

# **Obbligo di indicare nel costo della manodopera le professionalità con funzione direttiva, ancorché impiegate anche in altri appalti pubblici.**

*di Antonio La Marca*

*Data di pubblicazione: 9-10-2024*

*La Sezione ha stabilito che deve essere operata un'analisi attenta al caso concreto, al fine di verificare l'effettivo impiego delle risorse umane nello specifico appalto, con l'obiettivo di accertare se si tratti non di "figure manageriali apicali e trasversali, esterne e di mero supporto all'esecuzione dell'appalto, ovvero impiegate in via indiretta e solo occasionalmente (v. Cons. Stato, sez. V, n. 6786 del 2020; sez. III n. 6539 del 2020), ma, al contrario, figure direttamente operative, stabili, dedicate alla specifica commessa e non attratte ad un regime di mera reperibilità, l'inclusione dei relativi costi nell'ambito delle spese generali non pare corretta, non integrandosi alcun specifica eccezione all'obbligo di una distinta ed espressa indicazione di tali costi tra gli oneri della <manodopera>."*

*L'impiego di dette risorse avrebbe comunque comportato un costo per l'operatore economico, non potendosi ragionevolmente sostenere, a contrario, che le professionalità siano utilizzabili nummo uno, ovvero che il loro costo sia indeterminabile o pari a zero per il solo fatto di essere impiegate (anche) in altre commesse, poiché così ragionando si arriverebbe al paradosso per cui non sarebbe prevedibile alcun costo per l'azienda per il solo fatto di utilizzare i dipendenti trasversalmente in vari appalti.*

## **Il Consiglio di Stato**

### **in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2754 del 2024, proposto dalla Dussmann Service S.r.l. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez e Davide Moscuza, con domicilio eletto presso il loro studio Martinez & Partners in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, n. 18 e con domicilio digitale come da PEC nei Registri di giustizia;

### **contro**

la Società Cooperativa Italiana di Ristorazione – Cirfood s.c., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Dalli Cardillo, con

domicilio digitale come da PEC nei Registri di giustizia;

***nei confronti***

dell'Unione dei Comuni del Distretto Ceramico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

del Comune di Sassuolo, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

della C.U.C. Centrale Unica di Committenza Unione dei Comuni del Distretto Ceramico in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 2996 del 2024, proposto dalla Società Cooperativa Italiana di Ristorazione – Cirfood S.C., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio digitale come da PEC nei Registri di giustizia;

***contro***

l'Unione dei Comuni del Distretto Ceramico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

il Comune di Sassuolo, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

la C.U.C. Centrale Unica di Committenza Unione dei Comuni del Distretto Ceramico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

***nei confronti***

della Dussmann Service S.r.l. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez e Davide Moscuza, con domicilio eletto presso il loro studio Martinez & Partners in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, n. 18 e con domicilio digitale come da PEC nei Registri di giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo per la Regione Emilia Romagna-Bologna, Sezione II, 21 febbraio 2024, n. 128, resa tra le parti, notificata il 12 marzo 2024, concernente la procedura telematica avente ad oggetto il servizio di ristorazione scolastica presso i nidi, le scuole dell'infanzia, comunali primarie e secondarie di primo grado (e servizi ricreativi qualora attivati) del Comune di Sassuolo per il periodo 1° settembre 2023 – 31 agosto 2026;

Visti i ricorsi n. 2754 del 2024 e n. 2996 del 2024 e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione, nel giudizio n. 2754 del 2024, della Società Cooperativa Italiana di Ristorazione – Cirfood s.c. e, nel giudizio n. 2996 del 2024, della Dussmann Service S.r.l.;

visti tutte le memorie e gli atti delle cause n. 2754 del 2024 e n. 2996 del 2024;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 12 settembre 2024, il consigliere Luca Di Raimondo e uditi gli avvocati delle parti, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Nel presente giudizio si controverte sulla legittimità dell'affidamento alla Dussmann Service S.r.l. (di seguito anche "DS") della procedura aperta telematica bandita dalla Centrale Unica di Committenza dell'Unione dei Comuni del Distretto Ceramico – CUC nell'interesse del Comune di Sassuolo per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto triennale, rinnovabile per ulteriori tre anni, del servizio di ristorazione scolastica per i nidi, le scuole dell'infanzia, comunali primarie e secondarie di primo grado.

2. Con il ricorso in appello notificato il 25 marzo 2024, depositato il 3 aprile successivo ed iscritto al ruolo generale n. 2754 del 2024, la DS ha impugnato, chiedendone la riforma, la sentenza del Tar Emilia Romagna-Bologna, Sezione II, 21 febbraio 2024, n. 128 resa tra le parti, che ha accolto in parte il ricorso proposto dalla Società Cooperativa Italiana di Ristorazione – Cirfood s.c. (d'ora in avanti, anche "RC") per l'annullamento:

*“- della Determina dirigenziale n. 428 del 24 luglio 2023 con cui la CUC – Centrale Unica di Committenza dell'Unione Comuni Distretto Ceramico ha aggiudicato alla società Dussmann Service S.r.l. la procedura telematica avente ad oggetto il Servizio di ristorazione scolastica presso i nidi, le scuole dell'infanzia, comunali primarie e secondarie di primo grado (e servizi ricreativi qualora attivati) del Comune di Sassuolo per il periodo 01/09/2023 – 31/08/2026 (CIG 972083814A);*

*- della comunicazione dell'aggiudicazione della gara alla società Dussmann Service S.r.l. inviata alla ricorrente in data 24 luglio 2023;*

*- del Verbale n. 1 della seduta pubblica del 7 giugno 2023;*

*- del Verbale n. 2 della seduta pubblica del 20 giugno 2023;*

*- del Verbale n. 3 delle sedute riservate del 20 giugno 2023, 21 giugno 2023, 23 giugno 2023, 26 giugno 2023, 29 giugno 2023 e 30 giugno 2023;*

*- del Verbale n. 4 della seduta pubblica del 30 giugno 2023;*

*- del Verbale n. 5 della seduta pubblica del 19 luglio 2023;*

*- del Verbale di valutazione della congruità delle offerte prot. n. 20923/2023 del 19 luglio 2023;*

- della Determina dirigenziale n. 348 del 15 giugno 2023, con cui è stata nominata la Commissione giudicatrice;

*per quanto occorrer possa e nei limiti delle censure proposte*

- del Bando di gara;

- del Disciplinare di gara e dei relativi allegati;

- del Capitolato d'appalto e dei relativi allegati;

- della Determina Dirigenziale n. 196 del 18 aprile 2023, con la quale il Comune di Sassuolo ha deciso di procedere, tramite la Centrale di Committenza, alla gara a procedura telematica per l'affidamento dell'appalto del servizio di ristorazione scolastica presso i nidi, le scuole dell'infanzia, comunali primarie e secondarie di primo grado (e servizi ricreativi qualora attivati) per il periodo 01/09/2023 – 31/08/2026;

- della Determina di indizione della gara del dirigente della Centrale di Committenza n. 251 del 2 maggio 2023;

- di ogni atto e provvedimento connesso, presupposto, conseguente e concomitante, ancorché allo stato non conosciuto.

