



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

sul ricorso numero di registro generale 1803 del 2022, proposto da Universiis s.c.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Andrea Di Lascio e dall'Avvocato Saul Monzani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Carpe Diem Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Vittorio Domenichelli e dall'Avvocato Paolo Neri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Vittorio Domenichelli in Padova, Galleria G. Berchet, n. 8;

nei confronti

Centro Residenziale per Anziani "Umberto P", non costituito in giudizio;
Consorzio Cev, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza n. 1500 del 13 dicembre 2021 del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sez. III, resa tra le parti, che ha accolto il ricorso proposto in prime cure da Carpe Diem s.r.l. e ha annullato l'aggiudicazione disposta dal Centro Residenziale per Anziani "Umberto P" in favore di Universiis s.c.s.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellata Carpe Diem Cooperativa Sociale;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2022 il Consigliere Massimiliano Noccelli;

viste le conclusioni delle parti come da verbale;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il bando pubblicato sulla G.U.U.E. del 16 ottobre 2019, il Centro residenziale per anziani "Umberto P" – di qui in avanti, per brevità, il CRAUP – ha avviato una procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del d. lgs. n. 50 del 2016, avente ad oggetto l'affidamento del servizio socioassistenziale e infermieristico, diurno e notturno, nonché i connessi servizi generali, da erogarsi per un periodo di 60 mesi decorrenti dal 1° febbraio 2020, con facoltà di proroga per altri 60 mesi, in due strutture socioassistenziali, denominate "Casa Soggiorno" e "RSA Botta".

1.1. Il 21 febbraio 2020 il CRAUP, all'esito delle operazioni di gara, ha aggiudicato la gara all'odierna appellante, Universiis s.c.s.

1.2. Avverso tale aggiudicazione ha proposto ricorso avanti al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto – di qui in avanti, per brevità, il Tribunale – Carpe Diem c.s., lamentando l'erroneità della valutazione svolta dalla stazione appaltante in ordine alla congruità dei costi della manodopera dichiarati da Universiis.

1.3. Con la sentenza n. 607 del 13 luglio 2020, il Tribunale ha infine accolto parzialmente il ricorso principale di Carpe Diem e respinto, invece, quello incidentale proposto da Universiis, demandando al CRAUP di rinnovare l'istruttoria al fine di accertare in modo definitivo la congruità dei costi esposti dall'aggiudicataria.

1.4. La sentenza n. 607 del 13 luglio 2020 del Tribunale è stata impugnata avanti a questo Consiglio di Stato da Universiis, con appello principale, e da Carpe Diem, con appello incidentale e, nel frattempo, il CRAUP ha svolto la nuova istruttoria in ottemperanza della stessa sentenza n. 607 del Tribunale.

1.5. Una volta concluso il nuovo *iter* istruttorio, dopo molteplici richieste di chiarimenti, il CRAUP ha infine, e nuovamente, riaggiudicato la gara ad Universiis.

1.6. Anche questa seconda aggiudicazione veniva dunque impugnata da Carpe Diem avanti al Tribunale, lamentandosi, anche questa volta, l'erroneità della pur rinnovata verifica in ordine alla congruità dei costi, mentre Universiis, mentre si sono costituiti sia il Craup che Universiis, per resistere al ricorso, di cui hanno eccepito l'inammissibilità e, nel merito, l'infondatezza.

1.7. Frattanto, con la sentenza n. 8544 del 31 dicembre 2020, questo Consiglio di Stato ha respinto sia l'appello principale di Universiis che quello incidentale di Carpe Diem, confermando le statuizioni rese dal Tribunale con la citata sentenza n. 607 del 13 luglio 2020.

1.8. Il Tribunale, nel nuovo giudizio incardinato da Carpe Diem, ha ritenuto di svolgere un approfondimento istruttorio, demandando all'Ispettorato Territoriale del

Lavoro di Padova di accertare l'effettiva congruità dei costi della manodopera esposti da Universiis nella propria offerta.

1.9. Infine, all'esito di tali incombenti istruttori, il Tribunale, con la sentenza n. 1500 del 13 dicembre 2021, ha accolto il ricorso di Carpe Diem e ha annullato la nuova aggiudicazione, disponendo, questa volta, il subentro della medesima nella gestione del servizio, in precedenza ottenuta da Universiis.

2. Avverso tale sentenza ha proposto appello Universiis, articolando tre motivi di censura e chiedendo comunque di rimettere la causa alla Corte di Giustizia UE, e ne ha chiesto, previa sospensione dell'esecutività, la riforma, con la conseguente reiezione del ricorso proposto in primo grado da Carpe Diem.

2.1. Carpe Diem, a sua volta, si è costituita per chiedere la reiezione dell'appello proposto da Universiis.

2.2. Nella camera di consiglio del 12 aprile 2022 il Collegio, sull'accordo delle parti, ha rinviato la causa all'udienza pubblica per la rapida decisione del merito.

