



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 837 del 2024, proposto da

Soc.A

██████████ 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 digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Agenzia Locale di Sviluppo dei Comuni dell'Area Nolana S.C.P.A., non costituito 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

Società B

██████████ 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 l'annullamento

- della determinazione n. prot. 10/2024 DGS 17 del 11.01.2024 del Comune di Nola, recante aggiudicazione definitiva della gara di appalto per l'affidamento del "Servizio di ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari" approvato con DM 25 luglio 2011 da attuarsi per gli alunni delle scuole statali (materne ed elementari) presenti sul territorio comunale - Anni scolastici 2023/2024 - 2024/2025 - 2025/2026" (CIG A008D2AED4) in favore della **Società B** ██████████ S.r.l.;

- delle comunicazioni di aggiudicazione della Centrale Unica di committenza e del Comune di Nola del 23.01.2024 e del 24.01.2024

- della proposta di aggiudicazione formulata dalla Centrale Unica di committenza con Disposizione n. 534 del 16.11.2023;

- delle note della Centrale Unica di committenza prot. 70054 del 29.11.2023, 70339 del 30.11.2023, 74339 del 21.12.2023, 74572 del 22.12.2023 inerenti il procedimento con il quale è stato verificato e ritenuto congruo il costo della manodopera della Caribù Catering S.r.l. nonché l'offerta;

- dei verbali di gara n. 1 del 9.10.2023, n. 2 del 13.10.2023, n. 3 del 31.10.2023, n. 4 del 31.10.2023, n. 5 del 3.11.2023, del 19.12.2023 (inerente la valutazione dei giustificativi della **Società B** ██████████), del 2.01.2024 (di conferma della proposta di aggiudicazione), nelle parti nelle quali la **Società B** ██████████ S.r.l. è stata ammessa e/o non è stata esclusa e la sua offerta è stata valutata con attribuzione di punteggio tecnico ed economico, conseguendo il primo posto in graduatoria;

- all'occorrenza, del Bando, del Disciplinare, del Capitolato e di ogni altro atto facente parte della lex specialis, nonché dei chiarimenti di gara - di ogni altro atto ad essi connesso, presupposto e/o consequenziale.

nonché

per il conseguimento dell'aggiudicazione e per il subentro nel contratto di appalto eventualmente stipulato previa declaratoria di nullità, invalidità ed inefficacia dello stesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Nola e di **Società B** S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 maggio 2024 la dott.ssa Maria Laura Maddalena e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe, parte ricorrente impugna la determinazione n. prot. 10/2024 DGS 17 del 11.01.2024 del Comune di Nola, recante l'aggiudicazione definitiva della gara di appalto per l'affidamento del "Servizio di ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari" approvato con DM 25 luglio 2011 da attuarsi per gli alunni delle scuole statali (materne ed elementari) presenti sul territorio comunale - Anni scolastici 2023/2024 - 2024/2025 - 2025/2026".

La procedura prevede l'affidamento del servizio per tre anni, per un valore complessivo stimato pari a € 840.000,00 (derivante dall'applicazione del costo unitario del pasto, pari a € 3,50, per un quantitativo di 240.000 pasti nel triennio), sulla scorta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con ribasso economico da formulare sul costo unitario del pasto (€ 3,50).

Alla gara hanno partecipato la **Soc.A**, nonché la **Società B** S.r.l. e un altro concorrente.

La **Soc.A** si classificava al primo posto in graduatoria. Successivamente però, come emerge dal verbale n. 5, la graduatoria veniva modificata. Si legge infatti nel verbale che: "*VISTA la PEC inoltrata dalla **Società B** S.r.l. con quale l'o.e. segnala l'errata indicazione da parte dello scrivente del ribasso formulato dalla società; VERIFICATA l'offerta economica dell'operatore che formula un ribasso del 6,57%*", la Stazione appaltante riteneva di modificare la graduatoria con formulazione di nuova proposta di aggiudicazione della gara in favore della **Società B**.

