

Publicato il 12/11/2024

N. 09084/2024REG.PROV.COLL.
N. 06216/2024 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6216 del 2024, proposto da Slem S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A008D2AED4, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Agenzia Locale di Sviluppo dei Comuni dell'Area Nolana Scpa, non costituita in giudizio;

Comune di Nola, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Renzulli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Caribù Catering S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Immacolata Panico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Seconda) n. 3732/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Caribù Catering S.r.l. e del Comune di Nola;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2024 il Cons. Giovanni Tulumello e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia e Immacolata Panico;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza n. 3732/2024 il T.A.R. della Campania, sede di Napoli, ha respinto il ricorso proposto dalla Slem s.r.l. per l'annullamento della determinazione n. prot. 10/2024 DGS 17 dell'11 gennaio 2024 del Comune di Nola, recante aggiudicazione definitiva in favore della Caribù Catering S.r.l. della gara di appalto per l'affidamento del "Servizio di ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari", relativo agli alunni delle scuole statali (materne ed elementari) presenti sul territorio comunale, per gli anni scolastici 2023/2024 - 2024/2025 - 2025/2026" (CIG A008D2AED4) L'indicata sentenza è stata impugnata con ricorso in appello dalla ricorrente in primo grado.

Si sono costituiti in giudizio, per resistere al ricorso, la stazione appaltante (Comune di Nola) e la controinteressata (Caribù catering s.r.l.).

Alla camera di consiglio di consiglio del 29 agosto 2024, fissata per l'esame della domanda cautelare, il ricorso è stato rinviato al merito, per essere definitivamente trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 7 novembre 2024.

2. Il T.A.R. ha respinto i motivi del ricorso di primo grado osservando che:

2. “il contratto di avvalimento, tenuto conto delle specificazioni contenute nell’offerta tecnica, non sia generico ma indichi espressamente il personale e i mezzi messi a disposizione dall’ausiliaria. (...) Né essa doveva necessariamente mettere anche a disposizione una ulteriore cucina, oltre a quella già in possesso della aggiudicataria, e ulteriore personale per la distribuzione dei pasti, avendo essa nelle giustificazioni ampiamente spiegato le ragioni per cui il suo personale e la sua cucina erano idonei a soddisfare anche il servizio oggetto del presente appalto. (...) Nelle giustificazioni, infatti, non si dice affatto che l’aggiudicataria non intenda usare il personale e i macchinari messi a disposizione dall’ausiliaria ma si specifica soltanto, in relazione alla sostenibilità dell’offerta, che il team aziendale è idoneo a produrre molti più pasti di quelli oggetto dell’appalto. Resta fermo l’uso dei mezzi di trasporto forniti dalla Global service e le figure professionali del tecnologo e della nutrizionista forniti dall’ausiliaria”.

2.2. “nelle giustificazioni non si è inteso modificare l’offerta tecnica ma semplicemente – come già detto - dare conto dei costi della manodopera. A tal fine, la Caribù ha specificato che avrebbe considerato il solo costo dei 20 ASM da assorbire dal precedente gestore, in quanto il restante personale è quello già assunto dall’impresa e fa parte dell’organico aziendale. È per tale ragione che l’organigramma della Caribù presenta 50 unità”

2.3. “le giustificazioni rese dalla aggiudicataria circa l’incidenza percentuale dei costi della manodopera sono state ritenute valide dalla stazione appaltante, dopo apposito iter procedimentale (...): Venendo poi al merito della questione, per quanto riguarda i costi della manodopera, va in primo luogo rilevato che essi non sono in assoluto insuscettibili di ribasso e che pertanto non doveva essere esclusa la controinteressata per aver indicato, nella propria offerta economica, un costo della manodopera di appena 330.000,00, inferiore di oltre 200.000 Euro rispetto al costo indicato dalla Stazione appaltante e non ribassabile”.

Il TAR sul punto, citando T.A.R. Toscana n. 120/2024, ha ritenuto che alla luce dell'art. 108, comma 9, del d. lgs. 36/2023, interpretato in combinato disposto con l'art. 41, comma 14, stesso codice, deve ritenersi che i costi della manodopera siano assoggettabili a ribasso.

Inoltre il TAR, sempre con riferimento al terzo motivo, ha ritenuto che:

“Quanto alla censura relativa alla mancata giustificazione dei ribassi dei costi della manodopera va rilevato che la controinteressata ha nelle sue giustificazioni rappresentato di potersi giovare di economie di scala”;

“la controinteressata ha indicato nella relazione giustificativa del costo della manodopera l'incidenza dei costi derivanti dalle ulteriori assunzioni sul singolo pasto (pari a circa 1,38 euro), fermo restando che non possono imputarsi costi sostenuti dalla ricorrente per il personale già assunto il cui orario di lavoro non viene ad essere modificato in ragione della ulteriore commessa in esame, come ampiamente dimostrato dalla controinteressata”

2.4. La circostanza che la controinteressata abbia indicato nella piattaforma di gara un dato (3,27) costituente non già la percentuale di ribasso, ma il costo del pasto derivante dall'applicazione del ribasso (6,57), e che la stazione appaltante abbia rettificato la graduatoria dopo essersi avveduta di quanto sopra, non concreta alcun vizio della procedura, posto che il contenuto dell'offerta economica era chiaro, per cui si sarebbe trattato di *“errore materiale immediatamente riconoscibile sulla base del chiaro tenore letterale dell'offerta economica”*.

3. L'appellante ha formulato quattro motivi di appello, rivolti contro i capi della sentenza del T.A.R. che hanno rigettato i corrispondenti motivi del ricorso di primo grado.

3.1. Con il primo si censura il capo della sentenza gravata che ha respinto il motivo relativo all'avvalimento con l'ausiliaria Global Service s.r.l., che la ricorrente reputa *“generico e fittizio”*.

Secondo l'appellante le ragioni addotte dal TAR per respingere la censura non troverebbero riscontro nel contenuto del contratto di avvalimento presentato

in gara; la controinteressata avrebbe integrato in giudizio i contenuti di tale contratto, che senza tali integrazioni sarebbe viziato da una genericità tale da porlo in contrasto con l'art. 104, comma 2, d. lgs. 36/2023: *“Per ottenere un requisito di qualificazione come quello che ci riguarda (contratto di ristorazione scolastica con fatturato minimo annuo non inferiore ad € 280.000,00) un operatore economico deve avere quali dotazioni tecniche non solo cuochi e autisti od automezzi a ridotto impatto ambientale, bensì anche una cucina e degli inservienti che distribuiscano i pasti nelle scuole provvedendo al confezionamento ed alla distribuzione. Tali dotazioni non si riscontrano invece nel contratto di avvalimento”*.

L'appellante lamenta poi che *“risulta quindi pacifico che tutte le risorse oggetto del contratto di avvalimento (cuochi, autisti, magazzinieri, tecnologo alimentare, direttore, area manager) non abbiano mai formato oggetto di prestito, con conseguente carattere fittizio (oltre che generico, attesa l'assenza di qualsiasi indicazione) del rapporto di avvalimento. E' infatti pacifico che il prestito del requisito di qualificazione deve essere accompagnato dal concreto trasferimento di mezzi e risorse specifiche”*.

Il TAR avrebbe quindi errato nel valutare la dichiarazione di Caribù in merito alla propria idoneità – e al relativo requisito - a svolgere le prestazioni contrattuali al di là dell'uso dei mezzi di trasporto, del tecnologo e della nutrizionista.

3.2. Con il secondo motivo di appello si censura il capo della sentenza gravata che ha respinto il motivo del ricorso di primo grado relativo alla ritenuta modifica dell'offerta tecnica in sede di giustificazioni, in relazione ai costi della manodopera, e in particolare all'utilizzo di 20 ASM.

Deduce in particolare l'appellante che *“a fronte di una proposta migliorativa del servizio che coinvolgeva 50 unità, in sede di giustificazioni del costo della manodopera ha computato solo i costi di 20 unità, ovvero meno della metà. Il che evidenzia che il concorrente, nel tentare di giustificare i ribassi offerti*

ha dovuto necessariamente ridurre la mole di prestazioni offerte, in chiara modifica dell'offerta tecnica, in violazione del principio di immutabilità dell'offerta stessa".

2.3. Con il terzo motivo di appello si censura il capo della sentenza gravata che ha respinto il motivo del ricorso di primo grado relativo alla *“sottostima del costo del lavoro”*.

La censura ha riguardo sia alla pretesa violazione dell'art. 3 del Disciplinare (che vieta il ribasso dei costi della manodopera), sia alla legittimità dei ribassi anche al di là di tale prescrizione, in ragione della mancata giustificazione da parte dell'aggiudicataria dei costi del personale già alle proprie dipendenze.

Deduce in particolare l'appellante che *“La suddetta prescrizione è univoca né è stata impugnata da controparte con ricorso incidentale. La sua violazione è quindi palese e comportava pertanto l'esclusione del concorrente”*.

Secondo l'appellante le giustificazioni sarebbero comunque carenti, in fatto, anche a voler assumere quale parametro non la specifica norma della *lex specialis*, ma le norme primarie evocate dal TAR.

3.4. Con il quarto motivo di appello si censura il capo della sentenza gravata che ha respinto il motivo del ricorso di primo grado relativo alla rettifica, da parte della Commissione, della graduatoria a seguito del chiarimento sulla percentuale di ribasso indicata nella piattaforma: l'aggiudicataria, a suo dire, avrebbe dovuto essere esclusa per aver indicato in piattaforma un dato diverso dal ribasso (nella specie, il costo del singolo pasto conseguente al ribasso praticato).

4. La stazione appaltante e la controinteressata resistono al ricorso.

La controinteressata Caribù deduce anzitutto *“l'inammissibilità dell'appello proposto per difetto di specificità dei motivi di censura ai sensi del comma 1 dell'art. 102 cpa”*.

Per pacifica giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, da ultimo ribadita dalla sentenza n. 3148/2023, *“il principio di specificazione dei motivi di*

appello non richiede necessariamente l'impiego di formule solenni, ma ammette che le censure possano essere desunte dal contesto dell'atto di gravame, purché il Giudice dell'appello sia posto in condizione di comprendere con chiarezza i principi, le norme e le ragioni per cui il Giudice di prime cure avrebbe dovuto decidere diversamente (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 12 luglio 2017, n. 3427; Cons. giust. amm. Sicilia, Sent., 15/02/2021, n. 113)”.

L'eccezione in esame, avuto riguardo ai richiamati principi di diritto e alla loro applicazione allo specifico contenuto del ricorso in appello, è manifestamente infondata, dal momento che – come riportato – il gravame contiene precisi argomenti di critica ai capi della sentenza gravata che hanno respinto i quattro motivi del ricorso di primo grado, non limitandosi a riproporre questi ultimi ma anzi censurando il modo in cui il primo giudice li ha ritenuti infondati.

Del pari risultano irrilevanti le critiche alla gestione SLEM, in assenza di ricorso incidentale che in qualche modo investa il profilo della legittimazione.

5. Nel merito la controinteressata deduce, tra l'altro, che:

5.1. L'avvalimento di garanzia, *id est* l'“affidamento sulle capacità di altri soggetti per acquisire alcuni requisiti economico-finanziari non posseduti dall'operatore economico”, non è contemplato dal nuovo codice dei contratti (art. 104), ma nemmeno può ritenersi espunto, perché è previsto dalla Direttiva 2014/24/UE (si tratta della tesi è affermata dal T.A.R. Liguria nella sentenza n. 462/2024, cui la memoria di costituzione di Caribù s.r.l. attinge in più parti).

5.2. I costi della manodopera non dovevano essere analiticamente indicati nel contratto di avvalimento, e comunque “*Nell'offerta tecnica l'aggiudicataria specifica tutta la sua organizzazione aziendale, ivi compresi i 20 ASM da assorbire, il tecnologo, la nutrizionista così pure i mezzi a ridotto impatto ambientale forniti dall'ausiliario, al fine di fornire un quadro completo dell'assetto organizzativo aziendale oltre che dell'impianto di produzione*”.

5.3. La rettifica è stata resa necessaria non già per errore della Caribù, ma per errore della stazione appaltante: il dato reale risultava comunque dall'offerta

economica.

6. Ad avviso del Collegio risulta dirimente ed assorbente la fondatezza del terzo motivo del ricorso in appello.

6.1. Con il terzo motivo del ricorso di primo grado la SLEM aveva dedotto l'illegittimità dell'ammissione in gara dell'offerta Caribù, "per la palese sottostima del costo del lavoro", denunciando la violazione dell'art. 3 del Disciplinare di gara a mente del quale "I costi della manodopera non sono soggetti al ribasso": *"la Stazione appaltante aveva quantificato un costo complessivo di manodopera, nel triennio, pari a € 542.943,00. La Caribù al contrario ha indicato, nella propria offerta economica, un costo della manodopera di appena 330.000,00, inferiore di oltre 200.000 Euro rispetto al costo indicato dalla Stazione appaltante e non ribassabile. Sicché la Caribù andava esclusa già per la violazione dell'art. 3 del Disciplinare"*.

6.2. La sentenza gravata conferma, in punto di fatto, il ribasso del costo della manodopera previsto dall'offerta Caribù nei termini dedotti dalla ricorrente: *"per quanto riguarda i costi della manodopera, va in primo luogo rilevato che essi non sono in assoluto insuscettibili di ribasso e che pertanto non doveva essere esclusa la controinteressata per aver indicato, nella propria offerta economica, un costo della manodopera di appena 330.000,00, inferiore di oltre 200.000 Euro rispetto al costo indicato dalla Stazione appaltante e non ribassabile"* (profilo del resto incontestato nel presente giudizio).

Il T.A.R. ha tuttavia respinto il motivo argomentando la legittimità dell'offerta, come detto, sulla base del combinato disposto degli artt. 108, comma 9, e 41, comma 14, del d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36: tuttavia la ricorrente aveva dedotto – come sopra ricordato, e come la stessa sentenza del T.A.R. correttamente riporta nella parte espositiva – anzitutto la violazione del citato art. 3 del Disciplinare.

È pertanto evidente che quand'anche il ribasso dei costi relativi alla manodopera fosse consentito dalle norme primarie, l'esplicita ed inequivoca

previsione di segno contrario portata dalla – non impugnata - *lex specialis* non consentiva la presentazione di un'offerta riportante un simile ribasso.

Il parametro normativo invocato – per dedurre l'illegittimità e la non ammissibilità dell'offerta Caribù - dalla ricorrente in primo grado, pienamente valido ed efficace, era dunque costituito anzitutto dal citato art. 3 del Disciplinare: rispetto al quale la sentenza gravata non risulta essersi pronunciata.

Tale parametro è espressivo della volontà della stazione appaltante di connotare la specifica disciplina della gara nel senso di escludere dalla dinamica dei ribassi la componente relativa al costo della manodopera.

Conseguentemente, l'offerta Caribù andava esclusa perché non conforme, sul punto, alla *lex specialis*.

6.3. La fondatezza del mezzo in relazione al – dirimente – profilo dell'inammissibilità dell'offerta in gara assorbe il profilo di censura relativo alla ritenuta sottostima dei costi della manodopera in sede di giustificazioni, trattandosi di una successiva attività che presuppone la propedeutica ammissibilità dell'offerta, che invece nel caso di specie va esclusa per le richiamate considerazioni.

Va comunque osservato che in ogni caso i costi della manodopera risultano del tutto parziali nelle giustificazioni, come deduce Slem nella memoria conclusionale: *“Il tema allora non è l'ammissibilità del ribasso del costo della manodopera: mancano proprio, in detto costo, gran parte delle risorse e dell'organizzazione offerta. Infatti vengono considerati nelle giustificazioni solo il costo dei 20 ASM + un autista, per complessive 5890,5 ore annue. Risultano invece obliterate invece tutte le altre figure dichiarate in offerta economica, che peraltro cubano, in termini di impiego, ben 13311 ore annue, più del doppio, come da seguente tabella”*.

7. Le superiori considerazioni, determinando – in riforma della sentenza gravata - l'accoglimento del terzo motivo del ricorso di primo grado,

comportano l'annullamento dei provvedimenti con essa impugnati, ed assorbono conseguentemente ogni altro profilo di censura.

Va tuttavia in proposito osservato, quanto alle difese della controinteressata relative al c.d. avvalimento di garanzia, che l'appellante in memoria conclusionale osserva che *“si sta discutendo di un avvalimento di un requisito di capacità tecnico – professionale, come previsto dal Disciplinare, e non di un avvalimento di garanzia. Resta peraltro fermo che il contratto di avvalimento riporta in ogni caso indicazioni precise, che peraltro vengono riprodotte anche nell’offerta tecnica, salvo poi essere smentite in sede di offerta e peraltro anche in giudizio (vengono infatti ripudiati i contenuti del contratto di avvalimento)”*.

In memoria di replica l'appellata cita la sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 28 ottobre 2022, n. 13991: ma – in disparte il rilievo che si tratta di decisione resa anteriormente all'entrata in vigore delle norme della cui applicazione si tratta – nella dedotta fattispecie il problema, come sottolineato da SLEM, si connota per il fatto che l'avvalimento aveva la funzione di surrogare un requisito di capacità tecnico-professionale.

8. In accoglimento – nei sensi sopra specificati - delle domande proposte con il ricorso in appello, e in riforma della sentenza gravata, va pertanto annullato il provvedimento di aggiudicazione della gara impugnato in primo grado, e dichiarata l'inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria, con subentro della ricorrente nel contratto stesso, ai sensi dell'art. 124 del d.lgs. 104/2010, previo svolgimento da parte dell'amministrazione di ogni opportuna verifica relativa al possesso dei prescritti requisiti.

Le spese del doppio grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per

l'effetto, in riforma della sentenza gravata, accoglie il ricorso di primo grado ed annulla i provvedimenti con esso impugnati; dichiara l'inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria, con subentro della ricorrente nel contratto stesso previa verifica del possesso dei prescritti requisiti.

Condanna il Comune di Nola e la Caribù Catering S.r.l., in solido tra loro, al pagamento delle spese del doppio grado del presente giudizio, liquidate in complessivi euro diecimila/00, oltre accessori come per legge, in ragione di euro cinquemila/00 oltre accessori per ciascuna parte resistente.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Stefania Santoleri, Presidente FF

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere

Sebastiano Zafarana, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Tulumello

IL PRESIDENTE
Stefania Santoleri

IL SEGRETARIO