

## **Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 2908 del 27 marzo 2024**

Appalti di servizi – Settori speciali – Congruità dell'offerta – Ribasso offerto deve garantire l'utile di impresa

Publicato il 27/03/2024

**N. 02908/2024REG.PROV.COLL.**

**N. 05781/2023 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 5781 del 2023, proposto da (...) S.r.l., (...) S.a.s., (...) S.n.c. di (...), (...) S.n.c., (...) S.r.l., (...) S.r.l., (...) S.r.l., (...) S.r.l., (...) S.r.l., (...) R.L., (...) S.n.c., (...) S.r.l., (...) S.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentati e difesi dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in (...);

### **contro**

(...) S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### **nei confronti**

(...), non costituita in giudizio;

**per la riforma della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il**

## Lazio (Sezione Prima) n. 10785/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della (...) S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2024 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati (...), (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha respinto il ricorso proposto dalle ricorrenti indicate in epigrafe (nonché da altre due, (...) s.a.s. e (...) s.r.l., che poi non hanno proposto appello), in qualità di operatori economici del settore, contro la (...) S.p.A., con l'intervento *ad adiuvandum* dell'(...) per l'annullamento del bando e degli altri atti della *lex specialis* di gara, oltre che della delibera di indizione, della “*procedura esclusa dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici, ai sensi dell'art. 17 del D.Lgs. n. 50/2016 e dell'art. 65 D.Lgs. n. 208/2021, per l'affidamento del servizio di riprese elettroniche ENG per le Testate giornalistiche – Area Metropolitana di Roma*”, relativamente al lotto 1 (avente ad oggetto il servizio di ripresa elettronica leggera “a chiamata” nell'area metropolitana di Roma).

1.1. Il tribunale ha ritenuto infondato l'unico e articolato motivo di ricorso concernente l'asserita impossibilità di presentare offerte idonee a coprire i costi ed ottenere la remunerazione in ragione di quanto disposto dalla legge di gara su: a) costo del lavoro; b) costo delle attrezzature; c) costo dell'autovettura; d) spese generali.

In proposito ha escluso che fosse stata dimostrata dalle ricorrenti la “*notevole sottostima della base d'asta*”, per effetto della quale “*alle ricorrenti ad oggi è impedito di formulare un'offerta congrua al valore della base d'asta che tenga altresì conto dei reali costi per la corretta esecuzione del servizio e oltre che calibrata rispetto alle prestazioni richieste nel capitolato*” (cfr. pag. 8 del ricorso).

1.2. Ha aggiunto che “a maggior ragione” non era stato provato il carattere “escludente” delle clausole contestate, sotto i seguenti profili:

- mancanza di specificità della censura riferita al giudizio di insostenibilità della gestione della commessa rapportato alla sua remuneratività (avendo le ricorrenti stimato solo in via ipotetica ed “*in chiave generale*” un utile d’impresa “*nella misura del 10% dei costi diretti*”);
- formulazione di censure miranti a “*preservare l’utile di impresa*”, con l’effetto di voler “*ottenere, dal giudice amministrativo, una sostituzione nelle valutazioni di merito tecnico che hanno condotto all’ideazione – intesa come elaborazione – della legge di gara.*”.

1.3. Respinto perciò il ricorso, il tribunale ha ritenuto di compensare le spese processuali.

2. Avverso la sentenza le ricorrenti indicate in epigrafe hanno proposto appello con un unico articolato motivo.

2.1. La R(...) S.p.a. ha resistito all’appello e ha riproposto l’eccezione di inammissibilità del ricorso, assorbita in primo grado.

2.2. All’udienza del 25 gennaio 2024, fissata dopo un rinvio per consentire la trattazione alla stessa udienza dell’appello n. r.g. 8310/2023 (riguardante la medesima procedura di gara), la causa è stata assegnata a sentenza, previo deposito di memorie e repliche delle parti.

3. Le società ricorrenti, tutte operatrici del settore, ribadiscono in appello l’insostenibilità dei prezzi posti a base d’asta del lotto 1, basandosi sulla perizia asseverata da un consulente del lavoro e sugli annessi documenti a sostegno prodotti in primo grado, anche al fine di criticare le statuizioni del primo giudice.