Successivamente, la Centrale di Committenza verificava positivamente la congruità dei costi della manodopera, pervenendo quindi alla aggiudicazione definitiva, disposta con determinazione n. prot. 10/2024 DGS 17 del 11.01.2024, impugnata per vari motivi di illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere.

Il Comune di Nola si è costituito e ha depositato una memoria per chiedere il rigetto del ricorso.

Anche la controinteressata, **Società B**, si è costituita chiedendo il rigetto del ricorso perché infondato.

L'istanza cautelare è stata respinta, con ordinanza n. 481 del 2024.

In vista dell'odierna udienza, parte ricorrente e controinteressata hanno depositato memorie e repliche, rappresentando che il contratto di appalto è stato stipulato e che è iniziato il servizio, e la causa è stata quindi trattenuta in decisione.

Il ricorso è infondato e va pertanto respinto.

Con il primo motivo, parte ricorrente deduce: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 6.3. E 7 DEL DISCIPLINARE. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 100, 104 E 26 ALL. II.12 D.LGS. 36/2023. VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COST. ECCESSO DI POTERE; DIFETTO DI ISTRUTTORIA; ILLOGICITÀ MANIFESTA; PERPLESSITÀ, in quanto a mente dell'art. 6.3. lett. a) del Disciplinare, concernente la qualificazione tecnica e professionale dei concorrenti, occorre dimostrare la "a) Esecuzione negli ultimi tre anni di almeno n. 1 servizio analogo (ristorazione scolastica) che abbia generato un fatturato minimo di € 280.000,00 rapportato ad 1 anno". Per dimostrare il possesso del requisito di cui all'art. 6.3. lett. a) del Disciplinare, la Caribù ha fatto ricorso all'avvalimento

del requisito da parte della società ausiliaria **Società C** S.r.l.. Si tratterebbe tuttavia, secondo la ricorrente, di un avvalimento del tutto fittizio, cartolare e generico ed in contrasto con l'art. 104 D.Lgs. 50/2016, per le seguenti ragioni:

In primo luogo il contratto non specificherebbe quante e quali risorse umane fornirà l'ausiliaria in relazione al prestito del requisito di qualificazione, limitandosi a fornire un mero elenco ed alla generica affermazione *“tutte le risorse umane necessarie per migliorare l'offerta”*, senza prevedere il concreto trasferimento di mezzi e risorse specifiche (cfr ex multis Cons. Stato, V, n. 6619/2021, V, 21 luglio 2021, n. 5485/2021; V, n. 1120/2020; CGA, n.722/2021) e, sotto tale profilo, il contratto risulterebbe totalmente indeterminato e quindi nullo.

Analogamente per quanto riguarda le attrezzature, il contratto si limita ad indicare solo *“automezzi a ridotto ambientale”*, senza specificare in cosa si concreti il prestito di risorse ai fini della qualificazione. Il che contrasterebbe con l'art. 104, co. 1 D.Lgs. 36/2023, che stabilisce che a pena di nullità debba esservi l'indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico (e nello stesso senso anche l'art. 7 del Disciplinare).

Il motivo, in relazione a tale profilo di censura, è infondato.

Infatti, all'art. 1 del contratto di avvalimento si legge o che: *“In particolare, saranno forniti e messi a disposizione i seguenti requisiti, mezzi e risorse: - esecuzione negli ultimi tre anni di almeno n.1 servizio analogo che abbia generato un fatturato minimo di € 280.000,00 rapportato ad un anno; - tutte le risorse umane necessarie per migliorare l'offerta, in particolare: cuochi, autisti, magazzinieri, tecnologo alimentare, direttore, area manager. - tutte le attrezzature necessarie per migliorare l'offerta, in particolare: automezzi a ridotto impatto ambientale.”*

Inoltre, nell'offerta tecnica (pagg. 17 e 18) risultano specificate le figure professionali fornite dall'ausiliaria, ovvero il tecnologo e la nutrizionista, come si evince dal *curriculum* delle due figure.

