

Ambito di applicazione dell'art. 95 comma 10 del D.lgs 50/2016 in tema di oneri di sicurezza e costi di manodopera

di Michela Pignatelli

Data di pubblicazione: 21-4-2021

1. *In proposito, la giurisprudenza ha già avuto modo di chiarire che, laddove qualificato in termini intellettuali, non sussiste l'obbligo di indicazione specifica degli oneri di sicurezza, anche qualora l'organizzazione della prestazione intellettuale possa essere comunque tale da esporre il prestatore ad una qualche forma di rischio.*

2. *Il Collegio, anche in considerazione della ratio cui è ispirata la normativa sulle procedure ad evidenza pubblica, ritiene che i servizi di natura intellettuale cui fa riferimento l'art 95, comma 10 del dlgs n. 50/2016 siano quelli in cui le prestazioni intellettuali rivestono carattere prevalente, ancorché non esclusivo, nel contesto delle prestazioni erogate, rispetto alle attività materiali. La ratio dell'evidenza pubblica sia a livello nazionale che sovranazionale, infatti, è volta al migliore utilizzo possibile del denaro e degli altri beni della collettività e alla tutela della libertà di concorrenza tra le imprese.*

3. *Di talché, il principio cardine delle gare pubbliche è quello del favor participationis, atteso che solo attraverso la più ampia possibile presentazione di offerte da parte degli operatori economici "qualificati" è possibile garantire, da un lato, che l'Amministrazione individui, tra i tanti, il "miglior contraente", dall'altro, l'esplicazione di una piena ed effettiva concorrenza tra le imprese in un mercato libero.*

Guida alla lettura

Con la sentenza in rassegna, il Collegio ha esaminato la questione relativa alla possibilità di escludere ex art 95 comma 10 del D.lgs 50/2016 un'impresa da una gara concernente la prestazione di servizi intellettuali, nell'ipotesi in cui siano prevalenti e non integrali.

La questione sottoposta al C.G.A. riguardava l'appello formulato da una impresa inizialmente risultata aggiudicataria e successivamente esclusa dalla gara per non aver indicato in sede di offerta i costi concernenti la manodopera e la sicurezza.

È noto, infatti, che per principio consolidato in giurisprudenza e legislativamente previsto dall'art 95 comma 10, i costi della sicurezza e della manodopera devono essere separati dall'offerta tecnica e contenuti in quella economica, al fine di evitare alterazioni della concorrenza. L'indicazione dei citati costi non è sanabile mediante il procedimento di soccorso

istruttorio, in considerazione del fatto che l'art. 83 comma 9 esclude la possibilità di ricorrervi per le carenze concernenti l'offerta tecnica ed economica.

Ciò chiarito in via preliminare, è possibile esaminare le statuizioni cui è pervenuto il Collegio in relazione al caso oggetto della sentenza in rassegna. Come sopra anticipato, la fattispecie riguardava l'esclusione di un'impresa risultata aggiudicataria e successivamente esclusa dalla gara per l'omessa indicazione dei costi di manodopera. Nell'ipotesi portata al vaglio della Sezione, si trattava di una procedura volta all'affidamento di servizi di natura intellettuale.

Innanzitutto, corre l'obbligo di precisare che l'art. 95 comma 10 del D.lgs 50/2016 esclude dall'indicazione obbligatoria le offerte che abbiano ad oggetto servizi intellettuali, senza chiarire, tuttavia, se debbano essere integralmente intellettuali o se, viceversa, debbano essere esentati anche gli appalti in cui la natura intellettuale sia solo prevalente.

Sulla portata applicativa dell'esclusione prevista dall'art. 95 comma 10 sopra richiamato si è sviluppato un dibattito all'interno della giurisprudenza amministrativa. Infatti, si fronteggiano due distinti orientamenti.

Un primo orientamento sostiene che ai fini dell'operatività dell'esonero in servizio debba essere integralmente intellettuale, non potendosi altrimenti escludere l'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza.

Per un secondo orientamento, avallato dalla pronuncia in rassegna, l'esonero opererebbe anche nelle ipotesi in cui il servizio da affidare sia prevalentemente intellettuale, pur essendoci la presenza secondaria di servizi secondari di altra natura. Nell'aderire a tale ultima impostazione, il Collegio ha valorizzato la *ratio* sottesa alle procedure ad evidenza pubblica.

