Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 7333 del 16 settembre 2025

Appalti di servizi – Offerte a costo zero – Ammissibili in presenza di giustificazioni dettagliate e documentate – Verifica di anomalia deve essere approfondita

Pubblicato il 16/09/2025

N. 07333/2025REG.PROV.COLL.

N. 01780/2025 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 numero di registro generale 1780 del 2025, proposto da (…) S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (…), rappresentata e difesa dagli avvocati (…), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di (…), non costituita in giudizio;

nei confronti

(…) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (…), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) n. 00085/2025, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della (…) S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2025 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati (…) e (…);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna ha accolto il ricorso e i motivi aggiunti proposti dalla società (…) s.r.l. contro la Provincia di (…) e nei confronti della società (…) S.p.A. per l'annullamento:

- della determina n. 914 del 6 giugno 2024, con la quale la Provincia di (…) ha disposto di approvare le operazioni di verifica sulla congruità dell'offerta di (…), eseguite dal r.u.p. coadiuvato dalla Commissione tecnica in ottemperanza alla sentenza TAR Bologna n. 249/2024 e, conseguentemente, di aggiudicare il "*Servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza per la viabilità e di reintegro delle matrici ambientali eventualmente compromesse a seguito di incidenti stradali o versamenti di materiali sulla sede stradale e relative pertinenze sulla rete viaria della provincia di* (…) – *CIG* (…)" alla detta società;

- del verbale prot. n. 17982 del 24/5/2024 della seduta di verifica sulla congruità dell'offerta di (…), eseguita dal r.u.p. coadiuvato dalla Commissione tecnica.

1.1. La sentenza espone i seguenti fatti:

- con determina n. 186 del 9.02.2023 la Provincia di (…) aveva indetto una procedura negoziata su inviti per l'assegnazione della concessione triennale, con possibilità di rinnovo per un ulteriore biennio, del servizio sopra indicato;

- l'amministrazione concedente aveva scelto quale criterio di aggiudicazione del

contratto quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con confronto solo sull'offerta tecnica e punteggio massimo, previa riparametrazione, di 100 punti;
- all'esito del confronto comparativo delle offerte presentate, la concessione del servizio era stata aggiudicata alla società (…), classificatasi prima con 95,19 punti, riparametrati in base alla legge di gara a 100;
- con ricorso radicato davanti al Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna, rubricato al n. 726/2023 di R.G., la società (…), seconda classificata con 89,79 punti, riparametrati a 94,33, aveva impugnato l'atto di aggiudicazione del servizio alla concorrente, unitamente agli atti della procedura presupposti, chiedendone l'annullamento, oltre alla declaratoria di inefficacia del contratto ove nelle more eventualmente stipulato con conseguente subentro, ovvero – in subordine – il risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi;
- con sentenza n. 249/2024 il T.a.r. aveva accolto il ricorso limitatamente alla parte in cui aveva stigmatizzato, per difetto di istruttoria e di motivazione, la verifica di anomalia dell'offerta della società (…); per l'effetto il provvedimento di aggiudicazione era stato annullato, il contratto di concessione era stato dichiarato inefficace, ed era stata ordinata la riattivazione del procedimento e la riedizione della verifica di anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria in conformità ai rilievi contenuti nella pronuncia medesima;
- in esecuzione della predetta sentenza (frattanto divenuta definitiva), la Provincia di (…) rinnovava il sub-procedimento di verifica di congruità, lo concludeva positivamente e provvedeva ad aggiudicare di nuovo alla società (…) la concessione del servizio;
- avverso il nuovo atto di aggiudicazione è insorta la società (…), che con il ricorso introduttivo del presente giudizio e il successivo ricorso per motivi aggiunti ne ha chiesto l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, oltre alla declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato, con conseguente subentro in corso di esecuzione, o, in subordine, risarcimento del

danno per equivalente monetario.

1.2. I motivi di impugnazione sono sintetizzati come segue nella sentenza appellata:

- con un primo motivo, contenuto nel ricorso principale e intitolato "*Violazione di legge per violazione dell'art. 97 co. 5 D.Lgs. n.50/2016 per mancato accertamento della non congruità dell'offerta di* (…) *per quanto concerne i servizi di miglioria indicati nel piano economico finanziario. Eccesso di potere per difetto di istruttoria - contraddittorietà manifesta - sviamento di potere*", la ricorrente sostiene che l'amministrazione provinciale avrebbe disatteso il *dictum* giudiziale e avrebbe svolto ancora una volta un'istruttoria inadeguata rispetto alla criticità individuata dalla sentenza n. 249/2024, in particolare in relazione alla giustificazione di 34 migliorie sulle 35 offerte dall'aggiudicataria per un costo dichiarato di soli Euro 2.000,00. L'insufficienza dell'istruttoria emergerebbe poi in maniera eclatante per avere l'ente accettato supinamente che per molte migliorie fosse indicato un costo nullo (Euro 0,00);