Per quanto riguarda le attrezzature, i mezzi forniti dall'ausiliaria sono indicati nell'offerta tecnica, a pag. 21 dove si legge: *“ai fini migliorativi della presente offerta, ci avvaliamo di ulteriori n. 2 mezzi di trasporto a 0 emissioni, ovvero veicoli elettrici, della ditta ausiliaria”*; inoltre, sono anche fornite le schede tecniche dei mezzi.

Pertanto, alla luce di quanto sopra, deve ritenersi che 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.

La ricorrente sostiene inoltre che le summenzionate carenze si riscontrerebbero anche nell'offerta tecnica, in quanto la **Società B** **Società C** non preciserebbe quali sono le risorse che verranno fornite dalla ausiliaria **Società C**. Aggiunge inoltre la ricorrente che per ottenere un requisito di qualificazione come quello in esame (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 riscontrerebbero invece nel contratto di avvalimento.

Anche tale profilo di doglianza va respinto.

Come detto, nell'offerta tecnica l'aggiudicataria ha specificato 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.

Nella dichiarazione di capacità produttiva, infatti, la controinteressata ha comprovato *“di avere in proprietà un centro di cottura ubicato in Via A. De Curtis, 10 Nola (NA) la cui distanza dai singoli plessi scolastici non supera i 16 minuti (distanza calcolata sul sito www.viamichelin.it)- e la cui capacità produttiva è nettamente superiore a quella richiesta per l'appalto per cui si scrive.”*

Inoltre, nelle giustificazioni, la **Società B** ha spiegato che “l’azienda attualmente ha un team, supportato da idonee attrezzature, capace di produrre fino a 5.000 pasti per ciclo produttivo, così come dichiarato anche in fase di gara. Preso atto che attualmente la ditta scrivente è impegnata nella produzione di circa 1.500 pasti giornalieri, dispone di tutte le attrezzature e le risorse per poter soddisfare ampiamente un incremento di circa 600 pasti giornalieri.”.

Quanto ai costi degli autisti, l’aggiudicataria nelle giustificazioni ha rappresentato che “l’estrema vicinanza del centro produzione pasti alle singole sedi scolastiche, consente all’azienda di poter redistribuire l’incidenza irrisoria dei costi del personale su altri servizi già attivi, imputando all’appalto specifico il costo di un solo autista (come meglio specificato nella tabella sottostante) che provvederà al solo ritiro dei contenitori vuoti e di tutto quanto necessario per il corretto svolgimento del servizio.”

Pertanto, l’aggiudicataria si è impegnata alla sola integrazione degli ASM nell’organico aziendale.

La ricorrente, sulla base proprio della lettura di queste giustificazioni, sostiene infine che esse dimostrerebbero il carattere fittizio del prestito oggetto di avvalimento. Infatti la **Società B** con tali giustificazioni considererebbe solo il costo degli ASM da assorbire nel precedente appalto, oltre ad un autista. Di conseguenza, la **Società B** afferma di avere già nel proprio organico aziendale i vari cuochi ed autisti, riconoscendo quindi essa stessa di non impiegare le risorse oggetto del contratto di avvalimento (tant’è vero che nelle giustificazioni non fa affatto riferimento a dette risorse). Il che dimostrerebbe il carattere meramente fittizio e cartolare dell’avvalimento, messo in atto al solo fine di acquisire la qualificazione e di poter spendere risorse ulteriori ai fini del punteggio tecnico, ma senza alcun trasferimento effettivo di risorse.

Anche questo profilo di doglianza va respinto.

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 **Società C** e le figure professionali del tecnologo e della nutrizionista forniti dall’ausiliaria.

Il primo motivo di ricorso deve dunque dichiararsi infondato.