Gli argomenti riproposti e le critiche non sono fondati, per le ragioni che appresso si espongono in riferimento a ciascuna delle voci in contestazione, tenuto conto delle difese della stazione appaltante, basate sull’analisi commissionata dalla (...) alla (...) finalizzata all’elaborazione del prezzo da porre a base di gara.

4. A) Sulle statuizioni concernenti il costo del lavoro.

4.1. Il tribunale ha evidenziato come il CCNL Radiotelevisioni Private ha prorogato la propria efficacia fino al 31 dicembre 2024; ha quindi ritenuto infondato l’assunto delle

ricorrenti secondo cui “*il CCNL per i Dipendenti dell’Industria Cineaudiovisiva firmato dall’Anica prevede minimi retributivi e condizioni contrattuali più onerosi rispetto a quelli utilizzati per il calcolo del costo del personale, e che i CCNL sopra citati sono scaduti da anni, per cui i rinnovi determineranno un significativo incremento del costo del lavoro calcolato in questa sede*”.

4.1.1. Sebbene si possa convenire con gli appellanti sul fatto che nella relazione di parte erano stati richiamati tali ultimi contratti al solo fine di evidenziare come il costo della manodopera per alcuni di essi non fosse allineato col costo reale, trattandosi di contratti in scadenza, il dato significativo da prendere a base della decisione è proprio quello sottolineato nei chiarimenti della stazione appaltante e valorizzato dal T.a.r., concernente la proroga di efficacia del contratto utilizzato dalla (...).

Si tratta del “*Contratto collettivo nazionale di lavoro per i dipendenti delle imprese radiotelevisive private*” sottoscritto da Confindustria Radio Televisioni, Radio nazionali associate (R.N.A.), Associazione nazionale industrie cinematografiche e audiovisive (ANICA), SLC-CGIL, FISTEL\_CISL e UILCOM\_UIL, prorogato come sopra, con conseguente legittimità dell’operato della stazione appaltante nell’aver fatto riferimento al contratto collettivo vigente nel settore di riferimento per la stima dei costi a base d’asta.

4.2. Il tribunale ha inoltre ritenuto scorretto il *modus operandi* per il calcolo del costo del lavoro seguito dal perito di parte, laddove ha inserito le maggiorazioni per i turni avvicendati e lavoro domenicale, nonché per i buoni pasto. Ha ritenuto corretta la mancata considerazione di queste voci da parte della (...).

L’assunto delle appellanti è invece nel senso che la stazione appaltante avrebbe dovuto considerare nel computo dell’importo a base di gara anche gli emolumenti facoltativi, ovvero quelli che possono essere previsti da accordi aziendali o individuali con il dipendente (quali appunto i “buoni pasto”).

4.2.1. Si tratta di un assunto non condivisibile.

Esso, infatti, per le maggiorazioni per turni festivi e notturni, non tiene conto della legge di gara, dal momento che i prezzi a base d’asta dei turni sono riferiti soltanto alle attività diurne, mentre i turni notturni e festivi (previsti solo per i lotti 1, 2 e 3),

nell'impostazione della legge di gara, vengono coperti col canone mensile, corrisposto, oltre che per la copertura delle "emergenze", in aggiunta al prezzo dei singoli interventi (soltanto per i detti tre lotti, in ragione della loro specificità riguardo al lavoro notturno e nei giorni festivi), indipendentemente dal numero di servizi attivati e dalla loro tipologia (art. 7 del capitolato).

La maggiorazione del 7% per l'avvicendamento diurno risulta compresa nel calcolo del costo del lavoro effettuato da (...) per la stazione appaltante in riferimento a ciascuno servizio, unitamente alle voci "Festivo infrasettimanale" (4,12 euro) e "Sforamento ore notturne" non comprese nel canone (1,41 euro).

Per i buoni pasto va integralmente confermata la sentenza di primo grado, che trova supporto anche nella giurisprudenza di legittimità richiamata dalla difesa della (...) (cfr., da ultimo, Cass. sez. lav. 1 marzo 2021 n. 5547 e Cass., sez. lav. 25 maggio 2022, n. 16929), che ne collega il diritto, che ha natura assistenziale e non retributiva, alle disposizioni della contrattazione collettiva che lo prevedono. Il C.C.N.L. applicato come sopra non prevede l'erogazione dei buoni pasto, sicché il relativo costo non avrebbe potuto essere incluso nel prezzo a base di gara.

4.3. D'altronde le appellanti riconoscono che la RAI ha previsto di remunerare con il canone fisso mensile (soggetto a ribasso) sia il costo del pronto intervento nella gestione delle "emergenze" che gli eventuali maggiori oneri sostenuti per i servizi resi in orario notturno e nei giorni festivi.

4.3.1. La constatazione, piuttosto che smentire la correttezza dell'impostazione della legge di gara, finisce per confermarla dal momento che le ricorrenti non hanno dimostrato che la copertura dei costi in contestazione non sia garantita dalla corresponsione del canone mensile.

4.4. Dopo avere svolto ulteriori considerazioni sulla necessità che la base d'asta sia congrua, onde consentire di presentare (al ribasso) offerte idonee a coprire i costi e ottenere un minimo di remunerazione, le appellanti assumono che la (...) avrebbe completamente sbagliato i calcoli per il costo della manodopera da mettere a base d'asta:

questo - prendendo a riferimento il servizio “*T1-troupe con n. 1 operatore di ripresa e n. 1 specializzato di ripresa*” - avrebbe dovuto essere pari ad € 347,17, mentre la perizia indica un costo di soli € 324,92.

4.4.1. In diritto, si condivide la giurisprudenza richiamata dalle appellanti (in gran parte formata in riferimento ai giudizi di congruità o di anomalia dell’offerta, ma espressione di principi utilizzabili ai fini della presente decisione), secondo cui gli appalti pubblici devono pur sempre essere affidati ad un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno per le imprese, giacché le acquisizioni in perdita porterebbero inevitabilmente gli affidatari ad una negligente esecuzione, oltre che ad un probabile contenzioso: laddove i costi non considerati o non giustificati siano invece tali da non poter essere coperti neppure mediante il valore economico dell’utile stimato, è evidente che l’offerta diventa non remunerativa e, pertanto, non sostenibile (così già Cons. di Stato, V, 15 aprile 2013, n. 2063, citata da Cons. Stato, V, 27 novembre 2019, n. 8110 ed altre successive).

Dato tale principio giurisprudenziale, lo stesso, tuttavia, non appare confutato dagli esiti processuali.

Il calcolo del costo del lavoro che risulta dall’analisi commissionata alla (...) non appare presentare i macroscopici errori di calcolo denunciati, in quanto - depurata da meri refusi, riconosciuti pure dalle parti appellanti - i costi orari ivi considerati corrispondono a quelli previsti dal C.C.N.L. applicato, rispettivamente per lo specializzato di ripresa (III livello) e per l’operatore di ripresa (media tra IV e V livello o addirittura V livello).

4.5. Le appellanti lamentano infine l’irragionevolezza dell’art. 3 del capitolato che esclude dal computo del turno (di 8 o 4 ore) i tempi di percorrenza per il raggiungimento del luogo di esecuzione, che invece avrebbero dovuto essere considerati data la notevole estensione del territorio dell’Area Metropolitana di Roma sul quale insiste il servizio.

Per tale motivo precisano che nell’analisi delle singole voci di costo che compongono l’offerta, contenuta nella perizia di parte, è stata aggiunta un’ora per ciascun turno, considerata indispensabile per calcolare i costi effettivi del servizio, dovendosi allo scopo

tenere conto delle tempistiche di spostamento e di viaggio delle *troupe*, che altrimenti graverebbero sul fornitore. Pertanto, in base ai calcoli di parte, esposti in ricorso, considerando i soli costi del lavoro, per i diversi servizi (servizio di tipo 1 intero; servizio di tipo 1 ridotto; servizio di tipo 2 intero e servizio di tipo 2 ridotto), residuerebbero importi al di sotto di 100 euro ciascuno per coprire le ulteriori voci di costo, rendendo impossibile presentare un'offerta congrua.

4.5.1. L'aumento del monte orario da considerare (fissato nella relazione di parte ricorrente in un'ora forfettaria arbitrariamente stimata come necessaria per gli spostamenti della *troupe* nel traffico dell'area metropolitana di Roma) appare del tutto ingiustificato.

La relativa valutazione non è mancata da parte della stazione appaltante, ma è stata effettuata nella misura forfettaria di 15 minuti, al solo, ragionevole, fine di computare un costo rimborsabile uguale per ogni tipo di prestazione da fornirsi da parte di qualsivoglia aggiudicatario. Non sarebbe stato possibile infatti differenziare i tempi di percorrenza tenendo conto delle sedi degli operatori economici partecipanti alla gara e della loro organizzazione imprenditoriale. Per di più la stima forfettaria degli appellanti dilata eccessivamente i tempi di percorrenza da porre a carico della committenza, trascurando il dato di comune esperienza che i tempi per raggiungere il luogo di lavoro di norma non fanno carico al datore di lavoro.

In proposito è corretto quanto affermato dal T.a.r. nella sentenza n. 10783/2023, riguardante la medesima procedura di gara (oggetto dell'appello n. 8310/2023 r.g.), secondo cui, per un verso, con l'art. 3 del capitolato speciale la stazione appaltante “*ha inteso evitare che le circostanze accidentali che possono incidere sul raggiungimento del luogo delle riprese finiscano per riverberarsi sull'effettività delle prestazioni dedotte nell'appalto oggetto del contendere*”, per altro verso che con l'art. 7 del capitolato <<*ha perseguito e realizzato un obiettivo di omogeneizzazione delle prestazioni da valutare, non potendo ritenersi discriminatorio ed anticoncorrenziale che, come dedotto dalle ricorrenti, “l'organizzazione (e il costo) del tempo di percorrenza, per e dal luogo del servizio, rimane a carico dell'organizzazione aziendale fornitore non*

*essendo compensata dalla tariffa*”>>.

4.6. In definitiva, premesso che la relazione di parte ricorrente è basata sullo stesso C.C.N.L. preso a riferimento dalla stazione appaltante, va richiamato il passaggio della sentenza di primo grado dove è evidenziato lo scarto minimo tra il costo orario stimato in detta relazione e quello posto a base di gara; scarto, da ritenersi sostanzialmente “assorbito” escludendo dal primo le voci accessorie ed eventuali della retribuzione (come le dette maggiorazioni, altrimenti compensate) e quelle ad essa estranee (come i buoni pasto).

5. B) Sulle statuizioni concernenti il costo delle attrezzature.

5.1. In proposito il T.a.r., dopo aver riassunto i rilievi di parte ricorrente, ha affermato che non sarebbe stata *“fondatamente prospettabile una domanda di annullamento della lex specialis argomentata su rilievi tecnici rispettabili, ma pur sempre opinabili, tendenti a tradursi in una diversa ideazione dell’oggetto del contratto”*.

5.2. Le appellanti obiettano che vi sarebbe un primo errore di lettura del T.a.r. in quanto si è riferito ad un periodo di ammortamento calcolato dalle ricorrenti in tre anni, mentre la relazione di parte si riferisce chiaramente ad un periodo di ammortamento di cinque (pur se ritenuto dal perito di parte non corrispondente ad una stima prudenziale considerata l’obsolescenza delle attrezzature in questione).

5.2.1. Aggiungono che nella sentenza vi sarebbe un altro errore, ma di giudizio, correlato al costo specifico indicato: non si sarebbe trattato di *“rilievi tecnici ...opinabili”*, ma di dati non contestati dalla (...); quindi da valutare almeno come “principio di prova”. Invece, il T.a.r. avrebbe “derubricato” a mere “opinioni” soggettive le conclusioni della relazione asseverata depositata dalle ricorrenti e non contestata, senza prendere in alcuna considerazione la motivazione degli importi indicati nella relazione.

5.3. Il primo errore che viene addebitato al giudice di primo grado è irrilevante, risultando dagli atti che l’ammortamento è stato calcolato in cinque anni sia nella relazione di parte ricorrente che nell’analisi di (...).

5.3.1. Il secondo è volto a censurare il giudizio di opinabilità, che va invece qui



confermato, perché riferito ai preventivi commerciali sulla cui base è stata elaborata la relazione di parte ricorrente.

La conclusione è corroborata dal confronto di prezzi tra i diversi modelli di telecamere aventi le specifiche tecniche richieste dal capitolato, di cui agli scritti difensivi della (...), ai quali è qui sufficiente fare rinvio, unitamente alla relazione della (...) (contenente l'indicazione di prezzi medi), anche al fine di smentire l'assunto delle appellanti sull'asserita non contestazione da parte della resistente in primo grado.

Giova aggiungere soltanto che i preventivi versati in atti dalle ricorrenti risultano emessi da un unico rivenditore e solo in parte integrati dai preventivi ricavati *on line* e che riguardano marche e modelli individuati dalle stesse ricorrenti, laddove la stazione appaltante ha fatto presente che ve ne sono diversi altri compatibili con il capitolato, a prezzi inferiori.

Mancando un'analisi basata quanto meno sui prezzi medi delle attrezzature necessarie, pur prescindendo dagli ulteriori rilievi dell'appellata sugli errori in cui sarebbe incorso il perito di parte (per ammortamenti e prezzo dei supporti), risulta confermata la decisione di primo grado quanto alla mancata allegazione di elementi certi *“in grado di provare l'antieconomicità dell'appalto”*.

6. C) Sulle statuizioni concernenti il costo della autovettura.

6.1. Il T.a.r. ha ritenuto che “considerazioni analoghe” a quelle esposte per il costo delle attrezzature varrebbero per il costo giornaliero dell'autovettura, esposto dalle ricorrenti nella perizia asseverata prendendo *“a riferimento il modello FLAT Doblò 1.4 16v 120 cv T-Jet Euro 5 con alimentazione a benzina”*.

A tal proposito, il tribunale ha rilevato che l'art. 6 del capitolato ha previsto che *“per le truppe attivate nell'ambito del Servizio di “gestione delle emergenze”, non è richiesto l'uso esclusivo dell'autovettura. Sarà cura del Fornitore impiegare il mezzo più idoneo per garantire gli spostamenti nella tempistica richiesta”* ed ha concluso che *“il che lascia l'appaltatore libero di opzionare la soluzione più congrua alle proprie esigenze”*.

6.1.1. Le appellanti criticano la conclusione, perché basata sull'art. 6, che riguarda le

“emergenze”, mentre la relazione si riferisce al costo dell'autovettura, quale mezzo dedicato richiesto dalla (...) per espletare il servizio, ai sensi dell'art. 12 del capitolato.

6.2. Viene inoltre criticato l'ulteriore passaggio della sentenza, nel quale si afferma che il costo di € 35,58 indicato nella relazione (maggiore di quello di € 30,32 a base d'asta) comprenderebbe “*il costo di € 8 al giorno di parcheggio*”, con la conseguenza, secondo il primo giudice, che tale elemento non sarebbe “*suscettibile di deporre per l'antieconomicità dell'appalto*”.

6.2.1. Secondo le appellanti, la perizia della (...) sarebbe macroscopicamente errata perché, oltre a non considerare il costo della sosta a pagamento: 1) il costo chilometrico (€ 0,379) non è quello reale delle “Tabelle nazionali ACI”; 2) il costo medio del permesso ZTL (€ 7,79) non è stato computato.

6.3. La critica della sentenza di primo grado non merita accoglimento, pur prescindendo dall'erroneo riferimento fatto all'art. 6 piuttosto che all'art. 12 del capitolato.

6.3.1. Tra i costi fissi riguardanti l'uso dell'autovettura non avrebbe potuto essere posto a base d'asta quello (asserito) come necessario per la sosta a pagamento, di norma a carico dell'appaltatore, oltre che del tutto eventuale e di entità variabile come obietta la stazione appaltante (sia perché vi sono zone a parcheggio libero, sia per le tariffe agevolate, sia per le possibili esenzioni per la tipologia di veicoli utilizzati).

Peraltro, va considerato che le spese per gli spostamenti sono rimborsabili quali “*rimborsi eventuali di spese accessorie*”, ove regolarmente documentate, come da Tabella “Altre voci” a p. 14 del capitolato.

6.3.2. Parimenti non rientrante tra i costi fissi del singolo servizio, ma al più tra le spese generali, è da reputare il costo del permesso ZTL. La circostanza – evidenziata dalle appellanti – che sia stato (solo) “graficamente” inserito nella tabella concernente il costo dell'autovettura appare confermare tale difesa della (...), dato che il calcolo finale di € 30,32 contenuto nella stessa tabella non lo contempla (essendo l'importo pari al prodotto del costo/km di € 0,379 per gli 80 chilometri giornalieri).

6.3.3. Gli asseriti errori “di calcolo” ascritti alla stazione appaltante attengono alla

valutazione effettuata per il costo del carburante, utilizzando i valori medi risultanti dalle tabelle Aci degli anni precedenti piuttosto che quelli delle tabelle Aci del 2023. Il criterio seguito dalla stazione appaltante non appare frutto di un errore ma di una scelta, non irragionevole (considerato che è notorio che il prezzo del carburante nel 2022, sulla cui base sono state redatte le tabelle 2023, è stato anormalmente alto) né incongrua (considerato che i calcoli sono stati effettuati stimando una percorrenza media giornaliera di 80 km, a fronte di quella di 60 km considerata come più probabile, senza specifica smentita di parte appellante, salve le generiche considerazioni di cui alla memoria del 6 novembre 2023).

In ogni caso, va tenuto presente che, escluso l'importo per il parcheggio giornaliero, il costo considerato dalla (...) per l'autovettura è maggiore rispetto a quello indicato nella perizia di parte delle appellanti.

7. D) Sulle statuizioni concernenti le spese generali.

7.1. Il T.a.r. ha escluso che le differenze di stima (*troupe* di tipo 1: € 49,62 per le ricorrenti e € 53,55 per la (...); *troupe* di tipo 2: € 28,24 per le ricorrenti ed € 31,89 per la (...)) costituissero “*elementi suscettibili di deporre per l'antieconomicità dell'appalto*”.

7.2. Le appellanti, ritenuta “assertiva” la motivazione, obiettano che comunque l'importo indicato nella perizia della (...) non sarebbe “minimamente attendibile” in quanto pari al 13% dei “costi diretti”, che però sarebbero “completamente errati”. In particolare:

- i costi a base d'asta sarebbero inferiori ai costi effettivi, in modo da impedire i ribassi ed anzi indurre l'operatore a sopportare i costi ulteriori (secondo quanto esposto in dettaglio nell'atto di appello);

- un ulteriore aumento delle spese deriverebbe dalle previsioni del capitolato sulle modalità di attivazione del “servizio ridotto”, in quanto attivabile “liberamente” dalla stazione appaltante nell'arco della giornata (purché dopo le ore 11 del mattino o, nel pomeriggio, dopo le 15), costringendo l'appaltatore a garantire la presenza della *troupe* in ogni momento della giornata (come sarebbe stato riscontrato dai chiarimenti forniti in proposito dalla stazione appaltante).

7.2.1. Dato quanto sopra, non sarebbe congruo neanche l'importo previsto quale canone mensile, finalizzato alla copertura del pronto intervento nella gestione delle emergenze nonché degli eventuali maggiori oneri sostenuti dal fornitore per i servizi resi in orario notturno e nei giorni festivi (corrisposto indipendentemente dal numero di servizi attivati, in aggiunta al corrispettivo previsto per ciascuna troupe attivata ed agli eventuali extra, come straordinari e spese di trasferta).

Quanto a quest'ultimo, le appellanti – con la memoria depositata in vista dell'udienza pubblica del 23 novembre 2023 – osservano che la sufficienza del relativo importo (corrispondente ad € 200,00 al giorno) non sarebbe dimostrata affatto, se solo si considera che: i) non vi è alcuna certezza del numero di chiamate rientranti nella casistica, pur dovendo le imprese stabilmente impiegare personale utile a farvi fronte; ii) essendo composto dalle medesime sotto-voci di costo la cui congruità è stata contestata, anche l'importo a canone non permette l'utile partecipazione essendo anch'esso soggetto a ribasso.

7.3. Si tratta di censure che, per la gran parte, scontano l'erronea impostazione delle precedenti e che, a loro volta, presentano profili di mera assertività e genericità, laddove assumono - senza alcuna dimostrazione - l'incremento dei costi privi di adeguata copertura per le modalità di attivazione del servizio ridotto e l'insufficienza del canone mensile di € 6.100, pur soggetto a ribasso.

7.3.1. Peraltro, non risulta essere stata validamente confutata in giudizio l'argomentazione della difesa della (...) basata sulle condizioni dell'affidamento, regolarmente in corso di esecuzione alla data di indizione della presente gara, relativo al medesimo servizio oggetto di gara nel 2018 (il cui bando è stato ritenuto legittimo dal precedente di questa Sezione V, 27 gennaio 2020, n. 682, alla cui motivazione - in specie punto 2 - è utile fare rinvio a proposito delle caratteristiche di una gara per la stipula di una convenzione o accordo quadro come la presente), indicate come deteriori rispetto a quelle considerate nella strutturazione della gara oggetto del presente contenzioso.

Infatti, l'assunto delle appellanti secondo cui la tariffa per la *troupe* di tipo 1 nel capitolato

2018 (440 euro) sarebbe stata solo apparentemente inferiore a quella del capitolato 2023 (507 euro) perché avrebbe dovuto essere incrementata (fino a 526 euro) per le dotazioni e i servizi extra per computer e *go pro* appare confutata dall'argomentazione della stazione appaltante che dotazioni e servizi extra vanno considerati anche per il capitolato 2023, con importi non soggetti a ribasso (che portano la voce totale ad € 547 euro).

8. E) Sulle statuizioni concernenti l'utile di impresa.

8.1. Vengono infine criticate le statuizioni della sentenza riguardanti l'utile di impresa (sopra riferite), osservando le appellanti che la base d'asta sarebbe incapiente perché l'amministrazione non avrebbe in alcun modo considerato nel relativo calcolo l'utile d'impresa e quindi i concorrenti potrebbero partecipare soltanto presentando un'offerta in perdita, per come sarebbe suffragato dalla relazione di parte.

Il T.a.r. ne avrebbe travisato il contenuto, perché quest'ultima non era finalizzata a quantificare l'utile d'impresa ma a dimostrarne la mancata totale considerazione da parte della stazione appaltante nel fissare la base d'asta.

8.2. L'assunto delle appellanti è smentito *per tabulas* dall'analisi della (...) su cui si è basata la stazione appaltante, dato che l'utile è calcolato nella misura del 10% per tutte le tipologie di servizio.

Ogni ulteriore censura delle appellanti è riconducibile a quelle di cui sopra.

9. In conclusione, anche nel merito (superato perciò il profilo di ammissibilità dell'impugnazione immediata del bando), è da escludere che nel caso di specie sia stata dimostrata dalla ricorrenti - gravate del relativo onere della prova, da assolversi in termini particolarmente stringenti (trattandosi di un'eccezione alla regola della non immediata impugnabilità del bando: cfr. Cons. Stato, V, 8 gennaio 2021, n. 284) - l'attitudine delle condizioni di gara "*ad impedire in modo oggettivo e macroscopico*" la formulazione di un'offerta corretta da parte dell'operatore economico "medio" del settore di riferimento (cfr. Cons. Stato, V, 18 marzo 2019, n. 1736) ovvero a rendere insostenibile economicamente (o tecnicamente) l'affidamento per tutte o per gran parte delle imprese del settore (cfr., da ultimo, Cons. Stato, IV, 17 luglio 2023 n. 6948).

Piuttosto va condivisa la conclusione della sentenza appellata secondo cui le doglianze delle ricorrenti *“nondimeno, confliggono con l’interesse principale che sovrintende alle procedure di evidenza pubblica, ossia quello diretto a realizzare la migliore gestione dei servizi in termini di efficienza, efficacia ed economicità, interesse fisiologicamente diverso da quello dell’operatore economico, volto a conseguire un utile d’impresa, la cui assenza, comunque, resta priva di prova relativamente alla gara oggetto del contendere.”*.

10. L’appello va quindi respinto, col definitivo assorbimento dell’eccezione di inammissibilità del ricorso avanzata in primo grado e riproposta in appello dalla stazione appaltante.

10.1. Le spese 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 le appellanti, in solido, al pagamento delle spese processuali, che liquida, in favore della (...), nell’importo complessivo di € 10.000,00 (diecimila/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 25 gennaio 2024 con l’intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

**L’ESTENSORE**

**Giuseppina Luciana Barreca**

**IL PRESIDENTE**

**Francesco Caringella**

## IL SEGRETARIO