*per la declaratoria che la società ricorrente era la legittima affidataria del servizio, del diritto della società ricorrente a sottoscrivere il contratto di affidamento o, comunque, a subentrare nello stesso, anche qualora fosse stato sottoscritto nelle more del giudizio, ai sensi degli articoli 122 e 124 Cod. proc. amm., per la caducazione ex tunc o, in subordine, ex nunc della parte di contratto ancora da eseguire (fermo in tal caso il risarcimento del danno per equivalente di cui infra in ordine alla parte*

*già eseguita), ove nel frattempo stipulato, con assunzione di responsabilità da parte dell'Ente resistente.”*

3. L'appellante affida il gravame a tre mezzi di doglianza, con i quali denuncia:

**“I. ERROR IN IUDICANDO E RRONEITÀ DELLA SENTENZA IN MERITO AL PRIMO MOTIVO DI RICORSO AVVERSARIO E DELLA VALUTAZIONE DELLA LE GGE DI GARA, VIOLAZIONE E ERRATA APPLICAZIONE DELL'ART 97 D LGS 50 /20 16 E DEI PRINCIPI CHE REGOLANO L'ISTITUTO DELLA VERIFICA DI CONGRUITÀ DELLE OFFERTE”:** la società deduce che erroneamente il Tribunale territoriale ha ritenuto illegittimo il subprocedimento di anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, alla quale la ricorrente in primo grado ha contestato di non aver inserito nel costo della manodopera quello concernete il responsabile unico della commessa, il coordinatore e la dietista di coordinamento, pur trattandosi, come sostiene la DS, di figure direttive espressamente dedicate a molteplici appalti nella zona di competenza e nonostante il loro impiego per l'appalto del Comune di Sassuolo sia stato limitato alla sola reperibilità senza presenza, tramite telefono, o eventualmente in

presenza con cadenze programmate, come indicato in offerta, o, in alternativa, solo in base alle necessità, senza obbligo di indicare un numero di ore di presenza per queste professionalità;

*“II. ERROR IN IUDICANDO E RRONEITÀ DELLA SENTENZA IN MERITO AL SECONDO MOTIVO DI RICORSO AVVERSAIO. VIOLAZIONE DELL’ART 112 C P C PER AVER PRONUNCIATO ULTRA PETITA V IOLAZIONE E ERRATA APPLICAZIONE DELL ART 50 D LGS 50/2016 E DEI PRINCIPI CHE R EGOLANO L ISTITUTO DELLA CLAUSOLA SOCIALE” giurisdizionale.*”: secondo la DS, la sentenza appellata è erronea anche nella parte in cui, da un lato, non ha considerato che la relativa censura dedotta dalla ricorrente era stata svolta con memoria non notificata e, dall’altro, ha ritenuto illegittima la verifica di anomalia effettuata dalla stazione appaltante con riguardo all’applicazione al personale assorbito dell’impresa uscente del costo minimo tabellare, senza considerare l’incremento retributivo dovuto all’anzianità di servizio (i c.d. scatti di anzianità), e alla clausola sociale;

*“III. ERROR IN IUDICANDO E RRONEITÀ DELLA SENTENZA IN MERITO AL QUARTO MOTIVO DI RICORSO AVVERSAIO V IOLAZIONE E ERRATA APPLICAZIONE DELL’ART 97 D LGS 50 /20 16 E DEI PRINCIPI CHE REGOLANO L’ISTITUTO DELLA VERIFICA DEI CONGRUITÀ DELLE OFFERTE”*: con tale mezzo, l’appellante lamenta l’erroneità della pronuncia del Tar in relazione alla supposta incongruenza del costo delle derrate alimentari, rispetto al quale l’operatore economico aggiudicatario non aveva reso sufficienti chiarimenti in sede di verifica di anomalia.

4. La società appellata si è costituita in giudizio con atto depositato il 12 aprile 2024, ha prodotto memoria il 24 aprile 2024, con la quale ha riproposto le doglianze di cui al secondo motivo di gravame in primo grado, memoria ex articolo 73 c.p.a. il 26 luglio 2024 e memoria di replica il 31 luglio 2024.

La DS ha depositato il 12 aprile 2024 istanza di riunione del presente giudizio a quello pendente dinanzi la Sezione con il n.r.g. 2996/2024, proposto da RC avverso la stessa sentenza, n. 128 del 21 febbraio 2024, nonché memoria ex articolo 73 c.p.a. il 24 luglio 2024 e memoria di replica il 30 luglio 2024.

5. Con il ricorso in appello notificato e depositato in data 11 aprile 2024 ed iscritto al ruolo generale n. 2996 del 2024, la RC ha impugnato, chiedendone la riforma previa istanza cautelare, la medesima sentenza del Tar Emilia Romagna-Bologna, Sezione II, 21 febbraio 2024, resa tra le parti, nella parte in cui il primo giudice ha respinto il primo, il secondo e il terzo motivo del ricorso di primo grado.

In particolare, l’appellante affida il proprio gravame a sette motivi di censura, con i quali denuncia:

*“I. ERROR IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA SENTENZA IMPUGNATA. NELLA PARTE IN CUI HA RESPINTO IL I MOTIVO DI RICORSO DI PRIMO GRADO. CONTRADDITTORIETA’ DELLA DECISIONE IMPUGNATA, NELLA PARTE IN CUI HA RIGETTATO IL I MOTIVO CENSURA DEL RICORSO, PUR AVENDO ACCERTATO, AI CAPI NN. 9.4.1 - 9.4.4, CHE*

*NELL'OFFERTA DI DUSSMANN SERVICE NON ERANO STIMATI I COSTI DEL RESPONSABILE DELLA COMMESSA, DEL COORDINATORE E DELLA DIETISTA. CONTRADDITTORIETA' DELLA MOTIVAZIONE. IMPOSSIBILITA' DEL RINNOVO DELLA VERIFICA DELLA CONGRUITA' SENZA LA PREVIA (ILLEGITTIMA) MODIFICA DELL'OFFERTA ORIGINARIA. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PAR CONDICIO. FONDATEZZA DEL I MOTIVO DEL RICORSO INTRODUTTIVO, NELLA PARTE IN CUI E' STATA DEDOTTA LA MANCATA PREVISIONE, NELL'ORGANICO DELL'AGGIUDICATARIA, DEL RESPONSABILE DELLA COMMESSA, DEL COORDINATORE E DELLA DIETISTA.*”: secondo l'appellante, l'impresa controinteressata avrebbe meritato l'esclusione perché la sua offerta risultava priva del personale di coordinamento previsto dagli articoli 11 e 13 del Capitolato e, in particolare, del responsabile unico della commessa, del coordinatore, della dietista di coordinamento e, inoltre, del referente del centro di cottura;

*“II. ERROR IN FATTO E IN DIRITTO DELLA SENTENZA IMPUGNATA PER QUANTO CONCERNE LA MANCATA PREVISIONE NELL'ORGANICO DEL REFERENTE DEL CENTRO DI COTTURA, CON OGNI CONSEGUENZA ANCHE IN PUNTO DI NON CONGRUITA' DELL'OFFERTA DI CONTROPARTE. FONDATEZZA DEL I E II MOTIVO DEL RICORSO DI PRIMO GRADO, NELLE PARTI RELATIVE AL REFERENTE DEL CENTRO DI COTTURA.*: con tale mezzo, l'appellante lamenta che erroneamente il Tar ha respinto il motivo, con cui la ricorrente aveva denunciato che il referente capo cuoco, individuato a pagina 31 dell'elaborato progettuale dell'aggiudicataria nella persona del cuoco di III livello CCNL già alle dipendenze della DS, non era poi stato inserito nella tabella organico riprodotta alle successive pagine 34-35;

*“III. ILLEGITTIMITA' DEI CAPI NN. 7.2.1. E 7.2.2 DELL'IMPUGNATA SENTENZA, NELLA PARTE IN CUI IL T.A.R. DELL'EMILIA ROMAGNA HA RIGETTATO IL § A) DEL II MOTIVO DI RICORSO. ERRORE IN FATTO E IN DIRITTO. ILLOGICITA' DELLA MOTIVAZIONE. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 23, 16° COMMA, E 95, 10° COMMA, D.LGS. N. 50/2016. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 16, 2° E 4° COMMA, 21, 9° COMMA, E 22, 4° COMMA, DEL DISCIPLINARE DI GARA. FONDATEZZA DEL II MOTIVO DEL RICORSO INTRODUTTIVO.*”: secondo l'appellante, il primo giudice ha errato nel non considerare vincolante a pena di esclusione l'utilizzo del modello di cui all'allegato 4 del Disciplinare per l'inserimento del costo della manodopera e per aver ritenuto legittima l'ammissione dell'aggiudicataria, pur avendo la DS reso impossibile alla stazione appaltante la verifica del rispetto dei minimi salariali retributivi;

*“IV. ERROR IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA SENTENZA IMPUGNATA, NELLA PARTE IN CUI HA RESPINTO IL III MOTIVO DI RICORSO, VERTENTE SULLA MANCATA CONFORMITA' DEL PIANO DEI TRASPORTI ALLA NORMA DI GARA – FONDATEZZA DEL III MOTIVO DEL RICORSO DEVE INTENDERSI INTEGRALMENTE RIPROPOSTO NEL PRESENTE GIUDIZIO.*”: la RC ritiene che il Tar abbia errato nel non aver ritenuto che la DS dovesse essere esclusa dalla gara perché il suo piano dei trasporti non era conforme alle regole della *lex specialis*;

