

# **Affidamenti diretti e ipotesi di subappalto non inficiano la regola della necessaria indicazione dei costi della manodopera in sede di offerta tecnica che – però – possono essere oggetto di ribasso.**

*di Giusy Casamassima*

*Data di pubblicazione: 22-7-2024*

*Ritiene il Collegio che non possa escludersi l'applicabilità (anche) agli affidamenti diretti della regola sancita all'art. 108, comma 9 sull'obbligatorietà dell'indicazione dei costi della manodopera a pena di esclusione del concorrente.*

*Sia che si ritenga l'intermediario esecutore diretto della prestazione per il tramite delle imprese terze dallo stesso individuate, sia che il rapporto tra intermediario e impresa esecutrice venga configurato come subappalto – come prospettato dalla ricorrente – il concorrente è infatti in ogni caso tenuto a indicare in sede di offerta i costi della manodopera necessaria ad eseguire le prestazioni oggetto del contratto.*

*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.*

Pubblicato il 17/06/2024

**N. 00958/2024 REG.PROV.COLL.**

**N. 00869/2024 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 869 del 2024, proposto da Pol. Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B15A952646, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Pitaro, Gaetano Liperoti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Azienda Ospedaliera Universitaria "R. Dulbecco", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Florenza Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Sicurtransport S.p.A., non costituito in giudizio;

***per l'annullamento***

della determina dirigenziale n. 772 del 06.05.2024 dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria "Renato Dulbecco", avente ad oggetto l'affidamento diretto del servizio di portierato temporaneo per i PP.OO. Pugliese e Ciaccio all'operatore economico Sicurtransport s.p.a. – C.I.G. B15A952646

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Universitaria "R. Dulbecco";

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2024 la dott.ssa Simona Saracino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. La Pol. Service s.r.l. espone di avere partecipato ad una procedura mediante RdO su MePA per l'affidamento diretto ex art. 50, comma 1, lett. b), D.Lgs. 36/2023, del servizio di portierato temporaneo per i Presidi Ospedalieri "Pugliese" e "Ciaccio", della durata di tre mesi (dall'01.05.2024 al 31.07.2024), oltre eventuale proroga tecnica, del monte ore complessivo di 10.635,5 ore approssimative, indetta dall'AOU Dulbecco di Catanzaro con lettera d'invito prot. 16507 del 19.04.2024 dell'A.O.U. "Renato Dulbecco" – Area Acquisizione Beni e Servizi.

1.1. Alla procedura partecipavano tre operatori economici (Sicurtransport s.p.a., Pol Service s.r.l. e Pegaso Service s.r.l.) con la presentazione delle rispettive offerte economiche.

1.2. Con determina dirigenziale n. 772 del 06.05.2024 la gara è stata aggiudicata in favore della Sicurtransport S.p.A., autrice dell'offerta economicamente più bassa, mentre la società ricorrente si è collocata in seconda posizione. L'offerta della Pegaso è stata ritenuta incongrua.

1.3. Deduce la ricorrente che a seguito di accesso agli atti, ha tuttavia constatato che l'aggiudicataria, nell'ambito della propria offerta economica avrebbe omesso d'indicare i costi della manodopera nel modulo di offerta, creato sulla piattaforma MePA di Consip, contrariamente a quanto imposto dall'art. 108, comma 9, D. Lgs. n. 36/2023.

1.4. Per tale ragione, con nota del 14.05.2024, ha avanzato richiesta di intervento in autotutela della p.a., esitata tuttavia con un provvedimento di diniego prot. 21610 del 20.05.2024, a firma del R.U.P.

1.5. La ricorrente agisce quindi per l'annullamento, previa sospensione, della statuizione di aggiudicazione, denunciandone l'illegittimità, affidando il ricorso ai seguenti motivi di censura:

*I) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 108, COMMA 9, D.LGS. 36/2023 – MANCATA INDICAZIONE DEI COSTI DELLA MANODOPERA – CAUSA DI AUTOMATICA ESCLUSIONE DELL'OFFERENTE;*

*II) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 108, COMMA 9, E DELL'ART. 110, COMMA 5, LETT. D), D.LGS. 36/2023 – MANCATA VERIFICA MINIMI SALARIALI RETRIBUTIVI;*

*In subordine*

*III) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 41, COMMA 14, D.LGS. 50/2016 – MANCATA INDICAZIONE DELL'ONERE DI INDICARE I COSTI DELLA MANODOPERA.*

1.6. La deducente insta altresì per la declaratoria di inefficacia del contratto ove nelle more stipulato e per il risarcimento del danno in forma specifica con aggiudicazione dell'appalto e stipula del contratto o subentro nel medesimo ove già perfezionato.

2. L'A.O.U. Dulbecco di Catanzaro si è costituita in giudizio per resistere al ricorso.

Preliminarmente ha eccepito l'inammissibilità sostenendo che trattandosi di un affidamento diretto ex art. 50, comma 1, lett. b), D.Lgs. 36/2023, gli esiti del confronto comparativo mediante acquisizione di più preventivi non sarebbero censurabili, non essendo gli altri operatori invitati a presentare la loro offerta legittimati a contestare le valutazioni dell'Amministrazione.

Con riferimento al secondo motivo ha ribattuto che non sia mancata la verifica di congruità dei minimi salariali e che sarebbe stata eseguita in seno alla determina di aggiudicazione a seguito di un incontro svolto tra referenti dell'Azienda, l'affidatario Sicurtransport ed una sigla sindacale, nel corso del quale sarebbe stata assicurata l'applicazione del CCNL di categoria ai contratti dei lavoratori da assumere.

3. Alla camera di consiglio del 05 giugno 2024, previo avviso di sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 120, comma 6, c.p.a., la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Ciò posto, occorre preliminarmente delibare l'eccezione di inammissibilità per difetto di legittimazione della ricorrente.

4.1. L'eccezione è infondata atteso che la ricorrente non soltanto è stata "invitata" a partecipare al confronto competitivo ma vi ha effettivamente partecipato sottoponendo all'esame della stazione appaltante una offerta che, a differenza di quella di altra ditta, è stata valutata congrua ed è risultata la seconda migliore offerta. Ne consegue che sussiste la legittimazione a contestare la scelta del contraente operata dall'Amministrazione come pure l'interesse al ricorso.

4.2. Nel merito il ricorso è fondato.

4.3. Occorre premettere che l'art. 108, comma 9 del D.Lgs. 36/2023, rubricato "*Criteria di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture*" prescrive che "*Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale.*"

L'art. 41, comma 14 del suddetto decreto prescrive poi che "*Nei contratti di lavori 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.*"

Infine, l'art. 48 del decreto dispone che "*Ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del codice.*"

E, dunque, sulla scorta dei citati indici normativi ritiene il collegio che non possa escludersi l'applicabilità (anche) agli affidamenti diretti della regola sancita all'art. 108, comma 9 sull'obbligatorietà dell'indicazione dei costi della manodopera a pena di esclusione del

concorrente.

4.4. Ai fini del decidere occorre rammentare che il previgente art. 95, comma 10, D. Lgs. n. 50/2016, rubricato “*Criteri di aggiudicazione dell’appalto*”, prescriveva che “*Nell’offerta economica l’operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell’articolo 36, comma 2, lettera a).* Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell’aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all’articolo 97, comma 5, lettera d)”.