- con un secondo motivo, contenuto nel ricorso per motivi aggiunti e rubricato "*Ancora violazione di legge per violazione dell'art. 97 co. 5 D.lgs. n. 50/2016 per mancato accertamento della non congruità dell'offerta di* (…) *per quanto concerne i servizi di miglioria indicati nel piano economico finanziario alla luce delle giustificazioni rese da* (…) *in sede di sub-procedimento di verifica di congruità dell'offerta di* (…). *Eccesso di potere per difetto di istruttoria - contraddittorietà manifesta -sviamento di potere*", la ricorrente contesta l'assunto da cui muove la controinteressata (assunto peraltro condiviso dall'ente concedente) ovverosia che le migliorie proposte, se statisticamente di rara verificazione, non costituirebbero un costo per l'offerente ma solamente un rischio imprenditoriale. Secondo la deducente così invece non è, perché compito del PEF è quello di dimostrare che l'offerta sta in equilibrio, non che l'impresa grazie al suo bilancio complessivo è in grado di assorbire eventuali perdite della commessa;

- ritiene poi la società (…) che i costi di alcune delle migliorie offerte siano del tutto sottostimati. In particolare lo sarebbero:

-- il costo degli undici corsi di formazione aggiuntivi (miglioria n. 4) stimato in Euro 2.750,00 IVA esclusa, ovverosia Euro 250,00 IVA esclusa a corso, senza tuttavia l'indicazione del numero dei partecipanti, che costituisce variabile incidente sul costo del corso medesimo;

-- il costo della fornitura di apparecchi elettronici (miglioria n. 5), quali due tablet, quindici telecamere e 1 drone, pari a Euro 714,83, assolutamente fuori mercato;

-- il costo degli "*Interventi di ripristino dello stato dei luoghi per danno alle infrastrutture […] senza individuazione del responsabile*" (miglioria n. 10), che passa da Euro 10.000,00 annui del PEF a Euro 3.300,00 all'anno nelle giustificazioni, sulla base di un elemento aleatorio quale quello della rivalsa sul responsabile;

-- il costo degli "*Interventi con esito mortale*" (miglioria n. 19), che passa da Euro 550,00 all'anno a 0, ancora una volta confidando nell'individuazione del responsabile e nel recupero del costo da parte di questi;

- evidenzia ancora la ricorrente che in sede di gara la controinteressata aveva quantificato il "*Rischio di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi offerti (mancata copertura assicurativa e mancata individuazione del responsabile)*" nel 10%, laddove le stime della Provincia di (…) sono del 40%, con la conseguenza che il costo da sostenere per la controinteressata passerebbe da Euro 123,00 a Euro 492,00.

1.2.1. Il T.a.r. – dopo avere richiamato l'art. 2 della lettera d'invito che assoggetta le offerte alla verifica di anomalia di cui all'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 – ha ribadito i principi elaborati dalla giurisprudenza in materia, secondo cui non è possibile rimodulare le voci di costo al solo scopo di "far quadrare i conti" (Cons. Stato, IV, n. 3528/2020) e secondo cui "*l'offerta deve essere in equilibrio in sé, non grazie alla forza economica dell'offerente, che in ipotesi gli consenta di poter fare fronte comunque a eventuali contratti in perdita. Diversamente, infatti, si consentirebbe agli operatori economici più forti di fare concorrenza sleale (con contratti sotto costo) a quelli più deboli, espellendoli dal mercato non per ragioni di legate alla competitività (si vedano della Sezione la sentenza n.943/2024; e ancora, T.A.R. Emilia Romagna – Parma, sentenza n. 154/2020 e i precedenti ivi richiamati)*".

1.2.2. Nel merito, ha rilevato che:

- la legge di gara prevedeva che il confronto avvenisse esclusivamente sull'offerta tecnica, da valutarsi in relazione a sei distinti criteri, aventi diverso peso, per complessivi 100 punti. Dai verbali di gara emerge che decisivo ai fini dell'aggiudicazione del servizio è stato il criterio di valutazione F (*Prestazioni aggiuntive*), per il quale (…) ha conseguito il punteggio massimo (35 punti), mentre (…) solamente 26,55 punti;

- come documentato in atti, per quel criterio di valutazione dell'offerta la controinteressata ha offerto ben 35 migliorie. Il PEF presentato dalla società (…) indica ricavi annui per Euro 38.333,00 e utile netto annuo per Euro 526,00.

1.3. Fatte le premesse di cui sopra, il T.a.r. ha ritenuto fondato il primo motivo nella parte in cui lamentava che la Provincia di (…), in sede di riedizione del potere, avesse disatteso l'ordine contenuto nella sentenza n. 249/2024, passata in giudicato, con la quale era stato richiesto di valutare "*se i costi delle migliorie offerte erano stati correttamente quantificati e se essi risultavano compensati dagli utili attesi dall'esecuzione della concessione*". In particolare, ha affermato che le migliorie proposte avrebbero dovuto trovare "*la loro remunerazione all'interno della concessione medesima (e non nell'ambito del bilancio complessivo dell'impresa*)".