*“V. ERROR IN FATTO ED IN DIRITTO DEI CAPI 10.1. E 10.2. DELLA DECISIONE*

IMPUGNATA, IN CUI IL T.A.R., PUR CENSURANDO GLI ESITI DEL GIUDIZIO DI CONGRUITA', NON HA DISPOSTO L'ESCLUSIONE DALLA GARA DELLA SOCIETA' DUSSMANN SERVICE, MA LA SOLA RINNOVAZIONE DEL SUB-PROCEDIMENTO DI VERIFICA DELL'ANOMALIA. FONDATEZZA DEL II MOTIVO DEL RICORSO INTRODUTTIVO NELLA PARTE IN CUI ESTENDEVA AD ALTRI VOCI DI COSTO LA VERIFICA DI CONGRUITA'.": a detta dell'appellante, la decisione impugnata deve essere riformata anche nella parte in cui, pur avendo ritenuto illegittima la verifica di anomalia dell'offerta di Dussmann Service S.r.l., ne ha disposto il rinnovo, anziché stabilire l'esclusione dell'aggiudicataria dalla gara;

"VI. ERROR IN FATTO E IN DIRITTO DEL CAPO N. 8 DELL'IMPUGNATA SENTENZA, NELLA PARTE IN CUI IL GIUDICE DI PRIMO GRADO HA RITENUTO CHE NON VI FOSSERO GLI ESTREMI PER L'AZZERAMENTO DEI PUNTEGGI CONTESTATI DA CIRFOOD.: con il motivo in esame, l'appellante deduce che erroneamente il Tar ha ritenuto infondata la richiesta di annullamento dei punteggi grazie ai quali DS ha ottenuto l'aggiudicazione;

"VII. ERROR IN FATTO ED IN DIRITTO DEL CAPO 9 DELLA DECISIONE IMPUGNATA, QUALORA SI RITENESSE CHE IL T.A.R. HA RIGETTATO (O NON SI E' PRONUNCIATO) SUL II MOTIVO DEL RICORSO, NELLA PARTE IN CUI CIRFOOD HA DEDOTTO L'INCONGRUITA' DEL COSTO DELLA MANODOPERA DI DUSSMANN SERVICE.": la RC lamenta che il primo giudice erroneamente ha respinto il motivo col quale la ricorrente ha dedotto che, in violazione dell'articolo 95, comma 10, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 applicabile *ratione temporis* e della clausola sociale, la DS non aveva riconosciuto ad alcuni lavoratori il corretto inquadramento contrattuale, i livelli retributivi previsti dalle tabelle ministeriali, gli scatti di anzianità e gli incentivi previsti dal CCNL.

6. La DS si è costituita in giudizio con atto depositato il 12 aprile 2024, ha chiesto la riunione del presente giudizio a quello pendente con il n.r.g. 2754/2024 dinanzi alla Sezione, ha prodotto memoria il 13 maggio 2024 e memoria di replica il 30 luglio 2024.

La RC ha depositato memoria ex articolo 73 c.p.a. il 26 luglio 2024 e memoria di replica il 31 luglio 2024 e all'udienza del 12 settembre 2024 la causa è passata in decisione.

Con ordinanza cautelare 17 maggio 2024, n. 1869, la Sezione ha dato atto della rinuncia alla sospensiva presentata da RC e all'udienza del 12 settembre 2024 la causa è passata in decisione.

7. Alla pubblica udienza del 12 settembre 2024 le cause nn. 2754 del 2024 e 2996 del 2024 sono state trattenute in decisione.

8. In via pregiudiziale va disposta, ai sensi dell'articolo 70 c.p.a., la riunione dei ricorsi iscritti al ruolo generale n. 2754 del 2024 e al n. 2996 del 2024, aventi entrambi ad oggetto la medesima sentenza del Tar Emilia Romagna e la stessa vicenda sostanziale.

9. Tutte le censure veicolate con i tre motivi di appello articolati dalla DS nel giudizio n.r.g.

2754/2024 afferiscono all'illegittimità dichiarata dal Tar della verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria contestata dalla ricorrente RC con il primo, secondo e quarto motivi di gravame in primo grado.

A detta dell'appellante, si tratta di tre profili attinenti alle statuizioni della sentenza, che erroneamente:

1) ha accertato l'omessa giustificazione delle tre figure di coordinamento che l'aggiudicataria ha previsto alle pagine 30 e 31 della propria offerta (responsabile unico della commessa, coordinatore e dietista di coordinamento);

2) non ha rispettato il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato di cui all'articolo 112 c.p.c., applicabile in forza del rinvio contenuto nell'articolo 39, comma 1, del codice di rito amministrativo, in quanto la ricorrente in primo grado aveva contestato all'aggiudicataria soltanto l'omesso inserimento nella propria offerta del riferimento al rispetto degli scatti di anzianità e non anche del superminimo *ad personam*, censura, questa, da ritenersi inammissibile perché introdotto solo con memoria non notificata;

3) ha ritenuto incongrue le giustificazioni rese dalla DS in sede di verifica di anomalia con riguardo al costo delle derrate alimentari.

10. Prima di passare all'esame dei motivi di censura, mette conto individuare il perimetro entro cui è consentito il sindacato di legittimità del giudice amministrativo in relazione al procedimento di verifica di anomalia dell'offerta.

L'istituto in esame – com'è noto - è funzionale alla verifica delle condizioni di serietà ed attendibilità dell'offerta e di affidabilità dell'impresa che, in caso di aggiudicazione, deve eseguire l'appalto, considerato l'equilibrio che deve sempre sussistere tra una proposta competitiva e un'adeguata remunerabilità, al fine di scongiurare che l'affidamento di una commessa, che non consenta un ragionevole ritorno economico, esponga la stazione appaltante al rischio di un'irregolare esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto a valle della procedura di evidenza pubblica o, peggio, alla sua interruzione a causa dell'impossibilità per l'aggiudicataria di farvi fronte.

Le attività di verifica dell'anomalia dell'offerta sono disciplinate dall'articolo 97 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, vigente *ratione temporis*, il cui primo comma prevede che “*gli operatori economici forniscono, su richiesta della stazione appaltante, spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse, sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta.*”

Le operazioni che la stazione appaltante svolge per verificare che l'offerta sia, oltre che congrua e rispettosa della *lex specialis*, anche adeguata e concretamente eseguibile, sono caratterizzate da ampi margini di discrezionalità tecnica, secondo una valutazione globale e sintetica, sindacabili in sede giurisdizionale solo di fronte a macroscopici profili di illegittimità, restando in ogni caso precluso al giudice di sostituirsi all'Amministrazione nell'esecuzione di tali attività (Consiglio di Stato, Sezione V, 3 maggio 2022, n. 3453; 28 febbraio 2022, n. 1412;

4 agosto 2021, n. 5754; 8 aprile 2021, n. 2843; 8 gennaio 2021, n. 295; 30 novembre 2020, n. 7554; 23 novembre 2020, n. 7255; 2 ottobre 2020, n. 5777; 17 giugno 2019, n. 4050).