4.5. Dal confronto tra le due disposizioni e dalla circostanza che il legislatore del nuovo codice abbia espunto l’affidamento diretto (“*ai sensi dell’articolo 36, comma 2, lettera a)*”) quale eccezione all’obbligo di indicare i costi della manodopera, deriva la fondatezza del primo motivo di ricorso con il quale, difatti, il ricorrente censura l’omessa esclusione della controinteressata Sicurtransport S.p.A. per non aver indicato espressamente tali voci di costo.

5. Chiarita l’applicabilità anche agli affidamenti diretti della regola della obbligatorietà dell’indicazione separata dei costi della manodopera, è opportuno verificare se non sussistano nel caso di specie circostanze che consentano di deviare dalla suddetta regola generale, avente peraltro forza eterointegrativa rispetto a *lex specialis* di gara che eventualmente non la contemplino.

5.1. Val la pena rammentare che l’Adunanza Plenaria con le sentenze nn. 1, 2 e 3/2019, da un lato, ha aderito alla lettura formalistica dell’art. 95 co. 10 c.c.p., affermando che la “*mancata indicazione da parte di un concorrente a una pubblica gara di appalto dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori comporta comunque l’esclusione dalla gara senza che il concorrente stesso possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del c.d. ‘soccorso istruttorio’, pur nelle ipotesi in cui la sussistenza di tale obbligo dichiarativo derivi da disposizioni sufficientemente chiare e conoscibili e indipendentemente dal fatto che il bando di gara non richiami in modo espresso il richiamato obbligo legale di puntuale indicazione*” e, dall’altro, ha rimesso la questione della compatibilità comunitaria della norma così interpretata alla Corte di Giustizia.

5.2. La Corte di Giustizia con la sentenza 2 maggio 2019, C-309/18, ha ritenuto gli artt. 95, comma 10, ed 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, in linea di principio compatibili con la direttiva n. 2014/24/UE, salva tuttavia la situazione – che spetta al Giudice nazionale verificare – in cui sussista una “*materiale impossibilità*”, per l’offerente, di indicare separatamente quei costi.

5.3. La giurisprudenza ha altresì precisato che la portata escludente dell’inosservanza dell’obbligo di indicare nell’offerta “*i propri costi della manodopera*”, secondo quanto prescritto dall’art. 95, comma 10, D. Lgs. n. 50/2016, non trova applicazione allorché in base alla documentazione di gara non sia possibile provvedere a tale indicazione.

5.4. Ad avviso della giurisprudenza l’indicata materiale impossibilità tuttavia non sussiste

laddove l'enunciazione dell'obbligo manchi nel corpo della *lex specialis*, tenuto conto dell'attitudine eterointegrativa della prescrizione normativa dell'art. 95, comma 10, che deve senz'altro considerarsi, anche alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale, ben nota ad ogni serio ed informato operatore economico.

5.5. E' stato ancora precisato che l'eventuale non editabilità dei moduli dichiarativi predisposti dalla stazione appaltante privi dello spazio per l'indicazione in questione, non è di per sé preclusiva, sul piano della materiale elaborazione scritturale dei termini dell'offerta, dell'integrazione ad opera dell'offerente (Consiglio di Stato, Sez. V, 8 aprile 2021, n. 2839; Corte di Giustizia, 2 maggio 2019, cit.; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, nn. 7, 8).

5.6. Ciò chiarito, dalle emergenze documentali risulta in primo luogo che la stazione appaltante abbia dato vita ad una procedura di selezione mediante confronto tra più offerte, ragione per la quale va respinta la premessa difensiva dell'amministrazione resistente incentrata sulla natura temporanea dell'affidamento "*nelle more della definizione di procedure di maggiore ampiezza e durata*" atteso che, avendo comunque posto in essere un affidamento diretto di un servizio - mediante confronto tra preventivi – destinato ad essere remunerato con risorse pubbliche, si è realizzata pur sempre una competizione tra operatori economici a carattere selettivo.

5.7. In secondo luogo non risulta che l'offerta economica della prima graduata contenga il dettaglio dei costi inerenti alla manodopera né, sul piano materiale, sono ravvisabili limiti di indicazione nei moduli dichiarativi, come comprova la circostanza che l'offerta della controinteressata indica espressamente gli oneri per la sicurezza e che la ricorrente, a differenza della controinteressata, ha correttamente integrato il modulo con l'indicazione di entrambe le citate voci di costo.

5.8. Alla luce delle esposte considerazioni, non possono ritenersi persuasive le controdeduzioni riferite, da un lato, alla non applicabilità della prescrizione sull'obbligatorietà dell'indicazione dei costi della manodopera al caso all'esame e, dall'altro, alla circostanza che l'operatore non abbia perseguito la strada della richiesta di chiarimenti per superare la criticità palesata ma abbia impugnato il provvedimento solo dopo l'aggiudicazione e la stipula del contratto atteso che è nella facoltà della ricorrente scegliere la condotta stragiudiziale (richiesta di autotutela a seguito dell'aggiudicazione) e giudiziale (ricorso giurisdizionale in caso di diniego di autotutela) per esercitare il proprio diritto di difesa.

6. In conclusione, il ricorso è accolto per la ritenuta fondatezza del primo motivo, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione n. 189 del 7.06.2021, stante la rilevata illegittimità dell'avversato provvedimento, in ragione dell'omessa esclusione dalla procedura selettiva della Sicurtransport S.p.A.

7. Va accolta altresì la richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con la controinteressata e subentro della ricorrente per la parte di esso non ancora eseguita fino a scadenza.

8. Va ora delibata la domanda risarcitoria per la restante parte del contratto non suscettibile di

ristoro in forma specifica in quanto già eseguita per la quale la ristorabilità del danno non può che essere per equivalente.

9. La domanda deve essere accolta, limitatamente al mancato utile percepito, diminuito dell'eventuale *aliunde perceptum*.

10. Ai fini del risarcimento, l'Amministrazione dovrà pertanto procedere, entro 60 giorni dalla pubblicazione (o se anteriore, dalla notificazione) della presente sentenza, alla formulazione di una proposta di quantificazione del risarcimento, ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a., secondo i seguenti criteri:

- ai fini del calcolo del mancato utile, dovrà essere calcolato l'utile che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione della commessa in relazione all'offerta formulata e alla propria struttura dei costi, alla luce della documentazione prodotta;

- l'utile così calcolato dovrà essere decurtato dell'*aliunde perceptum vel percipiendum*, equitativamente determinato nel 30% dell'utile.

- non può essere riconosciuto alcun danno curriculare che infatti non è stato lamentato né quantificato con riferimento alla partecipazione dell'impresa a future procedure di gara così come non possono essere riconosciuti i costi di partecipazione alla procedura in quanto destinati a rimanere a carico del concorrente sia in caso di affidamento che di non affidamento e, anzi, in caso di affidamento, destinati a diminuire l'utile d'impresa.

9. La peculiarità della vicenda esaminata consente di compensare le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento di affidamento diretto n. 772 del 06.05.2024;

- dichiara l'inefficacia del contratto stipulato con la controinteressata;

- condanna la stazione appaltante a disporre l'affidamento diretto in favore della ricorrente per il periodo residuo del servizio oggetto del contratto;

- condanna l'Azienda Ospedaliera Universitaria Dulbecco al risarcimento del danno per equivalente nei confronti della Pol.Service s.r.l. per la parte di contratto già eseguita dalla controinteressata e fissa i criteri per la relativa quantificazione ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a., nei sensi e nei limiti di cui in motivazione;

Compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 05 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Domenico Gaglioti, Primo Referendario

Simona Saracino, Referendario, Estensore

Pubblicato il 21/06/2024

**N. 01560/2024 REG.PROV.COLL.**

**N. 00169/2024 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 169 del 2024, proposto da Ecoambiente s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Viveracqua s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Cuocolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;  
Acque Veronesi S.c.a r.l., non costituita in giudizio;



***nei confronti***

Alan s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Caliandro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per l'annullamento***

- della nota del 2 gennaio 2024 con cui il Responsabile del Procedimento per la fase di affidamento ha comunicato alla ricorrente l'esclusione dal lotto n. 11 della procedura aperta, suddivisa in 12 lotti prestazionali-quantitativi, per l'affidamento del servizio di “raccolta, trasporto, recupero di fanghi disidratati” (lotto n. 11);

- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ivi inclusa: (i) la nota del 30 novembre 2023 con cui il suddetto Responsabile del Procedimento per la fase di affidamento ha chiesto alla ricorrente di fornire spiegazioni sui costi della manodopera da questa esposti in sede di offerta; (ii) ove occorrer possa, la *lex specialis in parte qua*, nei limiti di cui si dirà infra, con particolare riferimento alla previsione di cui all'art. 16 del disciplinare di gara;

per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto relativo al lotto n. 11, ove stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 cod. proc. amm.;

per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno in forma specifica mediante l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio dalla ricorrente a mezzo della sua riammissione nel lotto n. 11 della procedura di gara oggetto di gravame, nonché, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 124 cod. proc. amm..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Alan s.r.l. e di Viveracqua s.c. a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2024 il dott. Filippo Dallari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato in data 25 settembre 2023 Viveracqua s.c. a r.l. (in seguito, Viveracqua), quale centrale di committenza permanente per le aziende consorziate, indicava una procedura aperta per l'affidamento, mediante il criterio del minor prezzo, dell'appalto suddiviso in 12 lotti del servizio di *“raccolta, trasporto, recupero di fanghi disidratati non pericolosi”*, per la durata di 24 mesi, dall'1 febbraio 2024, prorogabili di ulteriori 12 mesi.

1.1. Ecoambiente s.r.l. (in seguito, Ecoambiente), quale intermediario senza detenzione dei rifiuti ai sensi dell'art. 183, comma 1, lett. l), del d.lgs. n. 152 del 2006, partecipava alla procedura per tutti i lotti, tra cui il lotto n. 11 del valore di Euro 3.219.350,00, CIG A00E9A5013, oggetto del presente giudizio.

1.2. Nella propria offerta Ecoambiente dichiarava che intendeva ricorrere all'istituto del subappalto per la prestazione di *“caricamento e trasporto”* e nell'Allegato *“Manodopera e sicurezza”* all'offerta economica indicava come costo complessivo della manodopera la somma di Euro 50.920,00, relativa a n. 1 operaio specializzato, e come costi per la sicurezza la somma di Euro 500,00.

1.3. All'esito dell'apertura delle buste economiche, Ecoambiente risultava prima in graduatoria in relazione al lotto 10.

1.4. Nell'ambito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia, con comunicazione del 30 novembre 2023 Viveracqua evidenziava ad Ecoambiente che:

- *“avrebbe ribassato i costi della manodopera rispetto a quelli posti a base di gara;*
- *“applica contratti collettivi nazionali diversi da quelli indicati all'art. 2 del disciplinare di gara”.*

Ecoambiente veniva quindi invitata, *“ai sensi dell'art. 41, comma 14, del d.lgs. n. 36 del 2023”, “a fornire spiegazioni a dimostrazione che il ribasso complessivo offerto deriva da una più efficiente organizzazione aziendale e che il concorrente non ha ribassato il costo del lavoro; in merito alle previsioni di cui all'art. 11, comma 3, del codice, ad allegare dichiarazione di equivalenza relativamente ai contratti collettivi applicati, evidenziando, in particolare, che, ai sensi dell'art. 110, comma 4, del codice, i trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge sono rispettati”.*

1.5. Ecoambiente dava riscontro all'invito di Viveracqua con nota del 7 dicembre 2023 precisando, che *“La società scrivente è un mero intermediario commerciale che subappalta la fase di trasporto; pertanto i costi di manodopera afferenti alla ns. impresa sono limitati all'impiego, mediamente, di un addetto amministrativo per l'espletamento delle funzioni burocratiche dell'appalto (organizzazione, inserimento documentale, fatturazione ecc.). Si stimano pertanto 2000 ore annue di impiego che al costo orario di 25,46 euro portano ad un costo totale di manodopera di euro 50.920 come indicato in sede di gara”.*

1.6. Con provvedimento del 2 gennaio 2024, il RUP disponeva quindi l'esclusione di Ecoambiente dalla procedura per l'affidamento del lotto n. 11 dando atto:

- che la medesima società, *“in fase di verifica della congruità delle offerte, ha dichiarato di aver indicato i soli costi di manodopera afferenti alle attività di competenza, i quali risultano essere giustificati, omettendo, tuttavia, quelli delle attività date in subappalto;*

- che quindi l’offerta presentata, *“con riferimento ai costi della manodopera, risulta essere carente di uno degli elementi essenziali”;*

- che *“secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, non è possibile nel corso del procedimento di verifica di anomalia dell’offerta l’integrazione della dichiarazione, elemento costitutivo ed essenziale dell’offerta economica, che non può essere modificata successivamente alla presentazione”.*

2. Con il ricorso in esame Ecoambiente ha impugnato il provvedimento con cui Viveracqua l’ha esclusa dalla procedura sulla base dei seguenti motivi.

*I - Violazione dell’art. 183, comma 1, lett. I), del d.lgs. n. 152 del 2006; violazione dell’art. 2 del regolamento europeo 2006/1013 e dall’art. 3 della direttiva n. 98/2008; violazione e falsa applicazione degli artt. 41, commi 13 e 14, e 108, comma 9, del d.lgs. n. 36 del 2023; violazione della lex specialis di gara; violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza, parità di trattamento e favor participationis; eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, illogicità ed irragionevolezza manifesta, travisamento in fatto e in diritto.*

La stazione appaltante avrebbe escluso la ricorrente dalla procedura in ragione della mancata indicazione nell’offerta dei costi della manodopera dei subappaltatori, i quali sarebbero costi *“indiretti”* o *“riflessi”* che non dovevano essere indicati.

In base all’art. 108, comma 9, del d.lgs. n. 36 del 2023 e all’art. 16 del disciplinare, gli operatori economici concorrenti avrebbero dovuto indicare solo i costi *“propri”*, non quelli relativi alle prestazioni affidate in subappalto.

Anche il modello tipo predisposto dalla stazione appaltante, denominato *“Allegato manodopera e sicurezza”*, avrebbe richiesto esclusivamente l’indicazione dei *“propri”* costi del personale e non avrebbe consentito l’indicazione dei costi della manodopera del subappaltatore.

Inoltre la stazione appaltante non avrebbe considerato che Ecoambiente ha partecipato alla procedura come intermediario senza detenzione – figura espressamente prevista dall’art. 2 del Regolamento europeo 2006/1013 e dall’art. 3 della Direttiva 98/2008 - ossia come soggetto professionale che *“dispone il recupero o lo smaltimento”* dei rifiuti *“per conto di terzi”* e che sarebbe legittimato a svolgere tutte le incombenze giuridiche e tecniche necessarie per il corretto trattamento dei rifiuti e cioè il trasporto e il recupero o lo smaltimento finale.

L’intermediario per la sua stessa funzione dovrebbe affidare l’esecuzione delle prestazioni a terzi e non conoscerebbe *ex ante* i costi interni delle imprese terze che effettuano tali attività.

In subordine la ricorrente ha chiesto che venga rimessa alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE la questione inerente alla compatibilità euro-unitaria della disciplina nazionale

sull'indicazione dei costi della manodopera.

Sempre in via subordinata la ricorrente ha chiesto l'annullamento dell'art. 16 del disciplinare laddove venisse interpretato nel senso di richiedere l'indicazione in sede di offerta anche dei costi della manodopera del subappaltatore.

*Il - Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023; violazione e falsa applicazione degli artt. 5, comma 2, 41, commi 13 e 14, e 108, comma 9, del d.lgs. n. 36 del 2023; eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, sviamento- violazione dei principi di trasparenza e proporzionalità, nonché di buona fede, correttezza, legittimo affidamento e leale collaborazione; violazione del principio di buon andamento ex art. 97 Cost..*

I costi della manodopera del subappaltatore non costituirebbero costi propri dell'impresa concorrente, bensì costi "indiretti" o "riflessi" che quindi avrebbero dovuto essere considerati quale parte del prezzo complessivo.

Sotto un secondo profilo, le prescrizioni della legge di gara e il modello predisposto dalla stazione appaltante sarebbero stati ambigui e fuorvianti, richiedendo ai concorrenti di indicare i "propri" costi del personale, ovvero i soli costi della manodopera sostenuti dall'offerente.

Inoltre la modulistica digitale di gara inserita nella piattaforma non avrebbe consentito di inserire nell'offerta economica i costi della manodopera sostenuti dal subappaltatore, né avrebbe consentito la predisposizione di documentazione "aggiuntiva" o "integrativa" - il modulo chiedeva di "Allegare nell'area generica la propria tabella relativa ai costi del personale" - né tantomeno la modifica dei documenti informatici predisposti dalla stazione appaltante.

Si rientrerebbe quindi in quelle ipotesi eccezionali previste dalla giurisprudenza, sia comunitaria (Corte Giust. UE, Sez., IX, 2 maggio 2019, C-309/18, punto 30), sia nazionale (Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 8), in cui non sarebbe stato possibile indicare i costi della manodopera e pertanto, la stazione appaltante avrebbe dovuto consentire al concorrente di sanare la sua situazione.

Anche per il principio di tutela dell'affidamento la stazione appaltante non avrebbe potuto escludere il concorrente che ha compilato i vari moduli predisposti dalla stessa, in ragione della loro incompletezza.

In subordine rispetto all'accoglimento del primo motivo, la ricorrente sostiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto consentirle di sanare la sua situazione.

3. Viveracqua e Alan s.r.l. (in seguito, Alan) si sono costituite in giudizio rimarcando che la mancata quantificazione del costo della manodopera rende incompleta l'offerta, senza che sia possibile attivare il soccorso istruttorio. I modelli predisposti dalla stazione appaltante erano editabili da parte dei concorrenti e la ricorrente avrebbe quindi potuto indicare i costi della manodopera relativi alle prestazioni oggetto di subappalto.

4. Con ordinanza n. 86 del 23 febbraio 2024 questa Sezione ha respinto la domanda cautelare della ricorrente, sia in relazione al presupposto del *fumus boni iuris*, sia in relazione al presupposto del *periculum in mora*.

5. In vista della discussione del ricorso le parti hanno depositato memorie e repliche in cui la ricorrente ha rilevato che l'obbligo di indicazione dei costi della manodopera riguarderebbe i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa; non, invece, le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti ed Ecoambiente avrebbe indicato ben cinque ditte subappaltatrici per le operazioni di trasporto dei rifiuti affidate in subappalto. Inoltre la tutela di tali lavoratori sarebbe comunque assicurata dall'art. 119, comma 7, del d.lgs. 36 del 2023, il quale stabilisce che "*L'affidatario è tenuto ad osservare il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni secondo quanto previsto all'articolo 11*". In via subordinata, la stazione appaltante avrebbe comunque dovuto attivare il soccorso istruttorio.

Le resistenti hanno eccepito in via preliminare l'improcedibilità del ricorso in ragione della mancata impugnazione dell'aggiudicazione in favore di Alan e dell'intervenuta stipula del contratto.

Nel merito le resistenti hanno rimarcato che il disciplinare era chiaro nel richiedere l'indicazione del costo del personale riguardante le prestazioni di trasporto e altresì che Viveracqua ha attivato il contraddittorio procedimentale, ma Ecoambiente ha rifiutato di fornire ogni chiarimento.

6. All'udienza pubblica dell'8 maggio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. In applicazione dei principi di economia processuale e della ragione più liquida (Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5, capo 5.3), si può prescindere dall'esame delle eccezioni preliminari di improcedibilità-inammissibilità del ricorso, rilevate dalle resistenti, stante l'infondatezza nel merito delle censure proposte.

2. Infondato è il primo motivo di ricorso, con cui la ricorrente ha sostenuto che non era tenuta a indicare i costi della manodopera delle prestazioni oggetto di subappalto, in quanto intermediario, senza detenzione di rifiuti, e in quanto tali costi non sarebbero propri dell'impresa concorrente, bensì costi "indiretti" o "riflessi" che quindi avrebbero dovuto essere considerati quale parte del prezzo complessivo.

2.1. Sia che si ritenga l'intermediario esecutore diretto della prestazione per il tramite delle imprese terze dallo stesso individuate, sia che il rapporto tra intermediario e impresa esecutrice venga configurato come subappalto – come prospettato dalla ricorrente – il concorrente è infatti in ogni caso tenuto a indicare in sede di offerta i costi della manodopera necessaria ad eseguire le prestazioni oggetto del contratto.

2.2. In tema di indicazioni del costo della manodopera la giurisprudenza amministrativa ha chiarito (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 8; Cons. Stato, Sez. V, 17 febbraio 2022, n. 1191):

a) che la mancata separata indicazione dei costi della manodopera (dunque anche della sicurezza) comporta l'esclusione dell'impresa dalla gara;

b) che tale omissione non può essere sanata mediante la procedura del soccorso istruttorio (dunque neppure mediante giustificativi presentati in sede di verifica di congruità dell'offerta);

c) che l'esclusione dalla gara va spiccata anche in assenza di specificazione ossia di espressa comminatoria, in tal senso, ad opera della legge di gara. Ciò dal momento che la normativa italiana è sufficientemente chiara in ordine a tale formale obbligo;

d) che in questa specifica direzione, i suddetti costi della sicurezza e della manodopera non possono essere neppure ricostruiti in via postuma, sempre in sede di verifica di congruità, attraverso la eventuale dimostrazione che un tale dato era comunque compreso nell'offerta economica ... anche se non espressamente indicato (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 8, cit.). Tali costi debbono in altre parole essere espressamente "indicati" e giammai soltanto "considerati" o comunque contemplati (cfr., sul punto, la distinzione contenuta nella sentenza del TAR Sicilia, sez. III, 5 luglio 2018, n. 1553);

e) che unica eccezione a tale regola generale (si ripete: esclusione dalla gara per omessa separata indicazione di costi sicurezza e manodopera senza soccorso istruttorio ed anche in assenza di espressa comminatoria di esclusione del bando di gara) è costituita dalla presenza di clausole e di modelli che non consentano ai concorrenti di indicare espressamente tali costi nell'ambito della propria offerta economica. Deve trattarsi in altre parole di disposizioni fortemente ambigue o fuorvianti, tali da ingenerare "confusione" nel concorrente, nonché di modelli predisposti dalla stazione appaltante in modo tale da rendere materialmente impossibile (es. assenza di "spazio fisico" nella domanda di partecipazione e nel relativo schema di offerta) il loro effettivo inserimento. A tutela del "legittimo affidamento", dunque, in siffatte ipotesi deve essere consentita una sanatoria o meglio rettifica postuma del dato (mediante soccorso istruttorio oppure giustificativi in sede di giudizio di anomalia).