Con il secondo motivo, parte ricorrente deduce: VIOLAZIONE DI OGNI NORMA E PRINCIPIO IN TEMA DI MODIFICA DELL’OFFERTA TECNICA IN SEDE DI GIUSTIFICAZIONI D’ANOMALIA. VIOLAZIONE DEI PUNTI 16 E 23 DEL BANDO/DISCIPLINARE. ECCESSO DI POTERE; DIFETTO DI ISTRUTTORIA; ILLOGICITÀ MANIFESTA; CONTRADDITTORIETÀ; PERPLESSITÀ PER ASSERTITA MODIFICA DELL’OFFERTA TECNICA.

Sostiene la ricorrente che in sede di giustificazioni la **Società B** ha considerato il solo costo dei 20 ASM da assorbire dal precedente gestore (oltre ad un autista), affermando nel contempo che “l’azienda provvederà alla sola integrazione degli ASM nell’organico aziendale, già disponendo di cuochi, autisti e di tutte le altre figure professionali necessarie a garantire il corretto e regolare svolgimento dell’appalto specifico, la cui retribuzione rientra già nel budget aziendale e quindi non influendo sul singolo appalto”. Ma tale affermazione sconfesserebbe sia il contratto di avvalimento speso in gara, sia il contenuto della stessa offerta tecnica, che al contrario presentava una struttura organizzativa totalmente diversa. Dalla pag. 17 alla pag. 21 infatti la **Società B** afferma di mettere in atto un sistema organizzativo che coinvolge ben 50 unità.

La controinteressata ha sul punto rilevato che non vi è stata alcuna modifica dell’offerta in sede di giustificazioni, poiché si è proceduto a giustificare l’importo del costo della manodopera relativamente alle unità esterne e non a quelle che sono già in organico aziendale e che sono state indicate nella medesima offerta e sulle quali il suddetto appalto nulla incide in termini di ulteriori costi, poiché cedono ad esclusivo carico della società controinteressata.

Ha inoltre evidenziato che i costi delle risorse dell’ausiliaria sono contenuti nel costo dell’avvalimento (all’art. 6 del contratto di avvalimento è previsto che: “In caso di aggiudicazione della gara, l’impresa ausiliata verserà un importo pari allo 1,5% del valore di aggiudicazione oltre il costo delle risorse materiali, immateriali, tecniche, finanziarie fornite dall’impresa ausiliaria che sarà pagato, dietro presentazione di regolare fattura soggetta ad IVA...”)

Il profilo di censura è infondato.

Come rilevato dalla controinteressata, 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 Società B 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 Società B presenta 50 unità. Per quanto riguarda alla questione del contratto di avvalimento si è già detto e si rinvia a quanto evidenziato nel primo motivo di ricorso a proposito delle figure professionali fornite dalla ausiliaria.

Sempre con il terzo motivo, la ricorrente ha dedotto: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 3 DEL DISCIPLINARE. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 108 E 110 D.LGS. 36/2023. VIOLAZIONE DEL CCNL PUBBLICI ESERCIZI, RISTORAZIONE COLLETTIVA E COMMERCIALE E TURISMO. VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COST.. ECCESSO DI POTERE; DIFETTO DI ISTRUTTORIA; ILLOGICITÀ MANIFESTA; PERPLESSITÀ. Secondo la ricorrente, la Stazione appaltante aveva quantificato un costo complessivo di manodopera, nel triennio, pari a € 542.943,00. 12, prevedendo che i costi della manodopera non erano soggetti al ribasso.

Società B
La Società B 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 Società B andava esclusa già per la violazione dell'art. 3 del Disciplinare.

Società B
Inoltre, secondo la ricorrente le giustificiche della Società B dimostrerebbero che il costo di € 330.000,00 è sottostimato e non tiene conto dei reali costi della manodopera emergenti dall'offerta tecnica (che contempla 50 unità). In particolare, la Società B non avrebbe giustificato il costo dei cuochi da impiegare nell'appalto oltre che il costo di 6 autisti, di altri 7 ASM e di un magazziniere, oltre che i costi dei 12 responsabili indicati in offerta.