Con argomentazioni dalle quali il Collegio non vede ragioni di discostarsi, la giurisprudenza ha stabilito che *“la valutazione di anomalia dell’offerta costituisce espressione della discrezionalità tecnica, di cui l’amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell’interesse pubblico ad essa affidato dalla legge, e, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti; in altri termini, il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell’offerta non può estendersi oltre l’apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all’organo giurisdizionale la possibilità di svolgere (autonomamente o a mezzo di consulenti tecnici) un’autonoma verifica circa la sussistenza, o meno, dell’anomalia, trattandosi di questione riservata all’esclusiva discrezionalità tecnica dell’amministrazione (cfr., fra le tante, Cons. Stato, V, 28 marzo 2022, n. 2269; 17 marzo 2022, n. 1946; 9 febbraio 2022, n. 939; 3 febbraio 2022, n. 764). (Consiglio di Stato, Sezione V, 14 marzo 2023, n. 3811).*

La valutazione della congruità dell’offerta che la stazione appaltante è chiamata a svolgere deve essere eseguita in modo complessivo, sintetico, e non parcellizzato o atomistico (Consiglio di Stato, Sezione V, 28 marzo 2023, n. 3196, Sezione III, 28 ottobre 2022, n. 9312), in maniera da valorizzare nell’insieme le singole voci di cui si compone la proposta contrattuale formulata dall’operatore economico, poiché *“questione essenziale del giudizio di verifica della congruità dell’offerta è se quest’ultima, nonostante le imprecisioni o le manchevolezze nella quantificazione di alcune voci di costo, sia comunque complessivamente affidabile (giudizio che, come noto, ha natura necessariamente globale e sintetica, non potendo risolversi in una parcellizzazione delle singole voci di costo e costituisce frutto di apprezzamento tecnico riservato all’amministrazione appaltante, non sindacabile in giustizia se non per illogicità, manifesta irragionevolezza, arbitrarietà: cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2021, n. 2437): risultato che si ottiene, secondo i principi appena richiamati, solo se si accerti che gli eventuali scostamenti o errori di valutazione non trovino compensazione, o copertura sotto il profilo economico-finanziario, in altre voci (quali quelle per spese generali, fondi accantonamenti rischi, utile d’impresa). (ex multis, Consiglio di Stato, Sezione V, 14 aprile 2023, n. 3857).*

Proprio perché la verifica dell’anomalia dell’offerta può comportare l’esclusione del concorrente dalla gara, la giurisprudenza ha stabilito che è necessaria, *“nel caso di una valutazione sfavorevole all’offerente, una motivazione rigorosa e analitica, a causa dell’immediata lesività del provvedimento che determina l’esclusione dalla procedura (C.d.S. sez. III, 14/10/2020, n.6209; sez. VI, 20/04/2020, n.2522)”*, fermo restando che *“l’obbligo di motivazione analitica e puntuale sulle giustificazioni sussiste solo nel caso in cui l’Amministrazione esprima un giudizio negativo, mentre tale onere non sussiste in caso di esito positivo del giudizio di congruità dell’offerta essendo sufficiente in tal caso motivare il provvedimento per relationem alle giustificazioni presentate dal concorrente (C.d.S. sez. III, n.6209/2020 cit.; 24/02/2020, n.1347) (Consiglio di Stato, Sezione III, 28 dicembre 2020, n. 8442; in terminis, Consiglio di Stato, Sezione III, 14 ottobre 2020, n. 6209).*

L'onere di motivazione rafforzata rileva, dunque, con riferimento ad offerte particolarmente basse, formulate dall'operatore economico anche al solo fine di poter ottenere la commessa e restare attivo sul mercato.

A livello unionale, la Corte di Giustizia ha espresso, persino in relazione alle offerte complessivamente pari a zero, il principio per cui *“l'art. 2, par. 1, pt. 5, della direttiva 2014/24/UE, come modificata dal regolamento 2017/2365 della Commissione, deve essere interpretato nel senso che esso non costituisce un fondamento giuridico per il rigetto dell'offerta nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il solo motivo che il prezzo proposto nell'offerta è di EUR 0”* (Corte di Giustizia, 10 settembre 2020, in causa C-367/19), e ciò perché *“dalla logica sottesa all'articolo 69 della direttiva 2014/24 risulta che un'offerta non può automaticamente essere respinta per il solo motivo che il prezzo proposto è di EUR 0”*, con la conseguenza che l'eventuale anomalia dell'offerta deve essere verificata in concreto e puntualmente motivata, rimanendo fermo che *“le amministrazioni aggiudicatrici, in caso di sospetto di offerta anormalmente bassa, sono tenute a verificare l'effettiva sussistenza di tale carattere anormalmente basso prendendo in considerazione tutti gli elementi pertinenti del bando di gara e del capitolato d'oneri”* (Corte di Giustizia, 15 settembre 2022, in causa C-669/20).

Per stabilire quando un'offerta può essere definita anomala - vale a dire senza un margine minimo e, dunque, in perdita - si deve sempre fare riferimento alla fattispecie concreta.

La giurisprudenza in materia ha stabilito il principio secondo cui, *“salvo il caso in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è dato stabilire una soglia di utile al di sotto della quale l'offerta va considerata anomala - potendo anche un utile modesto comportare un vantaggio significativo (Cons. Stato Sez. V, 22/03/2021, n. 2437; Cons. Stato Sez. III, Sent., 13-07-2021, n. 5283)”*, fermo restando che *“legittimamente l'aggiudicataria può difendersi in giudizio provvedendo a giustificare tali voci in sede processuale (Cons. Stato, Sez. III, 14.11.2018, n. 6430; Consiglio di Stato, sez. III, 15.02.2021 n. 1361)* (tra le tante, Consiglio di Stato, Sezione V, 24 marzo 2023, n. 3085; in termini, Sezione V, 29 novembre 2022, n. 10470).

11. Orbene, inquadrata nell'ambito dei canoni ermeneutici che precedono le questioni che concernono il caso di specie, ritiene il Collegio che il primo motivo di appello sia infondato.

Con il mezzo di censura in questione, come osservato, la DS lamenta che il Tar avrebbe erroneamente ritenuto che l'aggiudicataria ha ommesso di quotare il costo delle tre figure di coordinamento (responsabile unico della commessa, coordinatore e dietista di coordinamento) che l'aggiudicataria ha inserito nella propria offerta.

L'articolo 11 del Capitolato d'appalto, sul presupposto che *“per l'intera durata dell'appalto l'appaltatore deve disporre di una struttura organizzativa adeguata per gestione, governo, monitoraggio, controllo dell'esecuzione dell'appalto, nonché prevenzione ed individuazione delle eventuali criticità e relative eliminazioni con la massima tempestività”* (comma 1), prevede che *“entro al massimo dieci (10) giorni consecutivi dalla data di comunicazione dell'aggiudicazione, l'appaltatore deve dotarsi di un/a Responsabile Unico/a dell'appalto con la funzione di referente nei confronti dell'Amministrazione Comunale; a tale fine l'Appaltatore*

*deve conferirgli/le gli opportuni poteri di rappresentanza ad ogni effetto, nonché ampi poteri decisionali” (comma 2).*

Tale figura professionale *“deve essere affiancato/a almeno dalle seguenti figure professionali: 1) un/a (1) Coordinatore/Coordinatrice, munito/a di telefono cellulare ed essere reperibile dalle ore 7.30 alle ore 19.00 dal lunedì al venerdì”, “2) Un/a (1) Referente quotidianamente presente in ciascun centro di cottura”, e “3) Un/a (1) Referente/coordinatore dei terminali di distribuzione dei pasti nelle scuole in cui viene effettuato il servizio che deve garantire il presidio assoluto”, fermo restando che “l’appaltatore deve disporre almeno di un/a (1) dietista.”*

L’argomentazione di fondo sviluppata dall’appellante fa leva sul rilievo che le tre figure professionali in parole vengono impiegate dall’operatore economico trasversalmente su più commesse, con la conseguenza che per ciascuna di loro non sarebbe stato necessario indicare il relativo costo in sede di offerta.

Rileva tuttavia la Sezione che, a ben vedere, ciascuna delle professionalità indicate in offerta dalla DS ha compiti precisi, che presuppongono una sua attività costante ancorché non continuativa nella commessa per cui è causa.

In questa prospettiva, non può trovare applicazione la giurisprudenza invocata dall’appellante, secondo cui *“l’obbligatoria indicazione dei costi della manodopera, all’interno dell’offerta, si impone solo per i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell’offerta per la specifica commessa; non, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti (ad es. il direttore del servizio), il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all’offerta da presentare per il singolo appalto”.* (Consiglio di Stato, Sezione V, 18 agosto 2023, n. 7815).

Con argomentazioni che condivide e dalle quali il Collegio non vede ragioni di discostarsi, la Sezione ha stabilito che deve essere operata un’analisi attenta al caso concreto, al fine di verificare l’effettivo impiego delle risorse umane nello specifico appalto, con l’obiettivo di accertare se si tratti non di *“figure manageriali apicali e trasversali, esterne e di mero supporto all’esecuzione dell’appalto, ovvero impiegate in via indiretta e solo occasionalmente (v. Cons. Stato, sez. V, n. 6786 del 2020; sez. III n. 6539 del 2020), ma, al contrario, figure direttamente operative, stabili, dedicate alla specifica commessa e non attratte ad un regime di mera reperibilità, l’inclusione dei relativi costi nell’ambito delle spese generali non pare corretta, non integrandosi alcun specifica eccezione all’obbligo di una distinta ed espressa indicazione di tali costi tra gli oneri della <manodopera>.”*

Nella propria offerta progettuale (cfr. pagina 31, documento 18 di parte ricorrente in primo grado), per le tre figure in questione la società appellante ha indicato: *“Responsabile Unico: M. Ausejo Principali compiti e responsabilità: E’ responsabile dell’effettuazione del servizio presso le unità produttive assegnate nel rispetto dei parametri qualitativi e quantitativi previsti dal contratto di appalto e secondo le procedure aziendali, sovrintende il funzionamento del servizio, verifica l’applicazione delle norme/procedure aziendali in ambito igienico-sanitario relative al processo alimentare. Rileva le Non Conformità e le riporta al Delegato alla Qualità e*

alla Sicurezza.

*Coordinatore: A. Viola Principali compiti e responsabilità: E' responsabile di garantire il regolare processo del servizio, sovrintende il coordinamento degli addetti e della sostituzione del personale in caso di assenza, assicura il costante rispetto delle obbligazioni contrattuali, gestisce i rapporti con la Stazione appaltante, organizza i piani di lavoro e i relativi controlli interni, supporta il RUP.*

*Tenuto conto che l'attuale organico prevede la presenza di N.2 Dietiste, oggetto di clausola sociale, le stesse saranno dirette e formate secondo le procedure Dussmann dalla Dietista di coordinamento, con reperibilità 24h/24h per 365 giorni all'anno tramite telefono cellulare, che avrà il compito di controllare e monitorare le dietiste di appalto nella gestione degli aspetti dietetici e nutrizionali.*

*Dietista di Coordinamento: Dott.ssa A. Losurdo Principali compiti e responsabilità Rivestirà il ruolo di Referente per gli aspetti nutrizionali e si occuperà di supervisionare il servizio di ristorazione nelle sue diverse tipologie, con particolare riferimento agli aspetti igienico-nutrizionali delle preparazioni gastronomiche e delle diete speciali”.*

*L'aggiudicataria ha inoltre dichiarato in offerta che “le figure del Responsabile Unico e del Coordinatore con reperibilità 24h/24h per 365 giorni all'anno tramite telefono cellulare. Saranno presenti in struttura con cadenze programmate o secondo necessità. Al Responsabile Unico sarà affidata la direzione del Servizio nel suo complesso e sarà il referente responsabile nei confronti dell'Amministrazione Comunale e, quindi, avrà la capacità di rappresentare ad ogni effetto Dussmann.”*

La conseguenza che ne deriva è che in ogni caso l'impiego di dette risorse avrebbe comunque comportato un costo per l'operatore economico, non potendosi ragionevolmente sostenere, *a contrario*, che le professionalità siano utilizzabili *nummo uno*, ovvero che il loro costo sia indeterminabile o pari a zero per il solo fatto di essere impiegate (anche) in altre commesse, poiché così ragionando si arriverebbe al paradosso per cui non sarebbe prevedibile alcun costo per l'azienda per il solo fatto di utilizzare i dipendenti trasversalmente in vari appalti.

Né, come sostiene la DS, si può considerare il costo per le unità in questione assorbibile all'interno della voce “Costi di gestione e spese generali”.

Osta a questa interpretazione, in primo luogo, il dato letterale della *lex specialis*.

L'articolo 16 del Disciplinare di gara stabilisce che “l'offerta economica firmata secondo le modalità di cui al precedente articolo 14.1, deve indicare, a pena di esclusione, i seguenti elementi:... c) la stima dei costi della manodopera”.

Da un concorrente angolo prospettico, osserva il Collegio che nei propri giustificativi l'appellante ha dichiarato che tra i costi di gestione e spese generali devono ricomprendersi “i costi di spese di pubblicazione, tutti i costi amministrativi (assicurazioni, fidejussioni, spese di

*registrazione del contratto, spese di pubblicazione, tarsu, utenze, ect), i costi del trasporto, i costi del materiale di consumo, detergenti e materiali di pulizia, le manutenzioni, la formazione del personale. In questa voce è anche ricompresa una quota per eventuali maggiori costi del personale (superminimi, ad personam, ecc) e per eventuali imprevisti dovessero insorgere durante la gestione dell'appalto. Sono stati inoltre considerati in questa voce i costi relativi agli adempimenti HACCP, analisi, oltre agli oneri derivanti dalla gestione del sistema informatizzato e qualunque altra voce di costo non ricompresa nelle precedenti.”*

Per quanto concerne la sotto-voce relativa al personale, i costi rientranti in questa categoria sono solo quelli concernenti maggiori oneri “per il personale (superminimi, ad personam, ecc) e per eventuali imprevisti”, non certo per il responsabile unico della commessa, il coordinatore e la dietista di coordinamento, per i quali doveva essere indicato il costo nell’offerta economica.

Da questo punto di vista, la sentenza appellata è immune dei vizi denunciati, laddove il primo giudice ha statuito come segue: “9.4.1. Quanto al primo profilo, è incontestato che nel costo della manodopera l’aggiudicataria non ha inserito quello del responsabile unico della commessa, del coordinatore e della dietista di coordinamento.

*È ben vero che quelle figure non si occupano unicamente dell’appalto per cui è causa ma anche di altre commesse. Questo, tuttavia, significa soltanto che il relativo costo non può essere interamente posto a carico del contratto di ristorazione scolastica per il Comune di Sassuolo: ma non significa affatto che tali figure siano a costo zero.*

9.4.2. *Peraltro risulta documentalmente smentita la tesi sostenuta dalla stazione appaltante (ma non dalla controinteressata) che i costi delle figure direttive rifluiscono nella voce “Costi di gestione e spese generali”. La declaratoria delle componenti di tale voce di costo (v. doc. 19-bis fascicolo di parte resistente) non contempla infatti il costo delle figure direttive.*

*In realtà, la società Dussmann Service S.r.l. avrebbe dovuto indicare quante ore, rispetto a quelle globali lavorate da quelle tre figure professionali, sarebbero state dedicate all’appalto in questione e calcolare il relativo costo. E ciò anche al fine di confutare la tesi, avanzata dalla ricorrente nel primo motivo di ricorso, che alla dichiarazione contenuta nel progetto tecnico della controinteressata di offrire queste tre figure non corrispondesse un impiego effettivo delle stesse, con tutte le conseguenze che ciò comporterebbe sia in punto di conformità dell’offerta alla legge di gara, sia in punto di punteggio conseguito.*

9.4.3. *Alla stazione appaltante spettava poi verificare la congruità del numero di ore destinate dalle tre figure direttive alla commessa di cui si discute, in relazione sia alle prestazioni poste dalla legge di gara a carico dell’appaltatore, sia agli obblighi assunti dalla aggiudicataria in base al progetto tecnico offerto. Ci si riferisce segnatamente a quanto dichiarato da Dussmann Service S.r.l. al punto 2 della propria offerta tecnica, ovverosia che il responsabile unico e il coordinatore «saranno presenti in struttura con cadenze programmate o secondo le necessità».*

*Il che conferma ulteriormente che anche le tre figure direttive costituiscono un costo per*

*l'aggiudicataria, costo di cui si doveva tenere conto ai fini della verifica di congruità dell'offerta medesima."*

Da un ulteriore punto di vista, ritiene il Collegio che si possa indirettamente ottenere conferma che l'aggiudicataria abbia erroneamente omesso nella propria offerta l'indicazione di alcuni costi del personale anche dalla riattivazione del procedimento a seguito della sentenza del Tar di parziale accoglimento del ricorso di RC, in relazione alla quale pende il giudizio n.r.g. 646/2024 dinanzi al Tar Emilia Romagna- Bologna per l'annullamento dell'aggiudicazione disposta con determinazione dirigenziale n. 152 del 16 aprile 2024 a seguito della nuova verifica di anomalia.