1.3.1. Ha quindi ritenuto fondato anche il secondo motivo nella parte in cui contestava la trasformazione dei costi delle migliorie in un rischio di impresa e lamentava la sottostima di tali costi da parte dell'aggiudicataria in sede di giustificazione dell'offerta. In particolare:

- quanto al primo profilo, ha esaminato quanto accaduto con la miglioria n. 10 "*Interventi di ripristino dello stato dei luoghi per danni alle infrastrutture e interventi di bonifica su incidenti rilevanti in caso di sinistri senza individuazione del responsabile*" e con la miglioria n. 13 "*Messa in sicurezza e pulizia strade a seguito di caduta dei materiali dagli edifici*", nonché con le migliorie per le quali la controinteressata aveva finito per indicare un costo pari a 0,00 (zero), concludendo che "*sembra che ciò che doveva essere*

in aggiunta (e che ha fatto vincere la gara alla società (…) *S.p.A.) si sia trasformato, in sede di verifica di anomalia, al fine di far quadrare i conti, in qualcosa che non è in aggiunta, ma che invece già rientra nel perimetro della concessione di servizi medesima*";

- quanto al secondo profilo, ha ritenuto manifestamente sottostimati i servizi aggiuntivi per i quali è stato indicato un costo di € 0,00 (zero), cioè ben 16 su un totale di 35, e i costi dei servizi per i quali la società aggiudicataria conta di rivalersi sull'assicurazione (migliorie n. 7, 9, 10 e 13).

1.3.2. Affermato che quanto sopra avrebbe già dimostrato la sussistenza del vizio di difetto di istruttoria, il T.a.r. ha però ritenuto che vi fossero "ulteriori elementi" per affermare "con certezza" che l'offerta è in perdita, in ragione del calcolo effettuato ai punti 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3, 6.2.4 della sentenza; in base a tale calcolo, detratto l'utile dichiarato di € 526,00, l'offerta risulterebbe in perdita quanto meno per € 5.494,00 all'anno (perdita, che sarebbe ancora più marcata tenendo conto delle sedici migliorie per le quali è stato dichiarato un costo di euro zero).

1.4. Il ricorso e i motivi aggiunti sono stati perciò accolti e, per l'effetto, l'aggiudicazione in favore di (…) e gli atti presupposti sono stati annullati e il contratto di concessione stipulato nelle more è stato dichiarato inefficace; in accoglimento della domanda risarcitoria in forma specifica, la concessione è stata aggiudicata alla società (…) per una durata pari a quella stabilita dalla legge di gara, salvi i controlli prodromici alla stipulazione del contratto da eseguirsi da parte dell'ente concedente.

1.5. Le spese processuali sono state poste a carico della Provincia di (…) e della controinteressata ed a favore della ricorrente.

2. La società (…) S.p.A. ha proposto appello con un motivo articolato in più censure.

La società (…) s.r.l. si è costituita per resistere all'appello.

La Provincia di (…) non si è costituita.

2.1. All'udienza del 26 giugno 2025 la causa è stata discussa e assegnata a sentenza,

previo deposito di memoria della (…) e di replica della (…).

3. Il motivo di appello (*Errores in iudicando e in procedendo. Violazione ed erronea applicazione degli articoli 97, 164 e ss. del d.lgs. 50/2016. Motivazione erronea e carente*) premette che la rinnovata valutazione di anomalia dell'offerta, a seguito della sentenza del T.a.r. per l'Emilia Romagna del 14 aprile 2024 n. 249, non dovesse essere incentrata solo sui costi delle migliorie, ma avrebbe dovuto riguardare tutti gli elementi ritenuti rilevanti, anche in ossequio al noto principio in base al quale la verifica di congruità non può e non deve riguardare singole voci ma ha per oggetto la valutazione dell'offerta nel complesso e si conclude con un giudizio globale e sintetico; ad avviso dell'appellante, tale principio avrebbe ancora maggior rilievo nella concessione, caratterizzata dall'assunzione del rischio da parte del concessionario.

3.1. La società (…) difende l'operato del r.u.p. coadiuvato dalla commissione di gara e supportato da un'apposita perizia di un dottore commercialista: sarebbe stata svolta attenta istruttoria e la valutazione di congruità sarebbe corredata dall'ampia, esaustiva motivazione di cui al verbale del 24 maggio 2024 prot. 17982, del quale vengono individuati i punti salienti.

3.2. Sono quindi censurate le statuizioni della sentenza di primo grado sul primo e sul secondo motivo di appello, sopra sintetizzate.

3.2.1. Relativamente al primo motivo, la società appellante ritiene erronea l'affermazione del tribunale secondo cui la verifica avrebbe dovuto riguardare soltanto la questione "*se i costi delle migliorie offerte erano stati correttamente quantificati e se essi risultavano compensati dagli utili attesi dall'esecuzione della concessione*" e sostiene che essa non troverebbe riscontro nella sentenza n. 249/2024, per le ragioni già dette in premessa e ribadite nell'illustrazione del motivo di gravame, concernenti la necessaria valutazione globale dell'offerta ai fini del giudizio di congruità; aggiunge che, ad ogni modo, la stazione appaltante avrebbe, in concreto, verificato i costi di tutte le migliorie offerte.