2.3. Nel corso del giudizio e, precisamente, con la memoria difensiva depositata il 28 giugno 2022, l'odierna appellante ha proposto nel presente giudizio una istanza incidentale d'accesso ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a. o comunque in alternativa, rispetto all'accoglimento dell'istanza, ha chiesto che venga ordinata al CRAUP l'esibizione in giudizio della documentazione già richiesta da Universiis e, cioè, quella inerente alla verifica dei costi della manodopera di Carpe Diem e al possesso dei requisiti in capo a quest'ultima per il subentro nell'appalto (con particolare riferimento alla regolarità contributiva e previdenziale);

2.4. Carpe Diem si è opposta all'accoglimento di tale ulteriore istanza.

2.5. Nella pubblica udienza del 14 luglio 2022, il Collegio, sentiti i difensori e sulle conclusioni come dagli stessi rassegnate a verbale, ha trattenuto la causa in decisione sia nel merito sia in ordine all'istanza di accesso incidentale.

2.6. Con l'ordinanza n. 6444 del 23 luglio 2022 il Collegio ha respinto l'istanza incidentale di accesso e la subordinata istanza di rinvio ad altra data della causa, proposte da Universiis.

3. Nel merito, tutto ciò premesso, l'appello è infondato.

4. Con il primo motivo di censura (pp. 7-14 del ricorso), anzitutto, l'odierna appellante sostiene che la verifica circa la stima dei costi, prevista dall'art. 97, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016, non può essere ridotta a mero esercizio di stile e, cioè, ad un vaglio puramente matematico (e astratto), volto a controllare se l'operatore economico sia stato più o meno bravo nel fare i calcoli prima di presentare l'offerta, ma serve invece a controllare se l'operatore abbia esposto, nella propria offerta, costi plausibili, coerenti con quanto lo stesso, poi, effettivamente spenderà nel corso dell'appalto, tenendo sempre presente che una coincidenza totale tra la stima dei costi, da un lato, e quelli effettivamente sostenuti, dall'altro, è pressoché impossibile da ottenere, risultando pertanto fisiologico uno scostamento tra i due valori.

4.1. Secondo il primo giudice, sostiene Universiis, laddove emerga che l'aggiudicatario abbia sbagliato "a fare i conti" nella stima dei costi, e laddove tali errori conducano ad una sottostima in astratto superiore al margine di utile preventivato, allora l'offerta dovrebbe sempre essere esclusa, quand'anche la concreta esecuzione dell'appalto – come nel caso di specie – non abbia presentato problemi di sorta, per quasi due anni, e quand'anche gli indicatori di costo del personale dimostrino che, in concreto, tali costi sono in diminuzione.

4.2. L'esclusione *sic et simpliciter* di qualsiasi offerta che non risulti direttamente remunerativa per l'offerta – ossia qualora si interpreti il concetto di remunerazione quale mero “saldo” tra costi generati dall'appalto e somme incassate dall'operatore come corrispettivo – si tradurrebbe non solo in una ingiustificata lievitazione dei costi per la pubblica amministrazione, ma anche in una compressione della libera iniziativa economico dell'imprenditore privato, al quale – deduce Universiis – non potrebbe essere impedito di adottare strategie imprenditoriali di più ampio respiro rispetto al mero conteggio dare-avere riferito al singolo contratto.

4.3. Il Tribunale avrebbe trascurato insomma che il guadagno economico non coincide affatto con la remuneratività del contratto e che – come ha rilevato anche la Corte di Giustizia UE nella sentenza della sez. IV, 10 settembre 2020, in C-367/19 – anche un'offerta senza utile o, addirittura, in perdita può generare un profitto – in termini, ad esempio, di esperienza curricolare o di economie di scala – per l'impresa.

4.4. Il motivo, pur nella sua suggestiva formulazione, è privo di fondamento.

4.5. Ben diversamente, infatti, dalla questione esaminata nella citata sentenza della Corte di Giustizia UE, sez. IV, 10 settembre 2020, in C-367/19, l'offerta di Universiis non è stata congegnata e presentata in sede di gara, sin dal principio, con un utile pari a 0, ma è risultata essere in perdita, e notevolmente, per una sottostima dei costi della manodopera, all'esito della verifica svolta in primo grado, i cui esiti – si badi – nemmeno la stessa Universiis «*intende in questa sede contestare*» (p. 13 del ricorso), ove si consideri che i costi della manodopera indicati da Universiis, che si discostavano notevolmente (anche nell'ordine del 20%) da quelli risultanti dalle corrispondenti tabelle ministeriali, derivavano da una stima che non solo non risultava affatto prudentiale rispetto agli stessi “dati di ingresso” che l'impresa aveva affermato di aver utilizzato al riguardo, ma che era addirittura inficiata da uno scorretto utilizzo

di tali dati, conducente ad un notevole e grave sottodimensionamento dei costi del personale e, anche, ad una complessiva anomalia dell'offerta.