Infine, anche laddove il personale venga in effetti utilizzato anche in altre commesse, ciò non esclude affatto che il costo pro quota destinato alla singola commessa debba essere quantificato e imputato all'importo dell'appalto (a maggior ragione quando si discute di impieghi di cuochi per 40 ore settimanali, ovvero il massimo previsto dalla contrattazione collettiva, circostanza che esclude in radice l'ipotesi dell'impiego in altri appalti).

La stazione appaltante avrebbe dunque quantomeno chiedere chiarimenti sulla complessiva attendibilità dell'offerta e, se del caso, sottoporla a verifica di anomalia.

Il motivo non può trovare accoglimento.

Va premesso che le giustificazioni rese dalla aggiudicataria circa l'incidenza percentuale dei costi della manodopera sono state ritenute valide dalla stazione appaltante, dopo apposito iter procedimentale.

Infatti, si legge nella determina di aggiudicazione che con nota protocollo n.70054 del 29.11.2023 sono stati chiesti alla Società B SRL, i giustificativi per la verifica del costo della manodopera; con nota protocollo n.70339 del 30.11.2023, il R.U.P. della procedura di gara in oggetto, per l'analisi della congruità del costo della manodopera, ha chiesto di avvalersi della collaborazione della commissione di gara; con nota protocollo 71943 del 12.11.2023 la Società B ha inviato i giustificativi chiesti dal R.U.P., che sono stati trasmessi alla CUC per la valutazione dell'offerta; Preso atto che il R.U.P. con nota protocollo n.74339 del 21.12.2023 ha sollecitato la CUC in merito alla valutazione dei giustificativi della Società B per stabilire i tempi per poter aggiudicare la gara; la CUC con nota protocollo n.74572 del 22.12.2023 ha risposto *“Tutto sopra quanto premesso, la Commissione tecnica procede all'analisi della documentazione trasmessa dall'impresa Società B e dopo attento lavoro di valutazione, nei limiti delle proprie competenze e salvo diverso avviso del RUP, alla luce delle giustificazioni presentate, ritiene l'offerta in esame congrua...”*

Non è dunque fondata la censura, di natura procedimentale, volta a constatare la mancanza di approfondimenti istruttori da parte della stazione appaltante in relazione alla questione dei costi della manodopera.

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”.

Infatti, l'articolo 108, comma 9, del d.lgs. n. 36 del 2023, che prescrive al concorrente di indicare nell'offerta economica, a pena di esclusione, i costi della manodopera, oltre agli oneri di sicurezza aziendali va interpretato insieme all'art. 41, comma 14, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, prevede che *“nei contratti di lavoro e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato a ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale”*. Come condivisibilmente affermato dal TAR Toscana (sent. 120/2024), *“Se ne deduce che i costi della manodopera sono assoggettabili a ribasso, come è del resto precisato dall'ultimo periodo del comma 14, dell'art. 41 citato, secondo cui: “Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale”*.

Se, infatti, il legislatore avesse voluto considerare tali costi fissi e invariabili, non avrebbe avuto senso richiedere ai concorrenti di indicarne la misura nell'offerta economica, né avrebbe avuto senso includere anche i costi della manodopera tra gli elementi che possono concorrere a determinare l'anomalia dell'offerta.

Inoltre, la tesi sostenuta dal ricorrente, dell'inderogabilità assoluta dei costi della manodopera individuati dalla stazione appaltante, determinerebbe un'eccessiva compressione della libertà d'impresa, in quanto l'operatore economico potrebbe dimostrare ad esempio che il ribasso è correlato a soluzioni innovative e più efficienti, oppure, soprattutto in ipotesi di appalto di servizi, come quello di cui si discute, alla sua appartenenza ad un comparto, per il quale viene applicato un CCNL diverso da quello assunto come riferimento dalla stazione appaltante.

A conferma di quanto sin qui esposto, il Consiglio di Stato, sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665, con riferimento al previgente Codice dei contratti, ha osservato che “la clausola della lex specialis che imponga il divieto di ribasso sui costi di manodopera, sarebbe in flagrante contrasto con l'art. 97, comma 6 d.lgs. n. 50/2016 e, più in generale, con il principio di libera concorrenza nell'affidamento delle commesse pubbliche”, e richiamando, quale supporto interpretativo l'art. 41 comma 14 del d.lgs. 36 del 2023, ha osservato che: “persino nel “nuovo Codice”, che in applicazione di un preciso criterio di delega di cui all'art. 1 comma 2 lett. t) della L. 78/2022, ha previsto “in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso” è stata fatta salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale così armonizzando il criterio di delega con l'art. 41 della Costituzione”.

Il Collegio ritiene di condividere pienamente tali argomentazioni. Pertanto, il profilo di doglianza concernente la violazione del divieto di ribasso dei costi di manodopera deve essere respinto.

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, in quanto, come si legge nella relazione giustificativa del costo della manodopera: *“Oggi, la Società B gode di un'organizzazione aziendale tale da consentire la gestione di un'utenza ben oltre l'appalto per cui si scrive, e tale da consentire la redistribuzione dell'incidenza dei costi del singolo appalto su più ampia scala. Difatti, l'azienda attualmente ha un team, supportato da idonee attrezzature, capace di produrre fino a 5.000 pasti per ciclo produttivo, così come dichiarato anche in fase di gara. Preso atto che attualmente la ditta scrivente è impegnata nella produzione di circa 1.500 pasti giornalieri, dispone di tutte le attrezzature e le risorse per poter soddisfare ampiamente un incremento di circa 600 pasti giornalieri.”*

Come già recentemente affermato da questa Sezione (T.A.R. Napoli, sez. II, 26/02/2024, n.1270, la giurisprudenza prevalente ritiene legittimo per l'operatore economico avvalersi di economie di scala, osservando, tuttavia, che

l'esistenza dei relativi presupposti deve essere fatto oggetto di rigorosa e puntuale dimostrazione, e non di semplice allegazione: "L'operatore economico può sempre, mediante l'organizzazione d'impresa, realizzare economie di scala che rendono il costo del lavoro offerto inferiore a quello di altro operatore pur a parità di ore lavorate. Il costo del lavoro, ove non risulti inferiore ai minimi retributivi tabellari, non può essere indicativo d'inattendibilità dell'offerta. Una organizzazione aziendale di rilevante entità è in grado di far fronte alle richieste della Stazione appaltante servendosi anche di lavoratori impiegati nella esecuzione di altre commesse" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 13 marzo 2020, n. 1818); "Va dichiarata anomala l'offerta del concorrente che presenti talune voci non giustificate e un utile esiguo, atteso che le economie di scala di cui l'operatore può godere, perché parte di un più ampio consorzio di imprese, vanno dimostrati e non semplicemente allegati" (cfr. T.A.R. Brescia, (Lombardia) sez. I, 10/05/2021, n. 417).

Nel caso di specie, a differenza della controversia decisa da questa sezione con la citata sent. 1270/2024, tali circostanze che giustificano effettivamente la sussistenza di economie di scala sono state comprovate dalla controinteressata, la quale ha dichiarato di avere, "allo stato, in corso contratti per il medesimo servizio di mensa scolastica per i comuni vicini di Visciano, Cicciano e Cimitile (cfr. allegate determine e contratti). I suddetti comuni, come quello di Nola rientrano tutti nell'ambito dell'Asl Na 3 Sud (cfr. allegato estratto web dell'ambito territoriale dell'Asl Na 3 Sud) sicché il menù è unificato; tanto spiega la ragione per la quale si è indicato il tempo di 8 ore al giorno per i 2 cuochi già dipendenti dell'azienda e che non subiscono incrementi di costi, poiché non si tratta di impiegare più tempo per cucinare lo stesso alimento, ma solo di incrementarne la quantità."

Anche tale profilo di censura va pertanto respinto.

Infine, 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.

In conclusione, il terzo motivo di ricorso va per tali ragioni respinto.

Con il quarto motivo di ricorso, parte ricorrente lamenta: VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 2, 3 E 97 COST. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 53, COMMA 1-BIS, DEL D.LGS. 165/2001. CONTRADDITTORIETA'. ILLOGICITA'. IRRAGIONEVOLEZZA. ARBITRARIETA'. INGIUSTIZIA MANIFESTA. ERRORE SUI PRESUPPOSTI. DISPARITA' DI TRATTAMENTO. Sostiene la ricorrente che nella piattaforma di gara andava formulato, a pena di esclusione, il ribasso unico da offrire. La **Società B** ha indicato in piattaforma un dato (3,27) e sulla scorta di questo la Commissione aveva proceduto a formare la graduatoria, che vedeva in un primo momento la **Soc. A** classificata al primo posto. La graduatoria è stata poi modificata (e la **Società B** si è classificata al primo posto) dopo che la **Società B** evidenziato che il dato di 3,27 non indicava il ribasso, bensì il costo del pasto derivante dall'applicazione del ribasso, pari al 6,57%, come emergeva dall'allegato all'offerta economica. La Commissione ha quindi rettificato la graduatoria. Secondo la ricorrente tale rettifica non poteva essere ammessa, atteso che l'omessa indicazione del ribasso percentuale sull'offerta caricata nella piattaforma era sanzionata con l'esclusione. Il dato non poteva quindi essere sostituito, nemmeno all'esito di una procedura di soccorso istruttorio, non applicabile all'offerta economica, come prevede anche l'art. 14 del Disciplinare.

Il Comune ha sul punto rilevato che il richiamato Verbale n. 5 del 3/11/2023 della Commissione di gara ha preso atto che era stata erroneamente riportata in seno al Verbale n. 4 del 31/10/2023 l'offerta economica della **Società B** S.r.l. (ribasso del 3,50% anziché ribasso del 6,57%) (all.6).

Il motivo va disatteso.

Il disciplinare prevedeva che al punto 7. OFFERTA ECONOMICA: "L'offerta economica firmata secondo le modalità di cui al precedente articolo 15.1, deve indicare, a pena di esclusione, i seguenti elementi: a) ribasso percentuale unico rispetto al costo del singolo pasto, al netto di Iva, nonché degli oneri per la sicurezza dovuti a rischi da interferenze. Verranno prese in considerazione fino a tre cifre decimali;"

Nell'offerta economica della **Società B** prodotta dal Comune di Nola e dalla stessa controinteressata, si legge che la controinteressata ha offerto: *“Per l'esecuzione dei servizi un prezzo complessivo per singolo pasto pari a € ...3.27..... [in cifre], dicasi euro TREVIRGOLA VENTISETTE, al netto degli oneri della sicurezza indicati dalla stazione appaltante e dell'IVA. L'importo così indicato corrisponde ad un ribasso del 6,57%(in cifre e lettere) sull'Importo a Base d'asta di €.....3,50/ ovvero sull'Elenco dei Prezzi Unitari posto a base di gara.”*

Tale essendo il tenore dell'offerta della controinteressata, correttamente, con il verbale n. 5 del 3.11.2023 la stazione appaltante ha modificato il proprio precedente verbale nel quale erroneamente si affermava che il ribasso offerto dalla controinteressata era 3.50%.

Si trattava infatti di un errore materiale immediatamente riconoscibile sulla base del chiaro tenore letterale dell'offerta economica.

Il ricorso, in conclusione, deve essere respinto, così come la conseguenziale domanda di subentro.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio, liquidandole rispettivamente in euro 3.500/00 (tremilacinquecento/00), oltre oneri di legge, in favore del Comune di Nola e euro 3.500/00 (tremilacinquecento/00), oltre oneri di legge, in favore della controinteressata, **Società B** s.r.l.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente

Maria Laura Maddalena, Consigliere, Estensore

Daria Valletta, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Maria Laura Maddalena

IL PRESIDENTE
Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO