che, per un verso, il caso di specie è paradigmatico della situazione eccezionale che si viene a determinare quando l'amministrazione incorra in una valutazione viziata, sotto il profilo del difetto di istruttoria e della carenza di adeguata motivazione, nell'ambito della verifica di anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria; per altro verso, che al su indicato onere probatorio parte appellante non si è sottratta, avendo evidenziato profili di complessiva irragionevolezza nell'apprezzamento e nell'attività valutativa tecnico- discrezionale rimessa alla stazione appaltante.

9.3. La sentenza di primo grado ha ritenuto infondate le censure articolate coi mezzi di ricorso sulla scorta delle seguenti considerazioni:

a) che le disposizioni in termini di *“monte ore”* di cui agli atti di gara siano meramente *“indicative”* e non *tassative*, anche in considerazione del criterio di aggiudicazione prescelto dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sicché, nell'ambito dell'ampia discrezionalità riservata alla stazione appaltante nella formulazione degli atti di gara, sarebbe *“incongruo attribuire una valenza tassativa alle norme sul monte ore a fronte ...della citata discrezionalità”* della scelta, considerato altresì che la *“nozione di offerta economicamente più vantaggiosa”* va intesa *“non già come il prezzo più favorevole, ma quale più*

efficace combinazione dell'elemento finanziario con quello tecnico della proposta";

b) che, in ogni caso, *"la possibilità dell'introduzione di beni strumentali capaci di migliorare anche la resa oraria del servizio"* sarebbe elemento in sé utile ad ovviare alla censurata sensibile riduzione del monte ore, oltre che di suo idoneo a far ritenere tale disposizione meramente indicativa;

c) che nella *"possibile antinomia rilevabile fra il bando e le assai minuziose specifiche contenute nei capitolati e nel disciplinare tecnico devono ritenersi prevalenti gli atti generali...posto che essi delineano quali siano le regole all'interno delle quali si doveva apprezzare l'esecuzione dell'attività negoziale prevista"*;

d) che parte ricorrente non avrebbe comunque provato se e come tale riduzione del "monte ore" calcolato negli atti di gara avrebbe consentito alla controinteressata di ridurre i costi della manodopera;

e) che il rilevante *"ribasso"* praticato da OMISSIS *"sarebbe compatibile con la pratica commerciale e la sua eventuale natura predatoria avrebbe dovuto essere compiutamente dimostrata dalla ricorrente"*; in ogni caso l'intento di affermarsi *"nel mercato ligure, per essa nuovo"* sarebbe idonea giustificazione;

f) che generica ed infondata risulterebbe poi *"la censura proposta relativamente allo scarso livello retributivo che l'aggiudicataria si è obbligata a versare ai propri dipendenti"*, profilo sul quale *"si è soffermata la fase di verifica di anomalia"*, senza che sul punto l'originaria ricorrente abbia proposto specifiche doglianze;

g) che l'applicazione dell'imposta IRAP sarebbe corretta alla luce del disposto di cui all'art. 11, comma 4-octies, del D.Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, che ha previsto *"la deducibilità di tale onere ai fini della liquidazione del carico tributario"*.

9.4 Tali argomentazioni non sono, ad avviso del Collegio, condivisibili.

9.5. In primo luogo, si osserva che non si rinviene alcuna *"antinomia"* fra il bando di gara e i capitolati e disciplinari tecnici: il primo dispone infatti in via generale, laddove i capitolati e il disciplinare tecnico impongono, coerentemente alle disposizioni generali, adeguate specificazioni in ordine alle *"modalità"* dell'esecuzione del servizio. Il capitolato speciale, il progetto e le schede tecniche vengono anzi espressamente richiamate come tassative dalla lettera di invito (v. art. 1, comma 2, ed art. 8, comma 1, recante le prescrizioni sulla formulazione dell'offerta tecnica, laddove si afferma testualmente che *"L'offerta tecnica deve rispettare, pena l'esclusione dalla procedura di gara, le caratteristiche minime stabilite nel disciplinare tecnico e relativi annessi (Capitolati tecnici) nonché le specifiche tecniche"*).

Il servizio di pulizia e raspetto, oggetto di affidamento, è stato dunque puntualmente descritto dal bando di gara, dalla lettera di invito, dal progetto, nonché dal capitolato tecnico, al quale, per ciascun lotto, sono state allegate le schede tecniche riepilogative (quanto agli spazi da pulire, al numero degli interventi, alla relativa cadenza). Sulla base della quantità delle superfici, della tipologia di ambienti e della frequenza degli interventi, gli atti di gara hanno, relativamente ad ogni lotto, distinto per singolo circolo, calcolato (nel progetto di gara) il numero di ore annuo stimato per l'esecuzione del servizio (e, segnatamente, quanto al lotto 1 un totale di 3092,43 ore, quanto al lotto 3 un totale di 2622, 21 ore per il servizio da svolgersi presso il Circolo Ufficiali di Livorno e di 1976,7 per il Circolo Sottufficiali).

Ne segue che, a prescindere dalla sua inderogabilità, il numero di ore per eseguire il servizio, preventivato dagli atti di gara, rappresentava comunque parametro di riferimento anche ai fini della formulazione e valutazione dell'offerta tecnica dell'operatore economico; e comunque tale indicazione non costituiva elemento privo di specifica rilevanza, quanto meno, come riconosciuto dalla stessa aggiudicataria, ai fini della stima degli oneri complessivi della manodopera da calcolarsi ai sensi degli artt. 23, comma 15, d.lgs. n. 50/2016.

Ad ogni buon conto, anche a voler ritenere che l'indicazione del monte ore annuo non avesse carattere tassativo e inderogabile, ma indicativo nella formulazione dell'offerta, non può trascurarsi che la legge di gara fa espresso riferimento all'effettuazione di pulizie *nei tempi e orari richiesti* (cfr. art. 1 della lettera di invito, a mente del quale *"per l'espletamento dei servizi dovranno essere impiegate unità lavorative, attrezzature e materiali, secondo quanto stabilito dal Disciplinare Tecnico di cui all'Allegato 1, per la perfetta esecuzione nei tempi ed orari richiesti"*), nonché a *condizioni e modalità di svolgimento del servizio* (*"come previste dall'Amministrazione appaltante nel bando di gara e nel disciplinare di gara completo di tutti i suoi allegati, con particolare riferimento all'allegato costituente il disciplinare tecnico di cui il presente capitolato tecnico costituisce parte integrante"*: cfr. art. 1 del disciplinare tecnico), ed ancora a *modalità e periodicità nello svolgimento delle pulizie* (come *"indicate in dettaglio nelle allegate schede"*: così art. 7 del disciplinare tecnico) e contiene altresì la specifica indicazione di *ambienti e frequenza* del servizio di pulizia e raspetto (cfr. art. 7 del disciplinare tecnico: il servizio *"riguarda la pulizia e raspetto riferito a locali/superfici/ elementi"*); questi aspetti erano tutti volti a garantire la corretta esecuzione del servizio *a perfetta regola d'arte*, attenendo ai requisiti minimi che l'offerta doveva assicurare.

9.6. In secondo luogo, il ricorso ed i successivi motivi aggiunti non si limitano a dedurre la *"tassatività"* delle disposizioni relative al cd. *"monte ore"*, ma evidenziano altresì che tale profilo assume rilievo in relazione alla complessiva valutazione di affidabilità dell'offerta.

L'assunto è fondato: le disposizioni afferenti il cd. *"monte ore"* riguardano sia l'offerta tecnica (cui era attribuito un punteggio pari a 70 punti), in quanto anch'esso concerne le modalità di corretta ed efficiente esecuzione del servizio, sia l'offerta economica, assumendo tale dato sicuro rilievo ai fini della stima del costo della manodopera.

È bene allora rammentare che la riduzione del *"monte ore"* da parte di OMISSIS (nella significativa misura di 545 ore per il lotto 1, pari al 17 per cento in meno rispetto a quanto richiesto dal progetto di gara, e di 47 ore offerte nel complesso per il lotto 3) è un dato provato e non contestato; ne segue che era certamente necessario che di un ridimensionamento delle ore *"lavorate"* nei termini su indicati la concorrente fornisse adeguata giustificazione e che sul punto la stazione appaltante svolgesse un'istruttoria accurata, da compendiare in un idoneo impianto motivazionale. Ciò nel caso di specie non è però avvenuto in quanto, in sede di procedimento di anomalia, l'aggiudicataria in effetti nulla ha dedotto in relazione alla riduzione del cd. *"monte ore"*.

La sentenza è allora viziata da *error in iudicando* per non aver rilevato il difetto di motivazione e istruttoria inficiante la verifica di anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria: per il vero, una rilevante riduzione del monte ore lavorate, quale quella operata da quest'ultima nella sua offerta tecnica, non può che influire sull' *"efficace combinazione dell'elemento finanziario con quello tecnico della proposta"*, non potendosi comunque disconoscere ogni rilievo all'elemento in questione, anch'esso indicato dagli atti di gara (il disciplinare e i capitolati tecnici) per la corretta esecuzione del servizio; quanto meno il dato, obiettivo ed incontestato, avrebbe dovuto indurre l'Amministrazione ad una valutazione più approfondita e ponderata, del tutto carente nella fattispecie al fine di verificare se, nonostante una siffatta riduzione delle ore lavorate, fosse comunque assicurata la regolare ed efficiente esecuzione del servizio affidato.

9.7. In terzo luogo, a fronte di così dettagliate prescrizioni degli atti di gara volte ad assicurare l'esecuzione del servizio a perfetta regola d'arte, anche sulla base di un calcolo delle ore annue stimate, il fatto che *"le singole schede redatte e sottoscritte per i servizi nei diversi ambienti prevedevano la possibilità dell'introduzione di beni strumentali capaci di migliorare anche la resa oraria del servizio"*, come affermato in sentenza, non è rilievo decisivo.

L'assunto è, infatti, elemento totalmente estraneo alla compiuta valutazione di anomalia e ai giustificativi resi dall'aggiudicataria, trattandosi di argomento introdotto dal primo giudice, oltre ad essere meramente ipotetico, in quanto i *"beni strumentali"* proposti da entrambi gli operatori paiono di identica natura: va al riguardo evidenziato che, sebbene la voce 2.3. relativa a *"Macchinari, Mezzi ed Attrezzature"* nei documenti di gara costituisse un profilo a sé stante, la controinteressata non collega tale aspetto dell'offerta tecnica con il costo orario e le modalità di svolgimento del servizio e nemmeno ha messo a disposizione particolari mezzi strumentali rispetto all'appellante, non contenendo la sua offerta alcun riferimento all'utilizzo di macchinari o di attrezzature che consentano di velocizzare la resa oraria del servizio.

9.7.1. A ciò si aggiunga che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non si pone astrattamente in contrasto con il dato quantitativo del *"monte ore"* in quanto: a) è qui oggetto di valutazione l'offerta nel suo complesso in termini tecnici ed economici alla luce di plurimi indici di anomalia ed inaffidabilità complessiva; b) il *"monte ore"* attiene sia al profilo tecnico dell'offerta sia al prezzo; c) una corretta valutazione dell'anomalia dell'offerta in termini di riduzione del *"monte ore"* preventivato dagli atti di gara non comporta, di suo, lo stravolgimento del criterio dell'aggiudicazione prescelto secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa né contrasta con la scelta operata dall'Amministrazione.

9.8. In ogni caso, la discrezionalità nella scelta del criterio di aggiudicazione e nella valutazione di anomalia non può esimere l'Amministrazione dallo svolgimento di una compiuta istruttoria e dal fornire un'adeguata motivazione a fronte di una così rilevante riduzione delle ore lavorate rispetto alla quantità prevista dalla *lex specialis*. È intuitivo infatti che, in tali casi, l'operatore che riduce sensibilmente le ore lavorate debba essere in grado di garantire la stessa *"efficienza"* del servizio, nella misura richiesta dalla legge di gara, e che detta riduzione incide anche sul costo medio della manodopera; ad ogni modo il dato della complessiva riduzione delle ore stimate doveva essere comunque oggetto di compiuto scrutinio da parte della Stazione appaltante in sede di valutazione di anomalia, onde evitare che l'offerta fosse inaffidabile e il servizio reso in modo inadeguato.

9.9. Va evidenziato come, al contrario di quanto ritenuto dalla sentenza, la società ricorrente, con i motivi di gravame articolati, ha contestato in maniera puntuale e specifica il procedimento di verifica di anomalia, impugnando tutti gli atti e i verbali relativi alle operazioni di gara, ed ha lamentato, nello

specifico, il difetto di istruttoria e di motivazione, procedimentale e provvedimentale, censurando sia l'offerta nel complesso sia i "giustificativi" della controinteressata, anche con riferimento allo scarso livello retributivo che quest'ultima si è obbligata a versare ai dipendenti e alla mancata considerazione del costo del responsabile del cantiere per l'appalto in oggetto.

9.9.1. Tali censure sono fondate.

In primis, come rilevato, l'aggiudicataria in sede di valutazione di anomalia non ha assolutamente giustificato la rilevante riduzione del "monte ore" rispetto alla stima prevista dalla legge di gara.

9.9.2. La sentenza erroneamente non si poi è avveduta e comunque non ha chiarito che il "*costo della manodopera*" indicato dalle concorrenti è un "*valore medio*", parametrato sul personale impiegato e calcolato in funzione del ribasso offerto: proprio per questo è intuitivo, stante il rilevante ribasso offerto dall'aggiudicataria (oltre il 32%) e le puntuali disposizioni della *lex specialis* in termini di modalità di esecuzione del servizio, ivi incluso il cd. "monte ore", che la significativa riduzione operata dall'aggiudicataria avrebbe dovuto incidere sul "costo" della manodopera, il quale, peraltro, risultava *per tabulas* già quantificato, senza alcuna giustificazione sullo scostamento, in misura inferiore a quanto stabilito dalla tabelle ministeriali.

Ne deriva che le statuizioni inerenti all'asserita "*coerenza*" del praticato ribasso con "*le pratiche commerciali*" ed al mancato assolvimento da parte della ricorrente dell'onere della prova sulla sua natura "*eventualmente predatoria*" si risolvono in mere affermazioni di principio, alla luce dei rilievi e delle criticità puntualmente evidenziati dall'appellante in ordine a plurimi indici di inattendibilità dell'offerta, quali in particolare: a) la significativa riduzione del "monte ore"; b) l'esiguità della voce *spese generali* (stimate in termini dell'0,68% dell'intera offerta, quindi in appena € 274,35 per il lotto 1, e di € 552,68 per il lotto 3), il che pone un problema di effettiva sostenibilità, in specie di capienza della voce dei costi generali, a fronte di giustificazioni del tutto generiche fornite sul punto dalla ditta aggiudicataria la quale si limita ad asserire di "*essere strutturata con un'organizzazione che prevede la suddivisione di tutte le fasi di lavoro per uffici competenti*" e di essere perciò "*già dotata di personale specializzato alla gestione dell'appalto in oggetto*"; c) all'utile di impresa, limitato all' 1,33% per il lotto 1 (pari ad € 531,61) e all' 1,65% per il lotto 3 (pari ad € 1.182,99), in confronto ad una previsione di gara nell'ordine dell'8%; d) all'incidenza, stimata pari a "0" del costo IRAP (cfr. offerta tecnica di OMISSIS, pag. 19), laddove la deducibilità integrale dell'imposta è possibile per le assunzioni a tempo indeterminato, mentre per le sostituzioni (anche per assenze di lungo periodo) l'offerta dell'aggiudicataria contempla l'assunzione di personale a tempo determinato da impiegare, sì che il solo computo del costo medio dell'imposta, nella percentuale da applicarsi *ex lege*, potrebbe di suo condurre ad un esito di utile "*in negativo*" dell'offerta.

9.9.3. Tali aspetti dovevano essere oggetto di adeguata considerazione ed approfondimento da parte della Stazione appaltante al fine di accertare l'effettiva sostenibilità del ribasso proposto dall'aggiudicataria e se l'offerta da questa formulata fosse nel complesso attendibile o, invece, irrimediabilmente in perdita. Se pure è vero che non esiste una soglia di utile, per quanto esiguo e modesto, tale da comportare di suo un giudizio di insostenibilità dell'offerta, nondimeno la rimodulazione dei costi ottenuti, derivante dalla corretta applicazione dei dati su indicati, potrebbe assorbire totalmente l'utile dichiarato.

9.9.4. Nel caso di specie, per quanto allegato e provato in atti, i su indicati indici di complessiva e globale inattendibilità dell'offerta non risultano, infatti, verificati e adeguatamente indagati dall'Amministrazione, il cui giudizio di non anomalia dell'offerta aggiudicataria risulta del tutto privo di motivazione. Infatti, è vero che il giudizio di congruità dell'offerta può essere motivato facendo riferimento alle "giustificazioni" rese dall'impresa aggiudicataria, ma ciò può avvenire "*a condizione che tali giustificazioni siano a loro volta congrue ed adeguate*" (v. Consiglio di Stato, sezione III, 29 gennaio 2019, n. 726, Consiglio di Stato, sezione III, 2 settembre 2019, n. 6058). Nel caso di specie l'aggiudicataria non ha tuttavia fornito "*adeguate e puntuali giustificazioni*" sulle dedotte criticità, al fine di dimostrare la plausibilità del ribasso offerto e la complessiva sostenibilità dell'offerta.

10. In conclusione, dalla verifica di anomalia dell'offerta aggiudicataria emergono profili di illogicità e contraddittorietà che ne impongono l'annullamento per difetto di motivazione e istruttoria, fatto salvo il riesercizio del potere da parte dell'Amministrazione.

Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello della OMISSIS deve essere accolto e, in accoglimento del ricorso di primo grado e dei relativi motivi aggiunti, devono essere annullati gli atti e i provvedimenti con essi impugnati, fatto salvo il riesercizio del potere da parte dell'Amministrazione.

11. Sussistono giusti motivi, attesa la complessità della vicenda e la particolarità delle questioni trattate, per disporre l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e termini di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso e i motivi aggiunti di primo grado e annulla gli atti con essi impugnati.

Compensa integralmente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2020, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del decreto legge 18 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

L'ESTENSORE

Angela Rotondano

IL SEGRETARIO