4.6. Se dunque è vero, e anzi incontestato, che l'offerta di Universiis risulta in perdita – e di molto – per la rilevante sottostima dei costi della manodopera, acclarata all'esito dell'istruttoria svolta nel primo grado del presente giudizio, non si vede come si possa seriamente contestare il giudizio di anomalia dell'offerta, che ha condotto infine all'esclusione di Universiis dalla gara, né sostenere che lo svolgimento del rapporto contrattuale, da parte dell'aggiudicataria (poi risultata) illegittima, dimostrerebbe che l'offerta si è dimostrata, nei fatti, sostenibile.

4.7. Non è certo ammissibile valutare l'anomalia dell'offerta *ex post*, sulla base del rapporto contrattuale nel frattempo avviato dalla stazione appaltante, né è lecito avvalorare in fase esecutiva l'esito, risultato invalido, del giudizio in ordine all'anomalia dell'offerta che, si rammenti, ha la chiara finalità di garantire la qualità e la regolarità delle prestazioni, oggetto di affidamento (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 14 febbraio 2022, n. 1071), dovendosi respingere la censura di formalismo e di rigidità, mossa dall'appellante, la quale – nemmeno in questa sede e con documenti appropriati – ha potuto dimostrare che la gara si sia rivelata “vantaggiosa” per Universiis, al di là di astratte – esse sì – considerazioni sull'arricchimento del *curriculum* o sul rafforzamento della propria reputazione.

4.8. Ne discende la reiezione del motivo in esame, del tutto inidoneo a sovvertire le corrette statuizioni della sentenza impugnata, sorretta da ampia motivazione, aderente alle risultanze svolte in ordine alla acclarata anomalia dell'offerta, risultando i costi della manodopera inferiori ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle ministeriali, secondo quanto ha accertato, incontestabilmente, la sentenza qui impugnata.

5. Con il secondo motivo di censura (pp. 14-15 del ricorso), ancora, Universiis sottopone a critica la sentenza impugnata perché il Tribunale avrebbe erroneamente affermato che la sovrastima dei costi per la previdenza complementare, acclarata nel corso della verifica, non potrebbe essere considerata in quanto l'adesione a tale tutela previdenziale rimane nella libera disponibilità del lavoratore, non potendosi ritenere quel risparmio come "certo".

5.1. Anche tale considerazione costituirebbe, tuttavia, la "spia", secondo l'appellante, di un approccio formalistico e draconiano, paradossale quanto agli effetti, in quanto, aderendo all'impostazione del Tribunale, si dovrebbe concludere nel senso che Universiis, pur potendo stimare con sufficiente certezza un'adesione nulla (o irrisoria) – avrebbe dovuto, con una sorta di *fictio*, includere comunque nella propria offerta economica anche i costi generati dall'adesione alla previdenza di tutti i lavoratori.

5.2. Ciò che dimostrerebbe, ancora una volta, l'assunto, da cui muove l'appellante, secondo cui "gonfiare" i costi della manodopera, per evitare di incorrere in un giudizio meramente matematico di anomalia, genera un effetto distorsivo della concorrenza.

5.3. Il motivo è anche esso infondato perché, se anche – come assume l'appellante – si dovesse considerare la sovrastima dei costi per la previdenza, come acclarata dalla relazione di verifica, ad evitare quella che l'appellante stesso definisce un effetto distorsivo connesso all'artificioso gonfiamento dei costi, l'offerta di Universiis – il dato è incontestabile e, di fatto, incontestato – sarebbe e resterebbe, comunque, notevolmente in perdita, con la conseguente necessità della sua esclusione dalla gara per la incongruità delle stime effettuate e per la complessiva inaffidabilità dell'offerta stessa sul piano della "tenuta" economica.

5.4. L'argomento dunque, pur suggestivo, è improduttivo di effetti pratici per le sorti del presente giudizio, non inficiando esso la complessiva e corretta valutazione di anomalia dell'offerta, svolta dal primo giudice.

6. Con il terzo motivo di censura (pp. 15-16 del ricorso), ancora, Universiis lamenta che il primo giudice avrebbe fatto erronea ed automatica applicazione dell'art. 122 c.p.a. quando, invece, avrebbe potuto riconoscere una tutela per equivalente a Carpe Diem, senza disporre l'inefficacia del contratto, considerando che Universiis stava gestendo ormai da quasi due anni il servizio, senza alcuna criticità, e che la sua offerta aveva meritato, sul piano tecnico, ben 15 punti in più rispetto a quella di Carpe Diem.

6.1. Il motivo è destituito di fondamento anche esso perché il primo giudice, avuto riguardo a tutti gli interessi coinvolti, non a torto ha fatto corretta e integrale applicazione dell'art. 122 c.p.a. e, dopo aver annullato l'aggiudicazione conseguita da Universiis all'esito di un lungo e complesso contenzioso "dipanatosi" in due giudizi, come si è sopra ricordato, ha infine riconosciuto a Carpe Diem l'agognato bene della vita e il subentro, ancor possibile e soddisfacente del suo interesse legittimo, nell'esecuzione del servizio oggetto di gara, peraltro espressamente motivando in ordine all'assenza di pregiudizio per l'interesse pubblico alla continuità del servizio derivante dall'avvicendamento dei gestori.

6.2. Di qui la reiezione anche di tale ultimo motivo.

7. Infine, con riguardo all'istanza di rimessione di questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE formulata da Universiis ai sensi dell'art. 267 TFUE (pp. 16-18 del ricorso), si deve evidenziare la radicale infondatezza di tale istanza in quanto, come si è accennato, nel presente giudizio non si controverte di un offerta con utile pari a 0, ma di un'offerta risultata gravemente in perdita per la notevole insufficienza dei

costi della manodopera esplicitati da Universiis, sicché la *ratio decidendi* della più volte invocata sentenza della Corte di Giustizia UE, sez. IV, 20 settembre 2020, in C-367/19 non è in nessun modo e per nessun motivo applicabile alla presente vicenda contenziosa.

7.1. Nella citata sentenza, peraltro, la Corte di Giustizia UE ritiene che un'offerta al prezzo di euro 0 può essere qualificata come offerta anormalmente bassa, ai sensi dell'articolo 69 della Dir. n. 2014/24/UE e, pertanto, ove un'amministrazione aggiudicatrice si trovi di fronte ad un'offerta simile, dovrà chiedere al proponente spiegazioni in merito all'importo dell'offerta stessa e valutare l'affidabilità della proposta, consentendo così al concorrente di dimostrare che, nonostante non sia previsto alcun corrispettivo, l'offerta in questione non vada ad incidere sulla corretta esecuzione dell'appalto, non essendovi quindi l'esclusione automatica, ma un'analisi soggetta a verifica.

7.2. Nel presente caso, tuttavia, questo rischio di non si è verificato, perché l'amministrazione aggiudicatrice, a fronte di un'offerta che presentava in principio un minimo margine di utile, ha richiesto chiarimenti ad Universiis, in sede di subprocedimento di verifica dell'anomalia, ma queste giustificazioni, all'esito di ben due giudizi amministrativi, sono risultate del tutto insufficienti a dimostrare la capacità economica dell'offerta, sicché, anche a volere applicare i principî affermati dalla Corte al caso si specie, non si è verificato alcun rischio di espulsione automatica (v., sul punto, anche Cons. St., sez. V, 23 novembre 2020, n. 7255).

7.3. Anche nel presente giudizio l'appellante non è stata capace di dimostrare, se non con argomentazioni *ex post*, la "capienza" della propria offerta, risultata gravemente in perdita per via della sottostima notevole, si ribadisce, del costo della manodopera,

nemmeno contestata, come si è visto, dall'appellante stessa all'esito della verifica.

7.4. Questo Consiglio di Stato, del resto, nella propria costante giurisprudenza ha sempre affermato che, se può ammettersi che *«le onlus partecipino ad una gara di appalto di servizi possano presentare una offerta economica priva di margini di utile»*, ciò deve comunque avvenire, per gli enti non aventi scopo di lucro, nel rispetto di due invalicabili condizioni e, cioè, la regolarità della retribuzione e delle garanzie previdenziali dei lavoratori e il divieto generale di operare sotto costo (Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2015, n. 84), due condizioni che, nel caso di specie, sono state palesemente disattese, con effetto, esso sì, distorsivo della concorrenza e pregiudizio per l'interesse stesso dell'amministrazione committente.

7.5. La questione sollevata con l'istanza di rimessione alla Corte di Giustizia, dunque, è manifestamente infondata perché l'offerta di Universiis, come si è acclarato all'esito del giudizio, contrasta in modo evidente sia con il principio della concorrenza che con quello di buona amministrazione, di valenza europea prima ancor che nazionale.,

8. In conclusione, per tutte le ragioni esposte, l'appello deve essere respinto, con la conseguente conferma della sentenza impugnata.

9. Le spese del presente grado del giudizio, per la complessità delle questioni trattate, possono essere interamente compensate tra le parti.

9.1. Rimane definitivamente a carico dell'appellante il contributo unificato richiesto per la proposizione del gravame.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto da Univeriis s.c.s., lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico di Universiis s.c.s. il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso proposto in primo grado.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2022, con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Antonella De Miro, Consigliere

L'ESTENSORE
Massimiliano Noccelli

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO