

N. 04250/2025REG.PROV.COLL.

N. 06461/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6461 del 2024, proposto da Berlor General Contractor S.r.l. in proprio e in qualità di capogruppo del costituendo Rtp, Appalti Multiservice S.r.l. in proprio e quale Mandante Rtp, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 950946204C, rappresentate e difese dall'avvocato Danilo D'Arpa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Presicce - Acquarica, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Baldassarre, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

nei confronti

Ge.U.S. - General Utility Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Amedeo Savino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce n. 766/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Ge.U.S. - General Utility Service S.r.l. e del Comune di Presicce - Acquarica;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2025 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Danilo D'Arpa, Francesco Baldassarre e Massimiliano Musio su delega dell'avv. Amedeo Savino;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Presicce Acquarica ha indetto una gara per l'affidamento in concessione integrata dei servizi cimiteriali.

2. La gara è stata aggiudicata a Ge.U.S. - General Utility Service S.r.l.

3. Berlor General Contractor S.r.l. (nel prosieguo anche solo Berlor) ha proposto ricorso dinanzi al TAR Puglia, Lecce, avverso:

- la determinazione n. 939 del 20.09.2023 di approvazione delle operazioni di gara e aggiudicazione della “*concessione integrata dei servizi cimiteriali da svolgersi nel cimitero del Comune di PRESICCE-ACQUARICA*”;

- i verbali di gara, tutti, non esclusi, anzi espressamente ricompresi, il verbale n. 1, il verbale n. 2 del 20.06.2023, il verbale n. 3 del 11.7.23, il verbale n. 4 del 13.7.2023, il verbale n. 5 del 25.07.2023 e il verbale n. 6 del 26.08.2023, nonché di ogni altro atto e/o documento e/o determinazione in parte qua (nei limiti delle censure in atti) con cui la Stazione appaltante e, per essa, la Commissione di gara, hanno valutato positivamente, indi ammesso, indi mantenuto in gara - ed aggiudicato - l'operatore economico GE.U.S. S.r.l..

4. Il TAR ha respinto il ricorso con sentenza n. 766/2024.

5. Di tale sentenza, Berlor ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello affidato alle seguenti censure così rubricate: *“I. Errore di presupposto. Travisamento in fatto e diritto. Erroneo richiamo a principi giurisprudenziali non specificatamente adeguati al caso in esame. Violazione degli artt. 95, co. 10 e 97, co. 5 del D.lgs. n. 50 del 2016”. Violazione degli artt. 164 e 165 ssin combinazione con l'art. 83, co. 9 del medesimo Codice n. 50/2016. Sviamento dell'azione amministrativa. Eccesso di potere. Illogicità ed irragionevolezza dell'agere amministrativo. Violazione della par condicio tra i concorrenti e dei principi di trasparenza e buona fede. Violazione dell'art. 97 Cost.; violazione dei principi di buona amministrazione; II. VIZIO LOGICO DELL'ETER MOTIVAZIONALE della sentenza. TRAVISAMENTO DELLE RISULTANZE DELLA VERIFICAZIONE. IRRAGIONEVOLEZZA DELLA FEDE PRIVILEGIATA ATTRIBUITA ALLE DICHIARAZIONI DI GEUS. ERRORE DI PRESUPPOSTO NELL'ESAME DOCUMENTALE. INCOERENZA TRA LE CONCLUSIONI DECISIONALI DELLA SENTENZA DEL TAR E L'ATTIVAZIONE DELLA VERIFICAZIONE Violazione degli artt. 83, co. 9, 95, 97 e 164 ss del D.lgs. n. 50 del 2016. Difetto istruttorio*

procedimentale amministrativo ed irragionevolezza manifesti. Sviamento ed eccesso di potere per altri profili”.

6. Hanno resistito al gravame, chiedendone il rigetto, Ge.U.S. - General Utility Service S.r.l. e il Comune di Presicce Acquarica.

7. Alla udienza pubblica del 16 gennaio 2025 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

8. Le argomentazioni dell'appellante necessitano di una sintesi al fine di inquadrare con ordine le questioni sottoposte al Collegio e le critiche mosse alla sentenza impugnata.

10. Con il primo motivo l'appellante, in sintesi, argomenta come segue.

10.1. Sarebbe incomprensibile da dove il TAR abbia tratto che i lavoratori offerti da GEUS nell'ambito del criterio premiante 1 siano riconducibili a figure supplementari, ovvero di supporto.

10.2. GEUS avrebbe espressamente affermato di voler assegnare, al cimitero di Acquarica-Presicce, due risorse “in esclusiva”; per sostenere l'ipotesi contraria, ossia quella di figure a scavalco tra varie strutture cimiteriali, GEUS avrebbe dovuto chiarire che si tratta di operatori non di esclusiva pertinenza al cimitero di Acquarica-Presicce, ma occupati in contemporanea su più strutture.

10.2. La sentenza sarebbe quindi errata in punto di fatto; da ciò discenderebbe la reviviscenza dei diversi profili di censura articolati in primo grado, declinazioni ivi articolate, di: a) violazione di legge ed esattamente dell'art. 97 comma 5 del d.lgs. n. 50/2016; b) inaffidabilità dell'offerta economica; c) alterazione del PEF nel quale il costo è sottostimato; d) ingiusta attribuzione del criterio premiante. Il primo profilo è una violazione di legge; il secondo e il terzo profilo costituiscono manifesta

irragionevolezza del positivo giudizio di affidabilità dell'offerta economica e del PEF; il quarto riguarda la violazione della legge speciale di gara, nella parte della disciplina delle premialità e dei principi di *par condicio*, trasparenza, buona amministrazione.

11. Con il secondo motivo l'appellante, in sintesi, argomenta come segue.

11.1. Sussisterebbe un'incoerenza interpretativa dei contenuti della verifica, nonché l'obliterazione delle evidenze documentali in atti.

11.2. Il costo delle lapidi in marmo è un elemento rilevante dell'offerta; in primo luogo, in quanto è una fornitura espressamente richiesta dagli atti di gara e dal capitolato speciale; in secondo luogo, in quanto si tratta di una voce di costo posta a base d'asta e incidente per il 20% circa sull'intero importo della concessione.

11.3. Il TAR avrebbe sezionato i contenuti dell'istruttoria e avrebbe attinto dalla stessa, solo un estrapolato a contestuale. Tra questi dati – che si sommano alla stima per difetto del costo della manodopera, per quanto rassegnato nel primo motivo – figurerebbe l'alterazione (così lamentata in primo grado) del costo di approvvigionamento delle lapidi.

11.4. Sussisterebbe un grave errore interpretativo commesso dal TAR, il quale, non solo attribuisce, al verificatore, la paternità (cfr. verbale operazioni di verifica in atti) dell'affermazione (della GEUS) che il valore è congruo in quanto deriva da un acquisto in stock, ma anche decontestualizza tale concetto da tutto il resto delle importanti indicazioni economico-finanziarie fornite dal verificatore; inoltre, il TAR non avrebbe rilevato come la difesa di GEUS si basi su un'inaccettabile "*aliud pro alio*" dato che la stima riguarda mere tamponature e non lapidi in marmo e riguarda altresì mere chiusure e non rifiniture e non gli accessori.

11.5. Il TAR non si sarebbe avveduto che è lo stesso verificatore a chiarire come il valore di € 900,00/anno, ove condotto a realtà (ossia l'esatto costo delle lapidi in marmo), conduce la concessione ad un saldo negativo costante (*"perdite ante imposte per almeno altri cinque esercizi mentre un incremento di costi unitari delle lapidi da 10 a 17 euro circa determinerebbero perdite per gli ulteriori quattro esercizi e quindi per l'intero arco di piano.."*).

11.6. Nelle conclusioni, il verificatore afferma: *"Il costo di acquisto delle lapidi e degli accessori preventivato da Geus nel PEF sono pari ad Euro 7,50 cadauna. Se l'eventuale maggiore costo di acquisto delle lapidi e degli accessori dovesse attestarsi negli importi prospettati dalla ricorrente la srl Geus chiuderebbe i conti economici dell'arco di piano in perdita e ciò avrebbe delle fisiologiche ricadute sul capitale netto e sul passivo della stessa. In siffatta situazione Geus dovrebbe apportare ulteriori mezzi propri per ripianare le perdite e ricostituire il capitale sociale."*

11.7. Su tutto quanto precede il TAR avrebbe sorvolato e decisione sarebbe viziata per travisamento della verifica. La conclusione cui sarebbe dovuto pervenire il TAR è che, dalla verifica – di stampo meramente finanziario – si sarebbe avuto conferma che il costo molto contenuto affermato dalla GEUS è strettamente legato all'equilibrio economico finanziario dalla stessa rappresentato nel proprio PEF. Ove tale costo subisse anche un minimo incremento, la gestione sarebbe progressivamente negativa. Il verificatore ha anche evidenziato che GEUS nulla afferma sul costo degli accessori; di talché il medesimo verificatore sarebbe stato costretto – in assenza di un'indagine di mercato e in assenza di capacità tecniche che gli consentano di decifrare il prodotto contenuto nel preventivo fornito da GEUS nel corso del processo – a desumere che il costo delle lapidi in marmo ascenda ad € 3,50 e quello degli accessori ad € 4,00; quindi ad affermare che, in ipotesi di non corrispondenza del prodotto e del suo costo, anche incrementando di pochissimo i

valori, si ricadrà in una gestione negativa. Il TAR, di tutto quanto precede non avrebbe tenuto conto.

11.8. Nella sentenza si legge: *“Al riguardo l’organo di verifica, dopo aver confermato che la previsione dei costi di acquisto delle lapidi effettuata dalla GE.U.S. S.r.l. risulta particolarmente contenuta perché correlata ad un acquisto effettuato a stock, ha altresì rilevato – a definitiva tacitazione delle prospettazioni di parte ricorrente circa lo squilibrio del PEF dell’aggiudicataria – che “Andando a verificare l’andamento delle posizioni finanziarie nette correnti si rileva una posizione finanziaria di breve periodo in grado di sostenere i debiti di breve periodo”. Neanche il secondo motivo di ricorso può, dunque, trovare condivisione”*.

11.9. Il verificatore non avrebbe affermato quanto ritraibile dall’estrapolato del TAR. Il verificatore ha espressamente affermato che non detiene il dato del costo delle lapidi.

11.10. Sul particolare contenimento del costo delle lapidi lo stesso verificatore si è limitato a riportare l’affermazione difensiva della GEUS (lo si evince anche dal verbale delle operazioni di verifica, nel quale GEUS rilascia la dichiarazione sul punto in parola); vi sarebbe una incoerenza sul piano del valore delle prove offerte e utilizzate nella decisione; il TAR, nel rigettare il motivo, mentre avrebbe dato rilevanza a una mera affermazione avversaria e a un documento confessorio (sulla fornitura di una cosa per un’altra) non avrebbe preso in considerazione, in alcun passaggio, la perizia dell’Ing Perrino e i numerosi preventivi specifici prodotti dall’appellante.

11.11. Il costo di € 7,50 per l’acquisto di una lapide e dei relativi accessori, come previsto dall’aggiudicataria, sarebbe impossibile; i preventivi in atti attribuiscono ai soli accessori (portafotografie, portafiori ed epigrafe) un costo di € 29,00/30,00 + IVA; una lapide di dimensioni 75 cm x 75 cm avrebbe un costo mai inferiore ad €

65,00/70,00 + IVA cadauna. Dunque il giusto costo da attribuire alla voce “Costo materiale lapide” si aggirerebbe, semmai e volendo ipotizzare specifiche favorevoli condizioni di approvvigionamento, intorno ad €. 11.280,00 €/ANNO, a fronte dei 900,00 €/anno previsti dalla Ge.U.S. Tale elemento economico, solo, avrebbe azzerato completamente l’utile che l’impresa si era fittiziamente creata e avrebbe, per contro, portato ad un utile negativo, e a una perdita progressiva in 10 anni di € 98.311,00 circa.

12. Le censure così sintetizzate, possono a questo punto essere esaminate.

13. Il primo motivo è infondato alla luce della pacifica giurisprudenza di questa Sezione.

È noto che sono costi indiretti della commessa quelli relativi al personale di supporto all’esecuzione dell’appalto o a servizi esterni, da tener distinti dai costi diretti della commessa comprensivi di tutti i dipendenti impiegati specificamente per l’esecuzione della stessa. L’obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta – e la correlativa verifica della loro congruità imposta alla stazione appaltante – si impone solo per i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell’offerta per la specifica commessa; non è così, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti, il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all’offerta da presentare per il singolo appalto (Consiglio di Stato sez. V, 3 novembre 2020, n. 6786).

13.1. L’aggiudicataria ha chiaramente distinto le unità di personale direttamente impiegato nella gestione del servizio per cui è causa e il personale stabile che può essere impiegato trasversalmente in quanto addetto alla gestione di altri cimiteri. Di

tanto, è agevole avvedersi dando semplicemente lettura dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria.

14. Anche il secondo motivo è infondato.

14.1. Va rammentato che è costante orientamento di questa Sezione quello secondo cui:

- a) la valutazione di anomalia dell'offerta costituisce espressione della discrezionalità tecnica, di cui l'amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge (Consiglio di Stato, sez. V, 14 giugno 2021, n. 4620; Consiglio di Stato sez. V, 1° giugno 2021, n. 4209): detta valutazione è di norma sottratta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti, evenienze tutte che non si ravvisano nel caso di specie;
- b) il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell'offerta non può estendersi oltre l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all'organo giurisdizionale la possibilità di svolgere (autonomamente o a mezzo di consulenti tecnici) un'autonoma verifica circa la sussistenza, o meno, dell'anomalia, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'amministrazione;
- c) il giudice può esprimersi sulla correttezza della regola tecnica adottata, poiché, in sintesi, violare la norma tecnica significa violare la norma giuridica;
- d) il controllo del giudice è pieno, ossia tale da garantire piena tutela alle situazioni giuridiche private coinvolte, ma egli non può agire al posto dell'amministrazione, potendo, invece, sicuramente censurare la scelta chiaramente inattendibile, frutto di

un procedimento di applicazione della norma tecnica viziato, e annullare il provvedimento basato su di essa;

e) lo schema del ragionamento che il giudice è chiamato a svolgere sulle valutazioni tecniche può essere così descritto:

e1) il giudice può limitarsi al controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito nell'attività amministrativa se ciò appare sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato e non emergano spie tali da giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco, delle indagini specialistiche;

e2) il sindacato può anche consistere, ove ciò sia necessario ai fini della verifica della legittimità della statuizione gravata, nella verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto al criterio tecnico e al procedimento applicativo;

e3) devono ritenersi superati ostacoli di ordine processuale capaci di limitare in modo significativo, in astratto, la latitudine della verifica giudiziaria sulla correttezza delle operazioni e delle procedure in cui si concreta il giudizio tecnico ma questo non toglie che, anche in relazione ad una non eludibile esigenza di separazione della funzione amministrativa rispetto a quella giurisdizionale, il giudice non possa sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non contaminato da profili di erroneità e di illogicità formulato dall'organo amministrativo al quale la legge attribuisce la penetrazione del sapere specialistico ai fini della tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto;

f) scontata l'opinabilità della valutazione, il giudice non può sostituirsi all'amministrazione, essendogli consentita la sola verifica di ragionevolezza, coerenza e attendibilità delle scelte compiute dalla stessa; se è stata riscontrata una corretta applicazione della regola tecnica al caso di specie, il giudice deve fermarsi,

quando il risultato a cui è giunta l'amministrazione è uno di quelli resi possibili dall'opinabilità della scienza, anche se esso non è quello che l'organo giudicante avrebbe privilegiato;

g) in definitiva, il sindacato del giudice nel valutare la legittimità di valutazioni frutto di discrezionalità tecnica, è pieno, penetrante, effettivo, ma non sostitutivo;

h) dinanzi a una valutazione tecnica complessa il giudice può pertanto ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare in modo puntuale, anche in riferimento alla regola tecnica adottata, la ragionevolezza, la logicità, la coerenza dell'*iter* logico seguito dall'autorità, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato (Consiglio di stato, Sez. V, 29 luglio 2022, n. 6696).

14.2. Il giudice di prime cure risulta aver fatto buon governo di tali principi posto che le valutazioni della stazione appaltante, rispetto alle voci contestate dall'appellante non risultano in alcun modo censurabili per manifesta illogicità o irragionevolezza.

14.3. Va anche osservato che il TAR ha disposto una verifica con ordinanza collegiale n. 381/2024 nella quale si legge: *“Ritenuto necessario, ai fini del decidere, disporre una verifica, ai sensi dell'art. 66 c.p.a., al fine di accertare se i dati contenuti nel piano economico e finanziario presentato dalla società Ge.U.S. - General Utility Service S.r.l., oggetto delle contestazioni di parte ricorrente, rispondano a veridicità e in caso negativo se le incongruenze siano tali da determinare un'alterazione dell'equilibrio economico e finanziario dell'iniziativa inteso come “contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria”, dovendosi l'accertamento richiedersi - in particolare - sul costo delle lapidi, comprensivo dei prescritti elementi accessori, nonché sui valori indicati nei parametri patrimoniali (inseriti nella “Tab. 2 - Stato patrimoniale previsionale” allegata al ridetto piano);(omissis)”*.

14.4. L'esito della verifica non è stato affatto travisato dal TAR dato che è evidente che le lapidi hanno un prezzo vantaggioso, siccome acquistate in stock da un fornitore abituale.

15. Tutta la lunga dissertazione in ordine ad asseriti difetti dell'offerta di General Utility Service S.r.l. si basa su un presupposto non corretto: che siano ammissibili censure formulate in modo tale da domandare al giudice un vero e proprio sindacato di tipo sostitutivo sulle valutazioni effettuate dall'amministrazione.

15.1. Peraltro, tutto l'incedere dell'argomentazione dell'appellante si fonda non sulla rappresentazione di circostanze di fatto bensì sulla personale interpretazione che di quei fatti fornisce il ricorrente. Come noto, i fatti non hanno significato e, se mai l'hanno, certo non l'hanno nello stesso senso in cui hanno significato i testi di legge. Interpretare un fatto significa essenzialmente congetturare una spiegazione causale di un evento. Ebbene, le spiegazioni fornite dall'appellante circa l'asserita inidoneità dell'offerta del raggruppamento aggiudicatario, sono del tutto personali e frutto di un apprezzamento dei fatti e di valutazioni delle regole tecniche poste a presidio della corretta conduzione della gara, che si scontrano con una giurisprudenza consolidata di questa Sezione.

16. Per le ragioni sopra esposte l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza impugnata.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce n. 766/2024

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado del giudizio, che liquida in € 5.000/00 (cinquemila) oltre accessori e spese di legge in favore del Comune di Presicce - Acquarica e € 5.000/00 (cinquemila) oltre accessori e spese di legge in favore di Ge.U.S. - General Utility Service S.r.l.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Maggio, Presidente FF

Alberto Urso, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

Diana Caminiti, Consigliere

L'ESTENSORE
Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE
Alessandro Maggio

IL SEGRETARIO