3.2.2. Seguono le argomentazioni che sorreggono la tesi di fondo della società (…), condivisa dall'amministrazione, vale a dire che:

- contrariamente a quanto ritenuto dal T.a.r., sarebbe rilevante, già in linea di principio, la motivazione della stazione appaltante in relazione al *know how*, alla specifica organizzazione imprenditoriale e all'ammortamento dei costi;

- a maggior ragione detta motivazione varrebbe nel caso dell'affidamento delle concessioni di servizi, dato che, mentre nell'appalto le componenti dell'offerta devono essere remunerate per il corrispondente importo, nel caso di concessione il concessionario recupera i costi sostenuti mediante i proventi dell'attività di gestione, affrontando un margine di rischio elevato a seconda della propria organizzazione e delle scelte effettuate (cfr. Cons. Stato, V, n. 7481/2022 e id., VI, n. 2885/2020);

- sarebbe erroneo, in particolare, il rilievo centrale della sentenza gravata, secondo cui risulterebbe "*con certezza che l'offerta presentata da* (…) *è in perdita*", in quanto per la miglioria n. 10 sarebbe stato giustificato soltanto il costo annuo di € 3.300, anziché quello più elevato di € 10.000; le ragioni dell'appellante si fondano sull'assunto che la società aggiudicataria avrebbe esposto nei giustificativi un "costo" inferiore al "valore" dei servizi indicato in offerta e che comunque questa non risulterebbe modificata perché il servizio aggiuntivo "*è sempre lo stesso così come anche il valore*";

- trattandosi di concessione, e non di appalto, di servizi, eventuali margini di incertezza delle stime effettuate dal concessionario circa i ricavi attesi – che comunque, secondo l'appellante, sarebbero insussistenti – a cui corrisponderebbero "*margini di opinabilità delle valutazioni effettuate dall'Amministrazione concedente*", non potrebbero essere sindacati, atteso il rischio gravante sul concessionario; di conseguenza, per un verso, il carattere aleatorio del rimborso da parte delle assicurazioni dei costi relativi alle migliorie 7, 9, 10 e 13 non potrebbe essere indice di anomalia, in quanto rientrante nel rischio operativo della concessione, per altro verso, le previsioni di (…) si baserebbero su dati statistici e

pregresse esperienze, suffragati da quelli in possesso della Provincia di (…), non contestati nello specifico;

- sarebbe erronea la motivazione relativa alla miglioria n. 13, dato che la circostanza che (…) preveda il risarcimento da parte dell'assicurazione non comporterebbe affatto una modifica dell'offerta, come ritenuto dal T.a.r., restando fermo l'impegno assunto all'erogazione del servizio;

- l'ulteriore errore della sentenza sarebbe dato dall'avere il T.a.r. affermato che per tutte le migliorie offerte la società dovrebbe necessariamente sostenere un costo, altrimenti non potrebbero essere nemmeno considerate come tali; ad avviso dell'appellante, l'offerta di servizi aggiuntivi o migliorativi potrebbe essere già ricompresa nei costi della commessa o i relativi costi potrebbero essere azzerati dall'organizzazione aziendale; d'altronde, secondo l'appellante, la società avrebbe fornito la dimostrazione che la propria organizzazione aziendale consentirebbe di sostenere i costi della migliorie n. 1, n.2, nn. 3 e 23, n. 4, n. 5, n. 12, n. 15, n. 17, n. 19, nn. 20, 21 e 30, per le ragioni per ciascuna o ciascun gruppo esposte nell'atto di appello;

- sarebbero inoltre corrette le argomentazioni della stazione appaltante contenute nel verbale del 24 maggio 2024, circa l'incidenza dell'imputazione degli ammortamenti o di eventuali compensazioni (come da perizia commissionata dalla stessa stazione appaltante); per contro, sarebbe erronea l'affermazione del T.a.r. sull'irrilevanza della questione dei beni strumentali e della ripartizione del costo di ammortamento.

4. Il motivo di appello è infondato, pur necessitando la sentenza delle precisazioni di cui appresso.

4.1. La sentenza del T.a.r. per l'Emilia Romagna n. 249 del 12 aprile 2024 ha accolto il primo motivo del ricorso presentato dalla (…), per difetto di istruttoria del giudizio di anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria (…). Il vizio della determinazione positiva della stazione appaltante è stato rinvenuto nella

verosimiglianza di "*una errata quantificazione dei costi delle migliorie offerte dalla società* (…) *S.p.A.*", che "*avrebbe dovuto indurre la Provincia di* (…) *a un attento esame dell'offerta della concorrente*".

La conclusione appena riportata si basa sulle seguenti constatazioni contenute nella detta sentenza:

- <<*il PEF presentato dalla società* (…) *S.p.A. indica ricavi annui per €uro 38.333,00 e utile netto annuo per €uro 526,00: è dunque evidente che con un utile così risicato, anche una minima sottostima dei costi di produzione del servizio può far sì che la concessione non sia più in equilibrio.*

Il costo dichiarato dalla aggiudicataria per le 35 migliorie offerte in gara è pari a €uro 12.000,00 all'anno.>>;

- << … *parte ricorrente ha allegato una serie di elementi che fanno dubitare della congruità dell'offerta, ci si riferisce segnatamente al fatto che come dichiarato in offerta dalla stessa controinteressata una delle 35 migliorie costa da sola €uro 10.000,00 all'anno. Questo significa che residuano €uro 2.000,00 all'anno per le restanti migliorie. Il che già di per sé appare un elemento incongruo.*>>.

4.1.1. Considerate le riportate statuizioni passate in giudicato, va sottolineato che - fermo in linea di principio l'assunto da cui muove l'appellante secondo cui il giudizio di anomalia ha sempre portata sintetica e globale - l'effetto conformativo della sentenza n. 249/2024 è quello della riattivazione e della rinnovazione della verifica di anomalia dell'offerta della (…), concentrando l'istruttoria sui costi di produzione del servizio, specificamente sui costi delle 35 migliorie offerte.

Tali costi avrebbero potuto (e dovuto) essere giustificati ai sensi dell'art. 97, commi 1 e 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 (richiamato dalla legge di gara), rivalutando nell'insieme, quindi globalmente, l'offerta dell'aggiudicataria, anche tenendo conto di quanto previsto per le concessioni dall'art. 165 dello stesso decreto legislativo.

4.1.2. Quest'ultima norma:

- prevede, al primo comma, il trasferimento al concessionario del rischio operativo,

come definito dall'art. 3, comma 1, lett. zz), cioè il rischio legato alla gestione del servizio sul lato della domanda o dell'offerta o di entrambi, da intendersi nel senso che – effettivamente, così come sostiene la società appellante – vi è la possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario;

- tuttavia, al secondo comma, si prevede che il presupposto per la corretta allocazione dei rischi predetti sia l'equilibrio del piano economico finanziario, come definito dall'art. 3, comma 1, lett. fff), che importa la contemporanea presenza di convenienza economica e sostenibilità finanziaria; questa, in particolare, comporta, che la capacità di rendimento per l'intero periodo di gestione deve essere in grado di garantire la copertura dei costi, nel presupposto – che vale anche per la concessione, non soltanto per l'appalto – che questi siano correttamente stimati.

La capacità del concorrente di garantire l'equilibrio economico – finanziario va dimostrata mediante la produzione del piano economico – finanziario, il quale non può che essere riferito ai costi e ricavi della singola concessione.

4.2. Risulta pertanto prima ancora che infondato, del tutto fuorviante, l'assunto di parte ricorrente secondo cui l'assunzione del rischio operativo in capo al concessionario finirebbe per consentire, in ultima analisi, la sottostima dei costi; né tale sottostima appare giustificabile soltanto sulla base del giudizio "sintetico e globale", sul quale pure insiste l'appellante.

4.2.1. Quanto al primo profilo, è noto il dibattito giurisprudenziale in merito all'applicabilità all'affidamento della concessione del giudizio di anomalia dell'offerta, non specificamente richiamato dall'art. 164 del d.lgs. n. 50 del 2016 (applicabile *ratione temporis*).

In proposito, è sufficiente richiamare la motivazione della sentenza di questa Sezione, 24 maggio 2022, n. 4108, in specie nella parte in cui, dopo avere ricordato le pur indubitabili differenze evidenziate dalla giurisprudenza tra i giudizi di

anomalia riferiti rispettivamente ad appalto e concessione (cfr., tra le altre, Cons. Stato, VI, 7 maggio 2020 n. 2885 e id., V, 26 agosto 2022, n. 7481), conclude nel senso che <<*seppure l'art. 164, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 non richiami specificamente il regime dell'anomalia, la relativa verifica vada nondimeno considerata applicabile anche alle offerte inerenti alle concessioni: si tratta infatti d'una valutazione espressiva di principi generali in materia di affidamento dei contratti pubblici quali quelli della qualità e affidabilità delle prestazioni, nonché della libera concorrenza (cfr. l'art. 30 d.lgs. n. 50 del 2016), e che implica un apprezzamento secondo canoni di ragionevolezza e attendibilità delle offerte ben possibile - anzi doveroso – da parte dell'amministrazione anche in ipotesi di concessioni, in coerenza con i generali principi dell'efficienza e buon andamento dell'azione amministrativa*>>.

La sentenza n. 4108/22 precisa che quanto detto <<*non impedisce del resto di tener conto, nell'esprimere la valutazione da compiere, della peculiarità della fattispecie concessoria, e dunque di declinare in termini "dinamici" la verifica di anomalia - considerato che anche la voce dei ricavi risulta ex ante indefinita - che assume perciò connotazioni ancor più discrezionali e in qualche misura flessibili (in quanto condizionata da una rilevante componente previsionale), se non caratterizzata da margini d'incertezza (cfr. Cons. Stato, n. 2885 del 2020, cit.)*>>.

Quanto ai costi, poi, non vi è dubbio che il concessionario ne effettui il recupero mediante i proventi dell'attività di gestione del servizio in concessione, affrontando un margine di rischio che è connaturato a quest'ultima, a sua volta connesso alla propria organizzazione e alle proprie scelte imprenditoriali (cfr. Cons. Stato, V, n. 7481/2022), ma ciò non sta affatto a significare che i costi possano essere sottostimati sin dalle previsioni del piano economico finanziario, tanto da non poter essere giustificati, nemmeno tenendo conto del detto andamento "dinamico" dei ricavi.

Invero, l'offerta del concorrente, così come risultante dal PEF, deve essere in equilibrio, prescindendo dalla forza economica dell'operatore nel mercato di riferimento, dato che questa non potrebbe mai giustificare un'offerta che si presenti "in perdita" già nella fase di gara per la mancanza di copertura economica

di tutte le prestazioni offerte.

Non va infatti dimenticata la funzione del PEF, quale evidenziata dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, secondo la quale esso è volto a dimostrare la concreta capacità del concorrente di correttamente eseguire la prestazione per l'intero arco temporale prescelto attraverso la responsabile prospettazione di un equilibrio economico – finanziario di investimenti e connessa gestione, nonché il rendimento per l'intero periodo: il che consente all'amministrazione concedente di valutare l'adeguatezza dell'offerta e l'effettiva realizzabilità dell'oggetto della concessione stessa (cfr. già Cons. Stato, V, 26 settembre 2013, n.4760; III, 22 novembre 2011, n. 6144). In sintesi, esso è un documento che giustifica la sostenibilità dell'offerta e non si sostituisce a questa ma ne rappresenta un supporto appunto per la valutazione di congruità, per provare che l'impresa va a trarre utili tali da consentire la gestione proficua dell'attività (Cons. Stato, V, 13 aprile 2018, n. 2214).

4.2.2. Per la stima dei costi da inserire nel conto economico del piano economico – finanziario è da ritenersi che valgano, per la concessione, così come per l'appalto, i già richiamati criteri giustificativi dell'art. 97, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, norma peraltro espressamente posta a fondamento del giudizio di anomalia previsto dalla *lex specialis* della gara per cui è processo (come da statuizione del T.a.r., non specificamente appellata dalla società (…)).

I criteri giustificativi dei costi dipendono dalla specifica organizzazione imprenditoriale (che, invero, può consentire: economie nel processo di fornitura del servizio; soluzioni tecniche o condizioni eccezionalmente favorevoli della prestazione; originalità del servizio proposto), da reputarsi tuttavia rilevante per i risultati che consente di raggiungere nel contesto del singolo affidamento, non in relazione all'attività dell'impresa nell'intero mercato nel quale è operativa.

Parimenti, le operazioni di "compensazione" tra distinte voci di costo o tra costi e ricavi (od utile) preventivati (pur nella peculiarità del giudizio concernente la

concessione) - che caratterizzano il giudizio di anomalia "globale e sintetico" di cui alla giurisprudenza richiamata dall'appellante - vanno effettuate in riferimento alla singola offerta e, per la concessione, al piano economico finanziario presentato in gara, inteso come sopra.

4.3. Già la sentenza n. 249/2024 ha accolto il ricorso della (…) contro la Provincia di (…) e nei confronti della (…), affermando che l'ente concedente "*avrebbe dovuto pretendere un maggiore dettaglio dei costi dei servizi aggiuntivi, non accontentarsi della mera affermazione da parte della concorrente di essere un grande operatore del settore come tale capace di rilevanti economie di scala, e valutare approfonditamente la sostenibilità dell'offerta*".

5. Occorre quindi verificare se, nel rinnovare il giudizio di anomalia dell'offerta della (…), la Provincia di (…) si sia attenuta all'indicazione conformativa appena detta, nonché ai criteri normativi ed ai principi giurisprudenziali sopra richiamati, ai quali d'altronde la sentenza n. 249/2024 ha dato concreta applicazione.

5.1. In proposito, si conviene con l'affermazione del T.a.r. secondo cui "*tenuto conto che le migliorie proposte sono state decisive ai fini della aggiudicazione della concessione, deve trattarsi di migliorie che trovano la loro remunerazione all'interno della concessione medesima (e non nell'ambito del bilancio complessivo dell'impresa), di migliorie cioè i cui costi non mandano in perdita l'offerta*". Rispetto a tale affermazione, ed al giudicato di cui alla sentenza n. 249/2024, appare corretta l'ulteriore affermazione del T.a.r. secondo cui "*risulta irrilevante che la concessione in questione abbia un'incidenza minima sul volume d'affari dell'aggiudicataria*", così come è effettivamente irrilevante il calcolo dei costi indiretti (di cui nemmeno la precedente sentenza del T.a.r. ha tenuto conto); meno condivisibile è invece, in linea di principio, l'affermazione della sentenza qui appellata concernente l'irrilevanza della stima prudenziale degli ammortamenti.

Tuttavia, non si tratta di un dato che -anche così come stimato dalla stazione appaltante, sulla base della perizia del dott. (…) (punto 2.3) allegata al verbale prot. n. 17982/2024 del 24 maggio 2024 - appare decisivo al fine di "compensare" le sottostime dei costi (di cui appresso) con un aumento dell'utile (per effetto di una

diversa imputazione degli ammortamenti), dato che i possibili minori ammortamenti appaiono di entità (€ 1.834 all'anno) non sufficiente allo scopo e che il loro totale azzeramento (per € 3.335) è meramente ipotetico, comunque non verosimile, anche perché contrastato dalla diversa indicazione contenuta nel PEF (che quindi dovrebbe presumersi sul punto totalmente erroneo).

Ne consegue - tenuto conto della sottostima dei costi, di cui si dirà - l'irragionevolezza della motivazione concernente l'imputazione degli ammortamenti, contenuta nel citato verbale della stazione appaltante. La relativa contestazione da parte della ricorrente (…) - contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante (…) - è da ritenersi effettuata col ricorso per motivi aggiunti, dato che non si tratta affatto di motivazione autonoma e idonea a sorreggere di per sé l'atto impugnato.

5.2. Invero, quanto alla sottostima dei costi, va confermata la decisione di primo grado di accoglimento del secondo motivo di ricorso.

5.2.1. Non va trascurato che la miglioria n. 10 è presentata nella relazione tecnica che illustra l'offerta della (…), come "*Interventi di ripristino dello stato dei luoghi per danni alle infrastrutture e interventi di bonifica su incidenti rilevanti in caso di sinistri senza individuazione del responsabile*": dato ciò, è incongruente la giustificazione dell'aggiudicataria, condivisa dalla stazione appaltante, che si basa sul rimborso da parte dell'assicuratore, dal momento che questo presuppone appunto l'individuazione del responsabile; né la relazione illustrativa dell'offerta tecnica consente la sottile distinzione - cui si accenna nell'atto di appello - tra mancata individuazione del responsabile *tout court* e mancata "immediata" individuazione del responsabile.

Di qui, l'inconsistenza, nel caso di specie, delle argomentazioni dell'appellante basate su un'asserita diversità "ontologica" tra valore del servizio e costo della sua prestazione. Delle due, l'una: nella misura in cui si ritiene che i costi possano essere rimborsati dall'assicuratore, il servizio è diverso da quello offerto come miglioria

(che presuppone la mancata individuazione del responsabile); se invece si tiene ferma l'offerta della miglioria "*per un valore di € 10.000 per ciascun anno di affidamento*" (come da offerta tecnica), allora il costo che va preventivato non può che essere corrispondente.

L'appello non consente di superare la condivisibile conclusione del T.a.r. secondo cui, dato che la controinteressata si è impegnata ad eseguire i detti interventi per un valore di € 10.000,"*[q]uesto è l'impegno assunto dall'offerente ed è questo valore (Euro 10.000,00) che deve essere giustificato dalla società Sicurezza & Ambiente S.p.A. in sede di verifica di anomalia. Invece, è stato giustificato il più basso costo di 3.300,00, addivenendosi in tal modo a una inammissibile modifica dell'offerta. E male ha fatto l'Amministrazione ad accettare tale modifica.*".

I richiami giurisprudenziali dell'appellante in tema di "costi aziendali" inferiori ai "prezzi delle prestazioni" (cfr. T.a.r. Lazio n. 1505/2018) non sono pertinenti, poiché -rispetto alla miglioria n. 10- la *quaestio iuris* non attiene al risparmio di spesa conseguibile dall'aggiudicatario e quindi giustificabile ai sensi dell'art. 97, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016. Piuttosto, essa attiene alla giustificazione per un esborso di € 3.300,00 di una prestazione che avrebbe dovuto essere giustificata per un esborso di € 10.000,00.

5.2.2. Considerazioni parzialmente coincidenti possono essere riferite alla miglioria n. 13 "*Messa in sicurezza e pulizia strade a seguito di caduta dei materiali dagli edifici*", per la quale l'aggiudicataria in sede di giustificazioni ha indicato un costo di esecuzione pari ad Euro 0,00 (zero), giustificato per la mancata verificazione nel passato di sinistri di quel tipo e perché sarebbe possibile la rivalsa nei confronti della compagnia che assicura l'immobile per la responsabilità civile verso terzi.

Premesso che tale seconda evenienza non ha il carattere della certezza, così come quella basata sull'esperienza pregressa, è vero che non appare del tutto appropriato il rilievo della sentenza secondo cui "*[a]nche se la probabilità di verifica della esecuzione della miglioria è bassa, appostare un costo pari a €uro 0,00 (zero) significa non eseguire il servizio*

ove richiesto e dunque modificare ancora una volta inammissibilmente l'offerta"; però è vero anche che la mancata considerazione della copertura del costo va ad incidere sulla sostenibilità complessiva dell'offerta: ovviamente si tratta di un'incidenza marginale, tuttavia nel caso di specie rilevante per il modesto importo destinato nel PEF a coprire i costi delle trentacinque migliorie (12.000 Euro, di cui € 10.000 da riferire alla miglioria n. 10), che appare ingiustificato e che comporta una sottovalutazione non compensabile con l'utile preventivato e, come detto, nemmeno con una diversa ipotetica imputazione degli ammortamenti.

5.3. A proposito dell'indicazione del costo pari ad Euro 0,00 (zero) per diverse migliorie, non è in effetti corretto, in linea di principio, il ragionamento del T.a.r. (di cui al punto 5.3.3 della sentenza), secondo cui – dal momento che "*le migliorie per essere tali devono essere qualcosa che si aggiunge alle prestazioni che già costituiscono l'oggetto della concessione*" (affermazione condivisibile) – dovrebbero necessariamente importare dei corrispondenti costi aggiuntivi (affermazione non condivisibile, se riferita -come pare- a costi da appostare separatamente): è vero piuttosto che - come peraltro già affermato in giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, VI, n. 2885/2020) - le modalità di effettuazione della prestazione (come, nel caso di specie, l'utilizzazione dei Centri Logistici Operativi a particolari favorevoli condizioni contrattuali) o l'organizzazione aziendale (come, nel caso di specie, l'attribuzione ai dipendenti di determinati compiti, costituenti prestazioni aggiuntive per la specifica commessa, ma in ipotesi già compresi nel costo ordinario del personale) o, ancora, le condizioni favorevoli assicurate all'impresa dai propri fornitori o partner commerciali, possono consentire l'abbattimento, se non proprio l'azzeramento, dei costi delle migliorie; è vero però che i corrispondenti risparmi di spesa vanno dimostrati ai sensi del già richiamato art. 97, comma 4 e 5, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Orbene, nel caso di specie, è appunto mancata tale ultima dimostrazione, risultando dal verbale del 24 maggio 2024 - su cui si sofferma la perizia di parte ricorrente (…) depositata in primo grado in data 25 luglio 2024, contenente rilievi

favorevolmente apprezzabili - l'illogica accettazione da parte dell'amministrazione provinciale di giustificazioni incongruenti, sia per l'indicazione del costo zero per 16 migliorie su 35 (come tra le altre quella n. 13 suddetta) o di costi particolarmente esigui per altre; sia per la quantificazione del costo di € 2.000,00 per ben trentaquattro servizi aggiuntivi che risulta da quanto sopra, detraendo dall'importo indicato nel PEF di € 12.000 il valore della miglioria n. 10, e per la giustificazione fornita per quest'ultima soltanto per l'importo di € 3.300,00.

5.4.1. Invero, l'allegazione della mancanza di extracosto per alcuni dei detti sedici servizi aggiuntivi è rimasta pressoché priva di riscontro documentale (in particolare, per quelli indicati con i numeri 20, 21 e 30 nonché 3 e 23, per i quali vi è solo l'apodittica affermazione della ricomprensione in prestazioni lavorative già retribuite, i cui costi sarebbero cioè computati in altre voci del PEF) così come ben poco plausibile appare il riscontro documentale di altri (in particolare per quello indicato con il numero 4, concernente i corsi di formazione, i cui costi sono giustificati in maniera implausibile o comunque incompleta, per via forfettaria; nonché per quello indicato col n. 5, concernente la fornitura di apparecchi elettronici, mancante della quantificazione del costo del drone).

5.4.2. Quanto poi alle giustificazioni, è sufficiente osservare che il PEF rielaborato in sede di verifica è carente del costo di € 7.700,00 per anno, ossia del costo dato dalla differenza tra i € 10.000,00 per anno del PEF originale e i € 3.300,00 euro per anno del PEF rielaborato (e che tale carenza non appare colmabile né con l'utile annuo preventivato né con una diversa, comunque ipotetica, incidenza degli ammortamenti), relativamente alla miglioria n. 10, a cui va riconosciuto il rilievo centrale già ritenuto dal T.a.r., e sopra ribadito.

5.5. In definitiva, pur se con le precisazioni sopra esposte, la sentenza appellata appare conforme al disposto dell'art. 97, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016 (richiamato dalla legge di gara), che impone alla stazione appaltante di escludere l'operatore economico concorrente che "*non giustifica sufficientemente il basso livello di*

prezzi o di costi proposti".

6. L'appello va quindi respinto.

6.1. Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese processuali, che liquida, in favore della società (…) s.r.l., nell'importo di € 5.000,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2025 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Marina Perrelli, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

Giuseppina Luciana Barreca **Francesco Caringella**

IL SEGRETARIO