In tale occasione, il 15 marzo 2024 l'impresa ha quotato il costo delle figure professionali contestate dalla controinteressata, dichiarando che, *"ai fini delle presenti giustificazioni sulla congruità, le tre figure direttive, Responsabile unico della commessa, Coordinatore e Dietista di coordinamento, sono state previste sulla commessa per un monte ore annuo pari a 123 ore che corrisponde a 369 ore nel triennio per un totale di € 8.131,11 nel triennio"*.

Tale circostanza conferma ulteriormente la condivisibilità della sentenza impugnata, nella misura in cui l'articolo 16 del Disciplinare di gara prevedeva l'obbligo di quotare il costo della manodopera a pena di esclusione in sede di formulazione dell'offerta economica, indipendentemente dalla circostanza che la società appellante avesse affermato in giudizio che il costo del personale non indicato nell'offerta originaria sarebbe riassorbibile nell'utile dichiarato nel triennio (cfr. pagina 7 della replica di DS del 30 luglio 2024).

In questa sede, rileva la Sezione che lo stesso precedente indicato dall'appellante in memoria di replica conduce a conclusioni diverse da quelle auspiccate, laddove il Consiglio di Stato, Sezione V, con la sentenza 1° febbraio 2022, n. 706 ha stabilito che *"il concorrente di una gara pubblica, al fine di giustificare la congruità dell'offerta, può rimodulare le quantificazioni dei costi e dell'utile indicate inizialmente nell'offerta, purché non ne risulti una modifica degli elementi compositivi tali da pervenire ad un'offerta diversa rispetto a quella iniziale (Cons. Stato, V, 25 luglio 2019, n. 5299, cit.; V, 5 marzo 2019, n. 1538)"*: nel caso di specie, la DS non ha quotato *ab origine* il costo del personale con funzioni direttive, ma lo ha indicato soltanto nelle ulteriori giustificazioni del 15 marzo 2024.

In conclusione, il primo motivo di appello deve essere respinto.

12. Allo stesso modo non può trovare accoglimento il secondo mezzo di gravame concernente la statuizione del primo giudice sull'incongruità dell'offerta della DS in ordine al costo della manodopera assorbita in ragione della clausola sociale.

Secondo l'appellante, la sentenza impugnata sarebbe da riformare perché il Tar ha errato, in primo luogo esprimendosi in violazione dell'articolo 112 c.p.c., per come applicabile in forza del rinvio esterno operato dall'articolo 39, comma 1, c.p.a. su una censura non introdotta ritualmente in giudizio con la notifica alla controparte, ma contenuta soltanto in una memoria difensiva e, nel merito, ritenendo illegittima la verifica di anomalia effettuata dalla stazione appaltante con riguardo all'applicazione al personale assorbito dell'impresa uscente del costo

minimo tabellare, senza considerare l'incremento retributivo dovuto all'anzianità di servizio (i c.d. scatti di anzianità), e alla clausola sociale;

Con il secondo motivo di ricorso in prime cure, RC aveva lamentato non solo il mancato utilizzo da parte della controinteressata dell'allegato 4 per la predisposizione dell'offerta (in cui avrebbero trovato collocazione le singole voci di costo), ma anche che *“in violazione della clausola sociale e dell'anzianità di servizio dei lavoratori, ha applicato ictu oculi a ciascuno di essi il costo minimo tabellare previsto dalla tabella, peraltro epurato dall'incremento retributivo dovuto all'anzianità di servizio”* (cfr. pagina 22 del ricorso di primo grado).

La ricorrente aveva anche dedotto che le giustificazioni avversarie fossero incongrue per la mancanza dei costi per la remunerazione del direttore della commessa, del coordinatore, della dietista di coordinamento e di un addetto alla mensa inquadrato in offerta come sesto livello, lamentando anche che la proposta contrattuale della controinteressata era in perdita perché *“è stato applicato solo il costo puro indicato da Dussmann nelle due tabelle ministeriali allegatale alle giustificazioni che è epurato, illegittimamente, dall'integrativo previsto territorialmente dalla provincia di Modena.”*

In sede di memoria ex articolo 73 c.p.a., la società appellata aveva poi sviluppato tale doglianza con riferimento al mancato riconoscimento degli accordi integrativi, che comprendono anche le voci del superminimo *ad personam*, non computato dalla DS in offerta.

Il punto centrale non riguarda, come sostiene l'appellante, la mancata applicazione dei costi medi previsti dalle Tabelle ministeriali, ma il mancato rispetto dell'Accordo integrativo aziendale per la Provincia di Modena.

Non merita riforma la sentenza impugnata, la quale sul punto stabilisce condivisibilmente che *“l'articolo 12 del Capitolato d'oneri stabilisce infatti, per quanto qui di interesse, che l'aggiudicataria «è tenuta ad assorbire prioritariamente il personale attualmente impegnato nel servizio garantendo il mantenimento dei contratti in essere» e che «ai dipendenti o soci sono mantenute da parte dell'impresa aggiudicataria, eventuali documentate condizioni economiche/normative di miglior favore, maturate nel precedente rapporto; al fine della maturazione degli scatti di anzianità e delle ferie sarà ritenuto utile il periodo maturato con la precedente ditta, riferito al servizio prestato per il Comune di Sassuolo»”, con la conseguenza che “al personale riassorbito va applicato anche il contratto integrativo per la Provincia di Modena”, considerato che “ai fini della verifica di congruità dell'offerta ciò che rileva è che del maggior costo della manodopera derivante dall'applicazione del contratto integrativo per la Provincia di Modena si sia tenuto conto nei giustificativi dell'offerta presentati da Dussmann Service S.r.l.”*

Conclude correttamente il primo giudice che *“la clausola sociale per come formulata nella legge di gara non si limitava a imporre il riconoscimento dei trattamenti salariali minimi, ma dello stesso trattamento ad personam di cui il personale assorbito godeva presso il gestore uscente”* non potendo prescindere dal rilevare che *“il dato letterale, come sopra riportato, è sul punto inequivoco e non si presta a diverse interpretazioni.”*

13. Con il terzo mezzo di gravame, l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza di prime cure, nella parte in cui il Tar ha stabilito che la verifica dell'anomalia dell'offerta sia inattendibile anche sotto il profilo del costo delle derrate alimentari, che cubano per un terzo sul valore complessivo della commessa.

Più in particolare, il primo giudice ha stabilito quanto segue: *“la società Dussmann Service S.r.l. ha dichiarato di potere spuntare prezzi particolarmente vantaggiosi in ragione del fatto di essere un grande operatore del settore e di acquistare grandi quantità di prodotti da impiegare nella produzione dei pasti. Si tratta, tuttavia, di una affermazione apodittica, non corredata da elementi documentali (preventivi di fornitura, accordi commerciali, listini prezzi vincolanti ...) che ne suffraghino la veridicità. D'altro canto, anche gli altri offerenti sono grandi operatori del settore e dunque spettava alla controinteressata dimostrare su cosa si fonda la propria asserita maggiore competitività.”*.

Nei primi giustificativi, la società ha affermato (come peraltro è in grado di fare ogni impresa di rilievo del settore) di poter ottenere prezzi di favore per le economie di scala che riesce ad applicare anche per il trasporto e la logistica, dichiarando quanto segue: *“la nostra società, acquistando grandi volumi di merci sul mercato, è in grado di ottenere prezzi altamente competitivi. I listini dei nostri fornitori sono stati attentamente valutati e confrontati attraverso accurate indagini di mercato e le condizioni a noi riservate sono risultate come le più favorevoli ad oggi applicate.”*.

Nelle giustificazioni integrative del 15 marzo 2024, la DS ha invece puntualmente esposto i costi per le materie prime, allegando anche i listini con i fornitori.

Anche il terzo mezzo di gravame, in conclusione, non può essere accolto.

L'appello n. 2754 del 2024 deve dunque essere respinto.

14. Passando all'esame dell'appello di cui al n.r.g. 2996/2024, ritiene il Collegio che si possano esaminare congiuntamente il primo, quinto e sesto motivo di gravame per ragioni di economia processuale e per la loro stretta interconnessione.

Con il primo motivo, la RC lamenta che DS avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché la sua offerta risultava priva del personale di coordinamento previsto dall'articolo 11 del Capitolato e, in particolare, del responsabile unico della commessa, del coordinatore, della dietista di coordinamento e, inoltre, del referente del centro di cottura.

Con il quinto mezzo, la RC deduce che la decisione impugnata deve essere riformata anche nella parte in cui, pur avendo ritenuto illegittima la verifica di anomalia dell'offerta di Dussmann Service S.r.l., ne ha disposto il rinnovo, anziché stabilire l'esclusione dell'aggiudicataria dalla gara.

Con il sesto motivo, l'appellante si duole che erroneamente il Tar ha ritenuto infondata la richiesta di annullamento dei punteggi grazie ai quali DS ha ottenuto l'aggiudicazione.

Come già osservato, la *lex specialis* sul punto ha previsto che l'offerente dovesse indicare la propria struttura organizzativa, declinata nella funzione operativa e nella funzione direttiva (articolo 11 del Capitolato).

Inoltre, è stabilito che *“l'offerta economica firmata secondo le modalità di cui al precedente articolo 14.1, deve indicare, a pena di esclusione, i seguenti elementi:*

*a) prezzi unitari offerti per ciascuna tipologia, come di seguito indicato, al netto di Iva e/o di altre imposte e contributi di legge, nonché degli oneri per la sicurezza dovuti a rischi da interferenze.*

- pasti scuola infanzia (prezzo a base di gara € 5,80)*
- pasti scuola primaria (prezzo a base di gara € 5,80)*
- pasti scuola secondaria (prezzo a base di gara € 5,80)*
- pasti nido d'infanzia a tempo pieno (prezzo a base di gara € 5,60)*
- pasti nido d'infanzia part time (prezzo a base di gara € 5,30)*
- merende spazio bambino (prezzo a base di gara € 0,40)*
- merende centro per bambini e famiglie (prezzo a base di gara € 0,30).*

*Verranno prese in considerazione fino a 2 (due) cifre decimali.*

*b) la stima dei costi aziendali relativi alla salute ed alla sicurezza sui luoghi di lavoro.*

*Detti costi relativi alla sicurezza connessi con l'attività d'impresa dovranno risultare congrui rispetto all'entità e le caratteristiche delle prestazioni oggetto dell'appalto.*

*c) la stima dei costi della manodopera” (articolo 16 del Disciplinare di gara).*

Nella *“Tabella Organico”*, la DS ha omesso di indicare il responsabile unico e il coordinatore, oltre al responsabile del centro di cottura, pur avendo indicato nella propria offerta tecnica (pagine 30 e 31) la struttura direttiva di cui si sarebbe avvalsa, che è *“deputata all'interfaccia con l'Amministrazione Comunale, assicura di coordinare e di assicurare l'erogazione dei servizi secondo i livelli prestazionali definiti”* e *“si articola attraverso unità funzionali-organizzative, a cui corrispondono diverse competenze e ambiti di azione, la cui composizione descrive nella sua interezza il processo gestionale”*, precisando quanto segue: *“Dussmann ha previsto le figure del Responsabile Unico e del Coordinatore con reperibilità 24h/24h per 365 giorni all'anno tramite telefono cellulare. Saranno presenti in struttura con cadenze programmate o secondo necessità. Al Responsabile Unico sarà affidata la direzione del Servizio nel suo complesso e sarà il referente responsabile nei confronti*

*dell'Amministrazione Comunale e, quindi, avrà la capacità di rappresentare ad ogni effetto Dussmann. Il Responsabile Unico sarà supportato dal Coordinatore che si avvarrà della collaborazione delle strutture di Sede e di Filiale per garantire la continuità e l'efficienza del servizio."*

In particolare, l'aggiudicataria ha dichiarato quanto segue:

*"Responsabile Unico: M. Ausejo Principali compiti e responsabilità: E' responsabile dell'effettuazione del servizio presso le unità produttive assegnate nel rispetto dei parametri qualitativi e quantitativi previsti dal contratto di appalto e secondo le procedure aziendali, sovrintende il funzionamento del servizio, verifica l'applicazione delle norme/procedure aziendali in ambito igienico-sanitario relative al processo alimentare. Rileva le Non Conformità e le riporta al Delegato alla Qualità e alla Sicurezza.*

*Coordinatore: A. Viola Principali compiti e responsabilità: E' responsabile di garantire il regolare processo del servizio, sovrintende il coordinamento degli addetti e della sostituzione del personale in caso di assenza, assicura il costante rispetto delle obbligazioni contrattuali, gestisce i rapporti con la Stazione appaltante, organizza i piani di lavoro e i relativi controlli interni, supporta il RUP.*

*Tenuto conto che l'attuale organico prevede la presenza di N.2 Dietiste, oggetto di clausola sociale, le stesse saranno dirette e formate secondo le procedure Dussmann dalla Dietista di coordinamento, con reperibilità 24h/24h per 365 giorni all'anno tramite telefono cellulare, che avrà il compito di controllare e monitorare le dietiste di appalto nella gestione degli aspetti dietetici e nutrizionali.*

*Dietista di Coordinamento: Dott.ssa A. Losurdo §Principali compiti e responsabilità Rivestirà il ruolo di Referente per gli aspetti nutrizionali e si occuperà di supervisionare il servizio di ristorazione nelle sue diverse tipologie, con particolare riferimento agli aspetti igienico-nutrizionali delle preparazioni gastronomiche e delle diete speciali".*

Si tratta, a ben vedere, di figure professionali che hanno il compito di svolgere un ruolo tutt'altro che occasionale e trasversale su più commesse, che dovevano essere indicate nella "Tabella Organico" e il cui costo, soprattutto, doveva essere indicato a pena di esclusione tra quelli di tutto il personale, tanto che la *lex specialis* sanziona la sua mancata previsione con la clausola espulsiva.

D'altra parte, in applicazione del principio dell'autovincolo (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sezione III, 25 luglio 2023, n. 7293) con riguardo ad una regola di gara - non impugnata incidentalmente dell'aggiudicataria - non sarebbe stato consentito alla stazione appaltante di non rispettare la disciplina che essa stessa si era data, non potendo in questa sede il *favor participationis* (Consiglio di Stato, Sezione III, 13 dicembre 2022, n.10932) fare premio sulla *par condicio*.

La giurisprudenza ha individuato il punto di caduta della conciliazione della dialettica tra i due principi, stabilendo che sussiste sempre la "possibilità di richiedere al concorrente di fornire

*chiarimenti volti a consentire l'interpretazione della sua offerta e a ricercare l'effettiva volontà dell'offerente superando le eventuali ambiguità dell'offerta, ciò fermo il divieto di integrazione dell'offerta, senza attingere a fonti di conoscenza estranee alla stessa e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essa assunta (Cons. Stato, III, 13 dicembre 2018, n. 7039; 3 agosto 2018, n. 4809; V, 27 aprile 2015, n. 2082; 22 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2013, n. 1487) (Consiglio di Stato, Sezione III, 13 dicembre 2022, n.10931).*

Soltanto laddove residui un margine di ambiguità circa l'effettiva portata delle clausole (escludenti) del bando, riprende vigore il principio residuale che impone di preferire l'interpretazione della *lex specialis* maggiormente rispettosa del principio del *favor participationis* e dell'interesse al più ampio confronto concorrenziale, oltre che della tassatività - intesa anche nel senso di tipicità ed inequivocabilità - delle cause di esclusione (cfr. Consiglio di Stato, Sezione III, 14 maggio 2020, n. 3084).

In altre parole, consentire all'aggiudicataria di fornire (ulteriori) giustificativi comporta l'inammissibile conseguenza di permettere la rimodulazione dell'offerta, non tanto con la riallocazione di costi su poste diverse (in astratto consentita entro certi limiti), quanto piuttosto con la quotazione di costi per il personale che non erano stati indicati in origine.

Così operando, si permette all'offerente di presentare una nuova offerta, in violazione del principio della sua immodificabilità e di quello volto alla salvaguardia della *par condicio*, come, di fatto, è avvenuto il 15 marzo 2024, quando, in sede di presentazione di nuovi giustificativi, la DS ha finalmente indicato un costo per i ruoli direttivi suindicati.

Ora, è noto il principio secondo cui, in linea generale, le cause di esclusione sono introdotte in via tassativa e tipica solo dall'articolo 80 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, applicabile *ratione temporis* per le procedure di evidenza pubblica (cfr., per tutte, Consiglio di Stato, Sezione V, 9 marzo 2023, n. 2512), salvo quanto previsto dall'articolo 83, comma 9 in materia di soccorso istruttorio, in applicazione di quanto stabilito dalla giurisprudenza, secondo la quale risponde "*al principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa, la regola secondo cui l'amministrazione, in sede di procedura evidenziale, è tenuta ad attivarsi, a mezzo soccorso istruttorio ovvero richiedendo appositi chiarimenti, per evitare l'esclusione dalla gara di un operatore economico dovuta al solo fatto di aver prodotto una documentazione incompleta od irregolare sotto il profilo formale, in conformità al principio del favor participationis*" (Consiglio di Stato, Sezione V, 14 luglio 2022, n. 5992).

L'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato (sentenza 7 luglio 2016, n. 19) ha, tuttavia, stabilito il principio secondo cui l'esclusione dalla gara va disposta anche nel caso in cui siano imposti "*adempimenti doverosi*" o introdotte, comunque, "*norme di divieto*" pur senza prevedere espressamente l'esclusione (in termini, Consiglio di Stato, Sezione III, 10 febbraio 2023 n. 1482), sulla base di quanto deciso dalla stessa Adunanza plenaria con sentenza 25 febbraio 2014, n. 9, che ha tra l'altro stabilito, con riferimento al principio di etero-integrazione della *lex specialis*, che se il bando è silente (e non richiama, quindi, obblighi previsti da norme imperative di legge), "*in tal caso la portata imperativa delle norme che prevedono tali adempimenti conduce, ai sensi dell'art. 1339 c.c., alla etero integrazione del bando e*

*successivamente, in caso di violazione dell'obbligo, all'esclusione del concorrente".*

Nel caso in esame, oltre ad essere la conseguenza dell'introduzione di un'espressa clausola espulsiva, la necessità della quotazione del costo per il personale impiegato persegue l'obiettivo di garantire la presentazione di un'offerta seria e verificabile.

A ciò si aggiunga che la DS ha pure illegittimamente ottenuto un punteggio specifico per la configurazione della propria struttura direttiva, in applicazione dell'articolo 15 del Disciplinare, che valorizza le migliori dell'offerta secondo il "*Sub-criterio 1.6 – organigramma del servizio: descrizione, numero, professionalità e anzianità di servizio delle unità impegnate. Funzioni e ruoli del personale impiegato nelle fasi del servizio*", per il quale sono stati attribuiti all'aggiudicataria tutti i sei punti assegnabili per tale voce, e il "*Sub-criterio 1.7 – ulteriori figure professionali: Curriculum formativo e professionale delle ulteriori professionalità e qualifiche del personale previsto nel capitolato (art. 11)*", per il quale la DS ha ottenuto punti 4,51 (cfr. verbale di gara n. 3 della Commissione di gara).

In buona sostanza, nel momento in cui l'operatore economico presenti in offerta una o più figure professionali, è obbligato ad indicarne il relativo costo, tanto più se si considera che la loro presenza consente l'attribuzione di un punteggio specifico.

Alla delibazione sull'inesatto svolgimento del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta sarebbe dovuta conseguire l'esclusione dalla gara dell'offerta della DS, sia perché alcune sue risorse professionali non erano state indicate, sia perché il costo relativo è stato (tardivamente) presentato dall'aggiudicataria soltanto in occasione degli ulteriori giustificativi.

Né si sarebbe in ogni caso potuto ricorrere al soccorso istruttorio, atteso che l'articolo 13 del Disciplinare di gara prevede che "*ove il concorrente produca dichiarazioni o documenti non perfettamente coerenti con la richiesta, la Centrale di committenza può chiedere ulteriori precisazioni o chiarimenti, limitate alla documentazione presentata in fase di soccorso istruttorio, fissando un termine a pena di esclusione.*".

15. Il primo, quinto e sesto motivi di doglianza proposti dalla Rc con l'appello n.r.g. 2996/2024, in conclusione, meritano accoglimento, restando assorbito l'esame dei restanti quattro e dovendosi disporre, in riforma della sentenza impugnata, l'annullamento dell'aggiudicazione in favore della DS, fatto salvo ogni ulteriore provvedimento in sede di riedizione del potere, precisandosi che la presente decisione è stata assunta tenendo altresì conto dell'ormai consolidato "principio della ragione più liquida", corollario del principio di economia processuale (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 5 gennaio 2015, n. 5, nonché Cassazione, Sezioni Unite, 12 dicembre 2014, n. 26242), tenuto conto che le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione Civile, Sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cassazione Civile, Sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663, e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 settembre 2021, n. 6209, 13 settembre 2022, n. 7949, e 18 luglio 2016, n. 3176).

16. La particolarità della vicenda contenziosa consente al Collegio di disporre la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione terza), definitivamente pronunciando:

- 1) riunisce gli appelli i ricorsi n. 2754 del 2024 e n. 2996 del 2024 in epigrafe indicati;
- 2) respinge quello di cui al n.r.g. 2754/2024;
- 3) accoglie nei sensi indicati quello di cui al n.r.g. 2996/2022 e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, annulla l'aggiudicazione in favore della DS, fatti salvi gli ulteriori atti;
- 4) compensa integralmente le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giulia Ferrari, Presidente FF

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere, Estensore

Raffaello Scarpato, Consigliere

### **Guida alla lettura**

La procedura sottesa alla sentenza in commento riguardava l'affidamento triennale del servizio di ristorazione scolastica per i nidi, le scuole dell'infanzia, comunali primarie e secondarie di primo grado. Il bando imponeva ai concorrenti di dotarsi di una struttura organizzativa idonea a garantire la gestione, il governo, il monitoraggio e l'esecuzione dell'appalto, in particolare di un responsabile unico del contratto, di un coordinatore e di almeno un dietista di coordinamento.

Le figure professionali sopra richiamate erano state indicate dall'aggiudicatario nella propria offerta, ma senza specificare il relativo costo, lacuna (quest'ultima) che aveva indotto il Giudice di prime cure ad accogliere il ricorso del secondo in graduatoria.

Secondo la prospettazione dell'appellante, invero, la decisione del Tribunale amministrativo regionale era connotata da *error in iudicando*, in particolare per aver violato l'art. 97 D. Lgs. n. 50/2016 *ratione temporis* applicabile alla presente procedura, giacché l'offerta prevedeva che i professionisti dovessero essere semplicemente reperibili telefonicamente e non dovessero garantire la loro presenza, prevista solo in base ad eventuali contingenti esigenze dell'appaltatore e senza un numero minimo di ore. L'aggiudicatario, inoltre, aveva evidenziato che le figure direttive in commento erano impegnate anche in distinti contratti pubblici riguardanti la medesima zona di competenza della procedura di cui vi era causa, il che, stando alla tesi della affidataria, avrebbe corroborato la fallacia della sentenza gravata.

Il Supremo Consesso ha, però, confutato l'impostazione difensiva sopra illustrata, opinando che **l'operatore economico può esimersi dall'indicazione dei costi delle figure manageriali o comunque di supporto soltanto se esse sono impiegate occasionalmente o indirettamente, non anche laddove le stesse debbano ritenersi operative e stabili.** Ebbene, nel caso concreto, il responsabile dell'appalto, il coordinatore e il dietista per il coordinamento erano figure concepite dalla *lex specialis* quali professionisti fondamentali per il tempestivo adempimento del contratto, da utilizzare con stabilità nella fornitura del servizio per assicurare la gestione, il governo, il monitoraggio e l'esecuzione dell'appalto. Per tali ragioni, sussisteva l'obbligo di specificare i relativi costi.

Si soggiunge che non può assegnarsi valore dirimente alla circostanza che i suddetti fossero impegnati contemporaneamente in altre commesse pubbliche. Aderendo alla tesi della parte appellante, infatti, si dovrebbe concludere che, se un professionista viene utilizzato in una pluralità di appalti, garantendo solo la reperibilità, in nessuna delle procedure ad evidenza pubblica dovrebbe essere indicato il relativo costo. Soluzione del tutto paradossale, atteso che, come sottolineato dal Collegio, **il fatto che un dipendente (o un collaboratore) venga utilizzato trasversalmente in distinti contratti pubblici non può certo significare che esso non rappresenti un costo per l'impresa.**