2.3. In tema di costo della manodopera delle prestazioni oggetto di subappalto, la giurisprudenza amministrativa, in relazione alla disciplina dettata dal d.l.gs. n. 50 del 2016, ha aggiunto che: *"Il concorrente che intenda avvalersi del subappalto ha l'onere di rendere puntualmente edotta l'amministrazione dell'effettivo costo del personale fornitogli dal subappaltatore, al fine di consentirle un effettivo controllo della sostenibilità economica dell'offerta"* (cfr. Cons. St., Sez. V, 8 marzo 2018, n. 1500; Tar Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 7 ottobre 2020, n. 348). Infatti, *"la previsione (articolo 95, comma 10, d.l.gs. n. 50 del 2016) non può che essere estesa a tutti i costi che l'offerente, direttamente o indirettamente, sostiene per adempiere alle obbligazioni contrattualmente assunte. La norma, invero, si presterebbe a facili elusioni, se si consentisse di scorporare dal costo totale della manodopera il costo sostenuto dai subappaltatori (cfr. TAR Milano, 6 novembre 2018, n. 2515)"* (TAR Veneto, Sez. II, 13 ottobre 2021, n. 1216).

Altra parte della giurisprudenza aveva distinto:

- tra costi diretti della commessa, ossia i costi della manodopera che esegue il servizio oggetto dell'appalto, che devono essere indicati in sede di offerta, e i costi indiretti, ossia i costi relativi al personale di supporto all'esecuzione dell'appalto o a servizi esterni, che non devono essere oggetto di dichiarazione (Cons. Stato, Sez. V, 24.1.2023, n. 782);

- tra i costi dei dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, i quali devono essere indicati in sede di offerta in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell'offerta, e i costi relativi alle *“figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti ... il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto”* (Cons. Stato, Sez. V, 18 agosto 2023, n. 7815).

2.4. Nella fattispecie in esame, tuttavia i costi della manodopera relativi alle prestazioni affidate a imprese terze riguardano l'intero servizio di trasporto dei rifiuti, ossia i costi del personale stabilmente preposto all'esecuzione di una delle prestazioni oggetto dell'appalto.

Non si trattava quindi di costi indiretti – riguardanti prestazioni accessorie o di supporto né di attività occasionali o temporanee – pertanto non par dubbio che tali costi dovevano essere oggetto di separata dichiarazione in sede di offerta.

2.5. Il fatto che Ecoambiente abbia affidato le operazioni di trasporto a cinque ditte subappaltatrici risulta del tutto irrilevante.

La frammentazione della prestazione in plurimi subaffidamenti non trasforma certo i costi del personale preposto all'esecuzione del contratto in costi indiretti o occasionali, ma al contrario rende ancor più evidenti le esigenze di tutela dei lavoratori coinvolti.

D'altra parte l'applicazione della disciplina pubblicistica di tutela dei lavoratori non può essere condizionata dalla scelta dell'operatore economico di suddividere la prestazione in plurimi subaffidamenti.

2.6. Le conclusioni di cui sopra risultano a *fortiori* imposte alla luce del d.lgs. n. 36 del 2023 che ha ulteriormente rafforzato il sistema di tutele dei lavoratori previsto dal precedente Codice dei contratti pubblici.

La stessa legge delega per la redazione del Codice (legge n. 78 del 21 giugno 2022) all'art. 1, comma 2, lett. m), n. 2), poneva alle stazioni appaltanti l'obiettivo di *“garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare”*.

Alla lett. t) del medesimo art. 1, comma 2, veniva altresì stabilito come principio e criterio

direttivo che *“i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso”*.

In attuazione di tali disposizioni il Nuovo Codice dei contratti, oltre a prevedere all'art. 108, comma 9, che nelle offerte economiche presentate per l'aggiudicazione di pubblici appalti, l'operatore economico concorrente è tenuto ad indicare - sotto espressa comminatoria di esclusione dal procedimento selettivo - i costi della manodopera, ha altresì stabilito:

- all'art. 11, commi 4 e 5, che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti *“acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele...”*;

- al comma 5, del medesimo art. 11, che *“Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano, in tutti i casi, che le medesime tutele normative ed economiche siano garantite ai lavoratori in subappalto”*;

- all'art. 102, comma 1, lett. b), che nella legge di gara le stazioni appaltanti devono richiedere agli operatori economici di assumere l'impegno di *“garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire, anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare”*;

- all'art. 119, comma 12, che *“Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale. Il subappaltatore è tenuto ad applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale. L'affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso”*.

Con tale complessivo assetto normativo, il Codice ha introdotto norme maggiormente pregnanti e vincolanti, garantendo maggiore certezza nell'individuazione del contratto collettivo applicabile e assicurando un più elevato livello di effettività alla tutela dei lavoratori, in una logica di equiparazione tra lavoratori del concorrente e lavoratori dell'impresa subappaltatrice.

D'altra parte la soppressione dei limiti quantitativi al subappalto, a seguito delle note sentenze della Corte di Giustizia UE (Corte giust. UE, 26 settembre 2019, in causa C-63/18; Corte giust. UE 27 novembre 2019, in causa C-402/18), impone il superamento della distinzione tra



dipendenti del concorrente e dipendenti dell'impresa subappaltatrice, pena l'elusione dell'articolato sistema di tutela dei lavoratori previsto dal Codice.

Inoltre stante l'obbligo dell'operatore economico concorrente di *“corrispondere i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso”* (art. 119, comma 12), risulta inevitabile che l'operatore economico concorrente debba indicare in sede di offerta anche il costo della manodopera dell'impresa terza che eseguirà la prestazione. Diversamente la sua offerta mancherebbe di un elemento essenziale e la stazione appaltante non sarebbe posta nelle condizioni di valutarne l'effettiva serietà.

In definitiva alla luce del d.lgs. n. 36 del 2023 deve ritenersi che il concorrente debba in ogni caso indicare in sede di offerta i costi della manodopera delle prestazioni contrattuali anche se oggetto di subappalto a terzi.

2.7. Le incertezze e ambiguità della legge di gara - lamentate dalla ricorrente - non paiono sussistere.

Invero il disciplinare risultava chiaro nel richiedere l'indicazione *“complessiva”* dei costi della manodopera e in particolare dei costi del personale addetto al trasporto.

Il disciplinare infatti stabiliva:

- all'art. 2 che *“Ai sensi dell'art. 41, commi 13 e 14, del codice, l'importo a base di gara comprende i costi della manodopera, la cui incidenza percentuale è stata stimata nel 7% dell'importo totale stimato annuo, al netto degli oneri per la sicurezza, calcolata in riferimento a ciascun trasporto per le ore lavorate dall'autista - relativamente alla parte del trasporto - e per le ore lavorate dall'operaio e dal tecnico specializzato - relativamente alla fase di gestione. I costi della manodopera non sono soggetti a ribasso”* (pag. 4);
- all'art. 16, che *“Attraverso apposito parametro della piattaforma, l'offerente allega dichiarazione, redatta su modello tipo disponibile tra i documenti, contenente la stima dei costi della manodopera e dei costi aziendali relativi alla salute ed alla sicurezza sui luoghi di lavoro di cui all'art. 41, comma 13 e 14, del codice”*.

2.8. Il modulo di offerta non prevedeva uno specifico spazio per indicare il costo della manodopera relativo alle prestazioni oggetto di subaffidamento, tuttavia la stazione ha chiarito che il concorrente aveva la possibilità di aggiungere tale ulteriore importo, senza particolari difficoltà.

L'espressione contenuta nel modulo, secondo cui il concorrente doveva *“Allegare nell'area generica la propria tabella relativa ai costi del personale”*, non pare in alcun modo escludere che il concorrente dovesse indicare il costo della manodopera relativo alle prestazioni contrattuali qualora avesse deciso di affidarne l'esecuzione a terzi.

La *“propria tabella”* era infatti quella relativa ai costi della manodopera dell'offerta del

concorrente, non quella dei costi propri nel senso di esclusivi del medesimo concorrente.

Pertanto non si rientrava in alcun modo in una delle ipotesi eccezionali, individuate dalla giurisprudenza, di disposizioni fortemente ambigue o fuorvianti, tali da ingenerare “*confusione*” nel concorrente, nonché di modelli predisposti dalla stazione appaltante in modo tale da rendere materialmente impossibile l’inserimento dei costi della manodopera.

2.9. Anche il fatto che la ricorrente abbia partecipato alla gara come intermediario, ai sensi dall’art. 2 del Regolamento europeo 2006/1013 e dall’art. 3 della Direttiva 98/2008, non risulta rilevante.

Tali disposizioni consentono alla ricorrente di svolgere le attività di recupero o di smaltimento dei rifiuti “*per conto di terzi*” – anche in favore di soggetti privati – ma non la sottraggono dall’applicazione della disciplina pubblicistica di tutela dei lavoratori stabilita dal Codice, nel caso in cui decida di partecipare ad una gara per l’affidamento di un appalto pubblico.

In particolare l’obbligo imposto dall’art. 108, comma 9, del d.lgs. n. 36 del 2023 sarebbe del tutto svuotato se si consentisse ai mediatori – i quali per loro stessa natura affidano in subappalto a terzi l’esecuzione della prestazione - di scorporare dal costo totale della manodopera il costo sostenuto dalle imprese che eseguiranno la prestazione.

Invero la disciplina di tutela rafforzata dei lavoratori nell’ambito dei contratti pubblici deve ritenersi a *fortiori* applicabile agli intermediari, in quanto l’affidamento dell’esecuzione della prestazione a terzi implica maggiori rischi per gli stessi.

2.10. Il Collegio ritiene non vi siano i presupposti per la rimessione alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE della questione inerente alla compatibilità euro-unitaria della disciplina nazionale sull’indicazione dei costi della manodopera da parte degli intermediari.

La Corte di giustizia si è infatti già pronunciata nel senso di ritenere l’obbligo di dichiarazione separata dei costi della manodopera conforme all’ordinamento unionale (Corte giust. UE, Sez. IX, 2 maggio 2019, in causa C-309/18) e dalle difese della ricorrente non emergono effettivi elementi per dubitare della legittimità “comunitaria” dell’applicazione di tale onere dichiarativo agli intermediari.

In definitiva agli intermediari non deve essere applicato un regime preferenziale: al pari degli altri concorrenti, anche gli intermediari sono tenuti a indicare in sede di offerta il costo della manodopera necessaria ad eseguire le prestazioni contrattualmente previste.

2.11. Sono altresì infondate le censure proposte avverso l’art. 16 del disciplinare, laddove interpretato nel senso di richiedere l’indicazione dei costi della manodopera relativa alle prestazioni oggetto di subappalto.

L’art. 16 del disciplinare risulta infatti del tutto conforme alle disposizioni del Codice dei contratti che, come sopra evidenziato, richiedono l’indicazione dei costi della manodopera necessaria all’esecuzione del contratto, equiparando i lavoratori del concorrente e

dell'impresa subappaltatrice.

3. Infondato è il secondo motivo con cui la ricorrente lamenta la mancata attivazione del contraddittorio e la violazione del principio di affidamento.

3.1. Come si è detto, sia in base alla disciplina legislativa sia in base alla disciplina della legge di gara era richiesto ai concorrenti – e a *fortiori* agli intermediari – di indicare i costi complessivi della manodopera relativi alle prestazioni oggetto dell'appalto e quindi anche a quelli delle imprese terze che eseguiranno il contratto.

Fermo quanto sopra, nella fattispecie in esame la stazione appaltante prima di escludere Ecoambiente ha attivato il contraddittorio procedimentale.

Senonché la ricorrente, anziché sanare la sua posizione, ha ritenuto di limitarsi a ribadire di essere un intermediario e di non dover dichiarare il costo della manodopera per le prestazioni affidate ad imprese terze.

A fronte di tale presa di posizione della ricorrente, l'offerta risultava definitivamente priva di un elemento essenziale e la stazione appaltante non era nelle condizioni di valutarne la serietà.

L'offerta della ricorrente doveva quindi essere esclusa.

3.2. A ciò si aggiunga che in ogni caso il provvedimento assunto non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato, in quanto la stessa ricorrente in sede di ricorso ha dato atto di non essere *“identificabile in un soggetto gestore”*, in quanto non si occupa né dell'attività di raccolta, né di quella di trasporto o di recupero/smaltimento, e che *“quindi non può conoscere ex ante i costi interni delle imprese terze che effettuano tali attività, né fornire indicazioni al riguardo”*.

In definitiva la ricorrente non poteva sanare la sua posizione in quanto per sua stessa ammissione non conosceva i costi della manodopera delle imprese che avrebbero dovuto svolgere l'attività di trasporto.

4. Il ricorso deve pertanto essere respinto.

5. In ragione della novità delle questioni trattate sussistono le condizioni per compensare le spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Filippo Dallari, Referendario, Estensore

Alberto Ramon, Referendario

Pubblicato il 13/06/2024

**N. 03732/2024 REG.PROV.COLL.**

**N. 00837/2024 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**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 Slem S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG A008D2AED4, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio 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***

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

Giustizia;

***per 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 Caribù Catering 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 Caribù), del 2.01.2024 (di conferma della proposta di aggiudicazione), nelle parti nelle quali la Caribù Catering 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 Caribu' Catering 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 SLEM, nonché la Caribù Catering S.r.l. e un altro concorrente.

La SLEM 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 CARIBU' CATERING 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 Caribù.

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, Caribù, 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 Global Service 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 Caribù non preciserebbe quali sono le risorse che verranno fornite dalla ausiliaria Global Service. 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](http://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 Caribù 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 Caribù con tali giustificazioni considererebbe solo il costo degli ASM da assorbire nel precedente appalto, oltre ad un autista. Di conseguenza, la Caribù 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 giustificiche 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 Global service 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 Caribù 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 influenzando 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 Caribù 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 Caribù ha specificato che avrebbe considerato il solo costo dei 20 ASM da assorbire dal precedente gestore, in quanto il restante personale è quello già assunto dall'impresa e fa parte dell'organico aziendale. È per tale ragione che l'organigramma della Caribù presenta 50 unità. 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.

La Caribù al contrario ha indicato, nella propria offerta economica, un costo della manodopera di appena 330.000,00, inferiore di oltre 200.000 Euro rispetto al costo indicato dalla Stazione appaltante e non ribassabile. Sicché la Caribù andava esclusa già per la violazione dell'art. 3 del Disciplinare.

Inoltre, secondo la ricorrente le giustificiche della Caribù 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 Caribù 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 Caribù Catering SRL, i giustificativi per la verifica del

costo della manodopera; con nota protocollo n.70339 del 30.11.203, 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 Caribù 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 Caribù, 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 CARIBU' 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 Caribù catering 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 economia 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 Caribù 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 SLEM classificata al primo posto. La graduatoria è stata poi modificata (e la Caribù si è classificata al primo posto) dopo che la Caribù 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 Caribù Catering 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 Caribù, 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, Caribù Catering 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

## Guida alla lettura

Con pronunce in rassegna, rispettivamente nn. **958**, **1560** e **3732**, i TAR calabrese, veneto e campano si sono soffermati sui **costi della manodopera**, in specie sulla loro **doverosa indicazione in sede di offerta tecnica, a pena di esclusione, anche per i casi di affidamento diretto nonché nelle ipotesi in cui le prestazioni contrattuali siano oggetto di subappalto a terzi**, precisando, altresì, che gli stessi - però - **possono essere oggetto di ribasso**.

Procediamo con ordine.

Con la sentenza n. 958 i Giudici del TAR Calabria hanno in modo puntuale e organico esaminato la questione dell'indicazione dei costi della manodopera all'interno dell'offerta tecnica, a pena di esclusione, anche alla luce dell'attuale Codice dei contratti pubblici.

Nel dettaglio, l'**art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36/2023** (*"Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture"*) prescrive che: *"Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale"*.

L'**art. 41, comma 14** del medesimo decreto prescrive, poi, che: *"Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base d'asta, la stazione appaltante e l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13"*.

Infine, l'**art. 48**, d.lgs. n. 36, cit. dispone che: *"Ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del codice"*.

Alla luce delle disposizioni innanzi indicate, dunque, la Corte ha ritenuto che **debba considerarsi valido anche per gli affidamenti diretti la regola sancita nell'art. 108, comma 9, cit., in merito all'obbligatorietà dell'indicazione dei costi della manodopera a pena di esclusione del concorrente**.

Per completezza espositiva, invero, il Collegio ha richiamato la previsione di cui all'**art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016** (*"Criteri di aggiudicazione dell'appalto"*) a tenore del quale: *"Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)"*.

Dal confronto tra le due disposizioni e dalla circostanza che il legislatore del nuovo codice abbia espunto l'affidamento diretto (ai sensi dell'art. 36, comma 2, lette. a) quale eccezione all'obbligo di indicare i costi della manodopera, deriva l'asserzione per cui **anche per gli**

**affidamenti diretti trova applicazione la regola della obbligatorietà dell'indicazione separata dei costi della manodopera.**

Per una compiuta ricostruzione della tematica, poi, i Giudici rilevano, altresì, le **ipotesi eccezionali nelle quali la giurisprudenza ha considerato non trovare applicazione la regola innanzi citata.**

Nel dettaglio, il Consesso ricorda che la ricostruzione fatta propria dalla Plenaria (con le pronunce nn.1, 2 e 3/2019) segue la **lettura formalistica dell'art. 95, comma 10, cit.**, così affermando che: *“La mancata indicazione da parte di un concorrente a una pubblica gara di appalto dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori comporta comunque l'esclusione dalla gara senza che il concorrente stesso possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del c.d. 'soccorso istruttorio', pur nelle ipotesi in cui la sussistenza di tale obbligo dichiarativo derivi da disposizioni sufficientemente chiare e conoscibili e indipendentemente dal fatto che il bando di gara non richiami in modo espresso il richiamato obbligo legale di puntuale indicazione”*; allo stesso tempo con le indicate decisioni è stata **rimessa alla Corte di Giustizia la questione della compatibilità comunitaria della norma così interpretata.**

La **Corte di Giustizia con la sentenza 2 maggio 2019, in causa C-309/18**, ha ritenuto gli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, in linea di principio, compatibili con la direttiva n. 2014/24/UE, salva tuttavia la situazione – che spetta al Giudice nazionale verificare – in cui sussista una **“materiale impossibilità”**, per l'offerente, di indicare separatamente quei costi.

Necessario, dunque, richiamare l'approdo cui è giunta la giurisprudenza nazionale in merito al concetto di **“materiale impossibilità”**; essa **non sussiste laddove l'enunciazione dell'obbligo manchi nel corpo della *lex specialis*, tenuto conto dell'attitudine eterointegrativa della prescrizione normativa dell'art. 95, comma 10, che deve senz'altro considerarsi ben nota ad ogni serio ed informato operatore economico.** Ancora, si è precisato che **l'eventuale non editabilità dei moduli dichiarativi predisposti dalla stazione appaltante privi dello spazio per l'indicazione in questione, non è di per sé preclusiva, sul piano della materiale elaborazione scritturale dei termini dell'offerta, dell'integrazione ad opera dell'offerente.**

Con differente pronuncia n. 1560, invece, il TAR Venezia si è soffermato sulla **obbligatorietà dell'indicazione dei costi della manodopera nell'offerta tecnica, a pena di esclusione, anche nelle ipotesi in cui le prestazioni contrattuali siano oggetto di subappalto.**

Secondo il Collegio: *“Sia che si ritenga l'intermediario esecutore diretto della prestazione per il tramite delle imprese terze dallo stesso individuate, sia che il rapporto tra intermediario e impresa esecutrice venga configurato come subappalto – come prospettato dalla ricorrente – il concorrente è infatti in ogni caso tenuto a indicare in sede di offerta i costi della manodopera necessaria ad eseguire le prestazioni oggetto del contratto”*.



Anche in tale sede, la Corte richiama la giurisprudenza formatasi sul tema, secondo cui:

*“a) la mancata separata indicazione dei costi della manodopera (dunque anche della sicurezza) comporta l'esclusione dell'impresa dalla gara;*

*b) tale omissione non può essere sanata mediante la procedura del soccorso istruttorio (dunque neppure mediante giustificativi presentati in sede di verifica di congruità dell'offerta);*

*c) l'esclusione dalla gara va spiccata anche in assenza di specificazione ossia di espressa comminatoria, in tal senso, ad opera della legge di gara. Ciò dal momento che la normativa italiana è sufficientemente chiara in ordine a tale formale obbligo;*

*d) in questa specifica direzione, i suddetti costi della sicurezza e della manodopera non possono essere neppure ricostruiti in via postuma, sempre in sede di verifica di congruità, attraverso la eventuale dimostrazione che un tale dato era comunque compreso nell'offerta economica ... anche se non espressamente indicato (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 8, cit.). Tali costi debbono in altre parole essere espressamente “indicati” e giammai soltanto “considerati” o comunque contemplati (cfr., sul punto, la distinzione contenuta nella sentenza del TAR Sicilia, sez. III, 5 luglio 2018, n. 1553);*

*e) unica eccezione a tale regola generale (si ripete: esclusione dalla gara per omessa separata indicazione di costi sicurezza e manodopera senza soccorso istruttorio ed anche in assenza di espressa comminatoria di esclusione del bando di gara) è costituita dalla presenza di clausole e di modelli che non consentano ai concorrenti di indicare espressamente tali costi nell'ambito della propria offerta economica. Deve trattarsi in altre parole di disposizioni fortemente ambigue o fuorvianti, tali da ingenerare “confusione” nel concorrente, nonché di modelli predisposti dalla stazione appaltante in modo tale da rendere materialmente impossibile (es. assenza di “spazio fisico” nella domanda di partecipazione e nel relativo schema di offerta) il loro effettivo inserimento. A tutela del “legittimo affidamento”, dunque, in siffatte ipotesi deve essere consentita una sanatoria o meglio rettifica postuma del dato (mediante soccorso istruttorio oppure giustificativi in sede di giudizio di anomalia).”.*

Con particolare riferimento al punto e), invero, può rilevarsi come la posizione assunta dal TAR Venezia si discosti, in parte, dal precedente TAR Calabria, finendo per dequotare la rigidità della ricostruzione innanzi indicata: se, infatti, secondo i Giudici calabresi *“l'eventuale non editabilità dei moduli dichiarativi predisposti dalla stazione appaltante privi dello spazio per l'indicazione in questione, non è di per sé preclusiva, sul piano della materiale elaborazione scritturale dei termini dell'offerta, dell'integrazione ad opera dell'offerente”*, a tenore della ricostruzione fatta propria dalla Corte veneta *“...unica eccezione è la presenza di modelli predisposti dalla stazione appaltante in modo tale da rendere materialmente impossibile (es. assenza di “spazio fisico” nella domanda di partecipazione e nel relativo schema di offerta) il loro effettivo inserimento”*.

Soffermando l'attenzione sull'ipotesi del subappalto, poi, il Collegio richiama precedente giurisprudenza secondo cui: *“Il concorrente che intenda avvalersi del subappalto ha l'onere di rendere puntualmente edotta l'amministrazione dell'effettivo costo del personale fornitogli dal*

*subappaltatore, al fine di consentirle un effettivo controllo della sostenibilità economica dell'offerta" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2018, n. 1500; TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 7 ottobre 2020, n. 348). Infatti, "la previsione (articolo 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016) non può che essere estesa a tutti i costi che l'offerente, direttamente o indirettamente, sostiene per adempiere alle obbligazioni contrattualmente assunte. La norma, invero, si presterebbe a facili elusioni, se si consentisse di scorporare dal costo totale della manodopera il costo sostenuto dai subappaltatori (cfr. TAR Lombardia, Milano, 6 novembre 2018, n. 2515)" (TAR Veneto, Sez. II, 13 ottobre 2021, n. 1216).*

Per completezza, inoltre, la Sezione ricorda come parte della giurisprudenza ha distinto tra i **costi diretti della commessa**, ossia i costi della manodopera che esegue il servizio oggetto dell'appalto, che devono essere indicati in sede di offerta, e i **costi indiretti**, ossia i costi relativi al personale di supporto all'esecuzione dell'appalto o a servizi esterni, che non devono essere oggetto di dichiarazione (Cons. Stato, Sez. V, 24.1.2023, n. 782). E ancora tra i **costi dei dipendenti impiegati stabilmente nella commessa**, i quali devono essere indicati in sede di offerta in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell'offerta, e i **costi relativi alle figure professionali impiegate in via indiretta**, che operano solo occasionalmente, ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti, il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto.

Le distinzioni innanzi indicate, in specie l'ultima, servono al Collegio per affermare che: *"La frammentazione della prestazione in plurimi subaffidamenti non trasforma certo i costi del personale preposto all'esecuzione del contratto in costi indiretti o occasionali, ma al contrario rende ancor più evidenti le esigenze di tutela dei lavoratori coinvolti"*.

Le conclusioni di cui sopra risultano a *fortiori* imposte alla luce del **d.lgs. n. 36 del 2023** che ha ulteriormente **rafforzato il sistema di tutele dei lavoratori previsto dal precedente Codice dei contratti pubblici**.

La stessa legge delega per la redazione del Codice (legge n. 78 del 21 giugno 2022) all'art. 1, comma 2, lett. m), n. 2), poneva alle stazioni appaltanti l'obiettivo di *"garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare"*.

Alla lett. t) del medesimo art. 1, comma 2, veniva altresì stabilito come principio e criterio direttivo che *"i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso"*.

In attuazione di tali disposizioni il nuovo Codice dei contratti, oltre a prevedere all'art. 108, comma 9, che nelle offerte economiche presentate per l'aggiudicazione di pubblici appalti, l'operatore economico concorrente è tenuto ad indicare - sotto espressa comminatoria di esclusione dal procedimento selettivo - i costi della manodopera, ha altresì stabilito:

- all'**art. 11, commi 4 e 5**, che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti *“acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele...”*;
- sempre all'**art. 11, comma 5** che: *“Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano, in tutti i casi, che le medesime tutele normative ed economiche siano garantite ai lavoratori in subappalto”*;
- all'**art. 102, comma 1, lett. b)**, che nella legge di gara le stazioni appaltanti devono richiedere agli operatori economici di assumere l'impegno di *“garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire, anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare”*;
- all'**art. 119, comma 12**, che: *“Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale. Il subappaltatore è tenuto ad applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale. L'affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso”*.

Con tale complessivo assetto normativo, il Codice ha **introdotto norme maggiormente pregnanti e vincolanti, garantendo maggiore certezza nell'individuazione del contratto collettivo applicabile e assicurando un più elevato livello di effettività alla tutela dei lavoratori, in una logica di equiparazione tra lavoratori del concorrente e lavoratori dell'impresa subappaltatrice.**

D'altra parte la soppressione dei limiti quantitativi al subappalto, a seguito delle note sentenze della Corte di Giustizia UE (Corte giust. UE, 26 settembre 2019, in causa C-63/18; Corte giust. UE 27 novembre 2019, in causa C-402/18), impone il **superamento della distinzione tra dipendenti del concorrente e dipendenti dell'impresa subappaltatrice, pena l'elusione dell'articolato sistema di tutela dei lavoratori previsto dal Codice.**

Inoltre, stante l'obbligo dell'operatore economico concorrente di *“corrispondere i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso”* (art. 119, comma 12), risulta **inevitabile che l'operatore economico concorrente debba indicare in sede di offerta anche il costo della manodopera dell'impresa terza che eseguirà la prestazione.** Diversamente, la sua offerta

mancherebbe di un elemento essenziale e la stazione appaltante non sarebbe posta nelle condizioni di valutarne l'effettiva serietà.

In definitiva, secondo il recente pronunciamento del TAR Veneto, alla luce del d.lgs. n. 36 del 2023, deve ritenersi che **il concorrente debba in ogni caso indicare in sede di offerta i costi della manodopera delle prestazioni contrattuali anche se oggetto di subappalto a terzi.**

Con l'ultima decisione innanzi indicata, infine, ovvero la n. 3732 del 13 giugno 2024, il TAR Napoli ha ribadito – alla luce dell'attuale assetto normativo – la ricostruzione giurisprudenziale, secondo cui **i costi della manodopera non sono in assoluto insuscettibili di ribasso.**

A parere dei Giudici, 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**, cit., secondo cui: *“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”.*

Se ne deduce, dunque, 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, secondo la Corte, 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 incorporati 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”.*