Come noto, infatti, le procedure di gara per l'affidamento di contratti passivi non sono più volte a determinare la volontà della pubblica amministrazione, come avveniva quando erano disciplinati dal R.D. sulla contabilità pubblica. Al contrario, con il recepimento delle Direttive Eurounitarie in materia di appalti, il fondamento degli stessi è rappresentato dal migliore utilizzo possibile del denaro e degli altri beni della collettività e alla tutela della libertà di concorrenza tra imprese.

Ne deriva che il principio ispiratore delle gare pubbliche è rappresentato dal *favor participationis*, atteso che solo attraverso la più ampia partecipazione possibile è possibile garantire, da un lato, che l'amministrazione individui il miglior contraente e dall'altro l'esplicazione di una piena ed effettiva concorrenza tra le imprese in un mercato libero.

Conseguentemente, ad avviso del Collegio, limitare il predetto esonero soltanto ai servizi interamente intellettuali svilirebbe il principio di massima partecipazione alle gare.

Infine, per completezza è opportuno segnalare che il Collegio avrebbe considerato l'esclusione illegittima anche se non fosse pervenuto all'interpretazione sopra ricordata, in applicazione delle coordinate fornite dalla Corte di Giustizia relativamente all'automatismo espulsivo.

La Corte di Giustizia ha, infatti, chiarito che seppure gli Stati Membri possono prevedere automatismi espulsivi in relazione alla mancata indicazione degli oneri di sicurezza e dei costi di manodopera, lo stesso non possa operare qualora l'omissione sia determinata da materiale impossibilità di indicare i costi. Nella fattispecie al vaglio del Collegio, diverse imprese avevano lamentato la mancanza di spazio per le indicazioni in questione.

In definitiva, quindi, il Consiglio di Giustizia Amministrativa valorizzando il principio di massima partecipazione alle gare ha statuito che ai fini dell'esonero dall'indicazione dei costi di cui all'art 95 comma 10 del D.lgs 50/2016 sia sufficiente la prevalenza dei servizi intellettuali e che non sia necessaria l'integralità degli stessi.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 763 del 2020, proposto dalla Sering Ingegneria S.r.l. in proprio e quale capogruppo del costituendo RTP con la Rocksoil S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Lucia Di Salvo, con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Notarbartolo, n. 5;

contro

il Commissario di Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana, la Presidenza della Regione Siciliana in qualità di Commissario di Governo ex legibus 116/2014 e 164/201, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Soggetto Attuatore delegato alle funzioni di Commissario di Governo, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria ex *lege* in Palermo, via Valerio Villareale, n. 6;

la Artec Associati S.r.l., in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento con la Hypro S.r.l., Ing. Moscella Antonio, Archeologo Fausto D'Angelo, Geologo Antonino Alba, Geologo Giorgio Giacchetti, Dott. Gaetano Currò e Geologo Angelo Leotta nonché la Hypro S.r.l., in proprio e quale mandante del costituendo raggruppamento con la Artec Associati S.r.l. (mandataria), Ing. Moscella Antonio, Archeologo Fausto D'Angelo, Geologo Antonino Alba, Geologo Giorgio Giacchetti, Dott. Gaetano Currò e Geologo Angelo Leotta, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

nei confronti

La Iencon Scarl e la Interprogetti S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sede di Palermo, Sezione Prima, n. 1569 del 2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Commissario di Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana, della Presidenza della Regione Siciliana, della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del il Soggetto Attuatore delegato alle funzioni di Commissario di Governo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2021, svoltasi in collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, il Cons. Roberto Caponigro e considerato presente, ex art. 4 comma 1 penultimo periodo d.l. n. 28/2020 e art. 25 d.l. 137/2020, l'avvocato Lucia Di Salvo;

Vista la richiesta di passaggio in decisione senza discussione presentata dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, con nota di carattere generale a firma dell'Avvocato Distrettuale del 2 febbraio 2021;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Commissario di Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione siciliana, in attuazione del decreto a contrarre n. 597 del 26 giugno 2018, ha bandito l'appalto, suddiviso in quattro lotti, per l'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria relativi agli "Interventi di consolidamento delle pareti rocciose di Monte Pellegrino sovrastanti le aree urbane di Vergine Maria e Addaura".

L'odierna appellante, in relazione al lotto B, con verbale del 3 maggio 2019, è stata esclusa dalla gara, unitamente ad altri partecipanti, per avere omesso "qualunque indicazione relativa agli oneri per la sicurezza di cui all'art. 95 comma 10 del Dlgs 50/2016 e ss.mm.ii."

Il seggio di gara, con successivo verbale del 23 maggio 2019, con ampia ed analitica motivazione, ha riammesso alla gara le imprese escluse per il lotto B.

Pertanto, il RTIP Sering Ingegneria, quale primo in graduatoria, è stato destinatario del

provvedimento di aggiudicazione.

2. Il Tar per la Sicilia, Sede di Palermo, Sezione Prima, con la sentenza n. 1569 del 24 luglio 2020, previa riunione dei giudizi ed estromissione della Presidenza del Consiglio dei Ministri e della Presidenza della Regione Siciliana, ha così provveduto nei ricorsi introdotti dagli operatori economici controinteressati:

- ha accolto il ricorso R.G. n. 2083 del 2019, proposto dalla Artec Associati s.r.l., in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento con le mandanti Hypro s.r.l., Moschella Antonino, Fausto D'Angelo, Antonino Alba, Giorgio Giacchetti, Gaetano Currò e Angela Leotta;

- con riferimento al contenzioso R.G. n. 730 del 2020:

* ha accolto il ricorso principale, proposto dalla Hypro s.r.l., in proprio e quale mandante del costituendo raggruppamento con la mandataria Artec Associati s.r.l., e i mandanti Moschella Antonino, Fausto D'Angelo, Antonino Alba, Giorgio Giacchetti, Gaetano Currò e Angela Leotta;

* ha accolto il ricorso incidentale, proposto dalla Sering Ingegneria S.r.l., in proprio e quale capogruppo del costituendo RTP con la Rocksoil S.p.a..

Il Tar per la Sicilia, con la detta sentenza, per l'effetto, ha annullato i provvedimenti di ammissione alla gara del RTP capeggiato da Artec Associati s.r.l. e del RTP capeggiato da Sering Ingegneria s.r.l. e i provvedimenti conseguenti, tra cui l'aggiudicazione, per quanto di interesse.

3. Di talché, la Sering Ingegneria s.r.l., in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento, ha proposto il presente appello, articolando i seguenti motivi di impugnativa:

Erroneità della sentenza avversata nella parte in cui ha ritenuto ammissibile il ricorso recante numero R.G. 2083 del 2019.

A mezzo del gravame in epigrafe sarebbero stati contestati atti di pacifica natura endoprocedimentale, a seguito della già intervenuta abrogazione del rito c.d. "superaccelerato" in materia di appalti di cui all'art. 120, commi 2-bis e 6-bis, c.p.a.

Infatti, nell'abrogare detto rito, l'art. 1, comma 23, del d.l. n. 32 del 2019 ha previsto che il nuovo regime si applica "ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto".

Erroneità della sentenza avversata nella parte in cui ha ritenuto ammissibile il ricorso recante R.G. n. 730 del 2020 proposto dalla Hypro s.r.l. (nonché lo stesso ricorso R.G. n. 2083 del 2019 del pari inammissibile per quanto segue).

L'intero impianto del ricorso principale di primo grado non avrebbe potuto superare la soglia

della ammissibilità, attesa la mancata impugnativa dell'atto presupposto ai provvedimenti di ammissione ed aggiudicazione, vale a dire le prescrizioni del bando che non avevano richiesto, né presidiato con sanzione, l'indicazione dei soli oneri di sicurezza interni.

D'altra parte lo stesso ricorrente di primo grado ha specificato gli oneri aziendali di sicurezza, ma non anche il costo della manodopera.

Erroneità della sentenza nella parte in cui non ha fatto buon governo dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 e smi nonché non ha ravvisato la violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi in tema di massima partecipazione agli incanti e di affidamento ingenerato. Violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi in tema di tassatività delle clausole di esclusione.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016. Violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi in tema di interpretazione dei bandi di gara. Violazione e falsa applicazione dei principi di diritto comunitario di seguito precisati ivi compreso quello di proporzionalità. Violazione e falsa applicazione art. 97 Cost.

Le indagini geologiche e geotecniche nonché i rilievi fotografici e topografici, nel caso di specie, sarebbero finalizzati alla redazione delle relative relazioni geologiche e geotecniche a supporto della progettazione per un importo di soli € 137.758,99 su un importo totale a base di gara di € 510.631,49.

Il principio di diritto fissato dal primo giudice sarebbe errato e distonico rispetto al tenore letterale dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 95 del 2010, in quanto, pur riconoscendo la natura intellettuale del servizio in questione, ritiene che permangano gli obblighi dichiarativi quando dagli atti di gara emerga l'esposizione a rischi specifici, avendo, al contrario, il legislatore definitivamente escluso i servizi intellettuali da ogni obbligo dichiarativo *tout court*.

Erroneità della sentenza avversata nella parte in cui non ha ravvisato la violazione di norme e dei principi sopra calendati sotto diverso e ulteriore profilo.

La sentenza avversata sarebbe ancora meno condivisibile nella parte in cui, dopo avere ritenuto sussistenti anche nel caso di servizi intellettuali, gli obblighi dichiarativi in questione, richiamando sul punto l'insegnamento della Corte di Giustizia, ha ritenuto non sussistere i presupposti per l'attivazione del rimedio istruttorio.

Il bando, infatti, non conteneva alcun riferimento agli obblighi dichiarativi di cui all'art. 95, comma 10, e men che mai a sanzioni espulsive nel caso di mancato rispetto degli stessi.

Né, le prescrizioni del bando deporrebbero per la sussistenza dell'obbligo di indicare separatamente tali voci in sede di offerta, qualificando l'oggetto dell'affidamento in termini di servizio intellettuale.

In presenza di dubbi interpretativi sulle clausole del bando, comunque, la regola da seguire sarebbe quella di assicurare la massima partecipazione degli operatori economici, nel rispetto

della logica concorrenziale di matrice comunitaria e nazionale dell'evidenza pubblica, nonché la tutela dell'affidamento e della *par condicio competitorum*.

In una situazione di obiettiva incertezza, anche nell'ipotesi in cui si fossero voluti ritenere sussistenti gli obblighi dichiarativi, avrebbe dovuto essere consentito ai partecipanti il rimedio istruttorio.

Erroneità della sentenza avversata nella parte in cui non ha ravvisato la violazione di norme e dei principi sopra elencati sotto diverso e ulteriore profilo.

Le disposizioni di gara, come detto, concernendo un servizio intellettuale, neppure integrate dal disposto di cui all'art. 95, comma 10, avrebbero consentito di percepire con chiarezza la sussistenza dei citati obblighi dichiarativi.

Anche il ricorrente di prime cure sarebbe stato indotto in errore dalla formulazione del modulo e, con lui, tutti i partecipanti alla gara.

Sul piano tecnico informativo, il file "pdf" in sé non risultava modificabile, tanto che il modulo presentato dall'appellata non sarebbe stato il modulo originario, ma un documento del tutto diverso, riprodotto in modo da avere lo stesso contenuto e lo stesso aspetto grafico dell'originale, ma con l'aggiunta relativa all'indicazione dei costi aziendali di sicurezza.

Erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto il primo motivo di ricorso incidentale non ravvisando la violazione e falsa applicazione dell'art. 92, comma 2, del d.P.R. 207/2010 in combinato disposto con l'art. 216, comma 4, del d.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione della legge di gara (punto 7 requisiti speciali a pena di esclusione). Violazione del principio di doverosa corrispondenza tra i requisiti di partecipazione di ciascuna partecipante al raggruppamento e la quota di esecuzione dichiarata.

La capogruppo del RTP Artec non avrebbe posseduto il requisito della necessaria corrispondenza tra la propria qualificazione e la quota di servizio che la stessa ha dichiarato di voler assumere.

La capogruppo Artec avrebbe dichiarato di assumere la quota di partecipazione del 51%, per cui avrebbe dovuto indicare anche un numero di componenti del gruppo di lavoro congruo a tale dichiarazione e non le sole due unità che coprono il 50% del requisito occorrente.

La sentenza impugnata sarebbe erronea anche nella statuizione di compensazione delle spese.

4. L'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo si è costituita in giudizio chiedendo la riforma della sentenza di primo grado.

5. L'appellante ha depositato altra memoria a sostegno ed illustrazione delle proprie ragioni.

6. Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con l'ordinanza 24

settembre 2020, n. 712, ha accolto l'istanza cautelare e, per l'effetto, ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata, con la seguente motivazione:

“Ritenuto che l'appello risulta assistito da un consistente fumus boni iuris;

Rilevato, infatti, che:

- l'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, nello stabilire che “Nell'offerta economica l'operatore deve indicare ... gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”, prevede un'espressa eccezione, al riguardo, per le forniture dei servizi di natura intellettuale;

- gli atti indittivi della gara in controversia, che connotano espressamente l'oggetto della procedura identificandolo nell'affidamento di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria (punto 2.1 del bando), non contemplano, nemmeno nella relativa modulistica, la necessità per le concorrenti d'indicare i loro oneri di sicurezza;

- in un quadro siffatto, pertanto, l'appellante, a tutto concedere, essendo quantomeno assai incerta l'esistenza di un obbligo d'indicare gli oneri di sicurezza, avrebbe dovuto comunque beneficiare del soccorso istruttorio per poter formulare ex post l'indicazione in discussione;

Considerato, altresì, che la presente domanda cautelare è sorretta anche da un manifesto periculum in mora, stante la perdita della commessa che consegue, per l'appellante, dalla sentenza impugnata;

Soggiunto, per completezza, che a seguito della medesima pronuncia in epigrafe l'Amministrazione è pervenuta a dichiarare deserta la procedura di gara, con conseguente ritardo nell'attuazione degli interventi di consolidamento reclamati dall'interesse pubblico”.

7. All'udienza pubblica del 24 febbraio 2021, svoltasi in collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, la causa è stata trattenuta per la decisione.

8. Il Commissario di Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione siciliana ex *legibus* n. 116/2014 e n. 164/2014, in attuazione del decreto a contrarre n. 597 del 26 giugno 2018, ha bandito una gara europea, mediante procedura aperta, avente ad oggetto un appalto, suddiviso in quattro lotti, per l'affidamento di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria di progettazione definitiva ed esecutiva, studio di impatto ambientale, studio geologico esecutivo, comprensivo di esecuzione di indagini geologiche e geotecniche, direzione, misura e contabilità lavori, coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione e in fase di esecuzione, relativi agli “Interventi di consolidamento delle pareti rocciose di Monte Pellegrino sovrastanti le aree urbane di Vergine Maria e Addaura – Patto per lo sviluppo della Città di Palermo – Delibera CIPE n. 26/2016”.

Al lotto B hanno partecipato sia l'appellante Raggruppamento Sering Ingegneria s.r.l. sia il Raggruppamento Artec Associati s.r.l., ricorrente in primo grado.

L'odierna appellante, con verbale del 3 maggio 2019, è stata esclusa dalla gara, unitamente ad altri partecipanti, per avere omesso "qualunque indicazione relativa agli oneri per la sicurezza di cui all'art. 95 comma 10 del Dlgs 50/2016 e ss.mm.ii."

Il seggio di gara, con successivo verbale n. 10 del 23 maggio 2019, con ampia ed analitica motivazione, ha riammesso alla gara le imprese escluse per il lotto B.

Con verbale n. 15 del 17 settembre 2019, è stata approvata la graduatoria in cui il RTP Sering Ingegneria è stato collocato in prima posizione e la stazione appaltante, in data 24 settembre 2019, ha provveduto all'aggiudicazione definitiva nei confronti del Raggruppamento Sering Ingegneria, provvedimento successivamente divenuto efficace.

Con la sentenza appellata, il Tar Sicilia, Sede di Palermo, ha annullato i provvedimenti di ammissione alla gara di entrambi i Raggruppamenti contendenti (e, implicitamente, quelli degli altri due operatori economici che pure erano stati impugnati), nonché l'aggiudicazione disposta a favore del Raggruppamento Sering Ingegneria.

Di qui, l'evidente interesse dell'appellante, con la proposizione del presente appello, in luogo dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara deserta, a perseguire direttamente il "bene della vita", costituito dall'aggiudicazione, sottrattogli per effetto della sentenza impugnata.

9. L'appello è fondato e va accolto.

10. Le questioni che si pongono all'attenzione del Collegio sono essenzialmente due:

- se alla fattispecie in esame è applicabile l'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016;
- se, nell'ipotesi affermativa, la stazione appaltante avrebbe dovuto provvedere all'espulsione automatica del Raggruppamento ovvero avrebbe dovuto fare ricorso al c.d. soccorso istruttorio.

Il giudice di primo grado, sulla base di un'articolata motivazione, ha statuito in maniera affermativa con riferimento ad entrambe le questioni, sicché ha accolto i ricorsi.

Il Collegio, diversamente, ritiene che le risposte alle evidenziate questioni essenziali debbano avere un esito differente.

10.1. In primo luogo, il Collegio ritiene che l'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici non possa trovare applicazione nel caso di specie.

Tale disposizione prevede 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'art. 36, comma 2, lett. a).

La disposizione non ha carattere innovativo, ma ricognitivo di un precedente indirizzo giurisprudenziale, secondo cui gli oneri di sicurezza interna non sono configurabili negli appalti concernenti servizi di natura intellettuale (Cons. Stato, V, n. 3163 del 2018).

In proposito, la giurisprudenza ha già avuto modo di chiarire che, laddove qualificato in termini intellettuali, non sussiste l'obbligo di indicazione specifica degli oneri sicurezza, anche qualora l'organizzazione della prestazione intellettuale possa essere comunque tale da esporre il prestatore ad una qualche forma di rischio (Cons. Stato, V, n. 4688 del 2020).

La natura intellettuale dell'attività affidata, pertanto, assume rilievo dirimente ai fini del decidere.

La gara, come detto, ha ad oggetto i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria di progettazione definitiva ed esecutiva, studio di impatto ambientale, studio geologico esecutivo, comprensivo di esecuzione di indagini geologiche e geotecniche, direzione, misura e contabilità lavori, coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione e in fase di esecuzione, relativi agli "Interventi di consolidamento delle pareti rocciose di Monte Pellegrino sovrastanti le aree urbane di Vergine Maria e Addaura – Patto per lo sviluppo della Città di Palermo – Delibera CIPE n. 26/2016".

Di talché, non può essere posto in dubbio che la prestazione, quantomeno prevalente, del contratto di appalto sia una prestazione di servizi di natura intellettuale e in tal senso depongono le clausole di gara che, infatti, non hanno previsto l'obbligo di indicare specificamente nell'offerta economica i costi di manodopera e gli oneri di sicurezza.

Ora, è vero che nell'oggetto dell'appalto è compresa anche l'esecuzione di indagini geologiche e geotecniche, la direzione misura e contabilità lavori, ma è altrettanto indubbio che nella configurazione complessiva dell'appalto tali attività sono complementari e subvalenti e, quindi, accessorie rispetto all'attività principale di natura intellettuale.

In tale direzione, nella descrizione dei servizi, il bando di gara qualifica espressamente "servizi di supporto alla progettazione" le indagini geologiche e geotecniche, i rilievi fotografici e topografici.

Inoltre, dal dettaglio degli importi a base di gara, anch'essi contenuti nel bando, emerge che, per il lotto B, tali servizi di supporto alla progettazione sono quantificati per un importo di € 137.758,99, su un totale di importo a base di gara di € 510.631,49, per cui hanno un'incidenza percentuale del 26,98.

Nella giurisprudenza nazionale sussiste un contrasto interpretativo sulla operatività della deroga prevista per i servizi intellettuali, dovendo per alcuni ritenersi predicabile nel solo caso in cui le prestazioni e le attività del servizio siano "integralmente" di natura intellettuale e non solo "prevalenti" (cfr. Cons. Stato, III, 9 dicembre 2020, n. 7749 e, per altri profili, Cons. Stato, V, 28 luglio 2020, n. 4806).

Il Collegio, anche in considerazione della *ratio* cui è ispirata la normativa sulle procedure ad

evidenza pubblica, ritiene che i servizi di natura intellettuale cui fa riferimento l'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 siano quelli in cui le prestazioni intellettuali rivestono carattere prevalente, ancorché non esclusivo, nel contesto delle prestazioni erogate, rispetto alle attività materiali.

La *ratio* dell'evidenza pubblica sia a livello nazionale che sovranazionale, infatti, è volta al migliore utilizzo possibile del danaro e degli altri beni della collettività e alla tutela della libertà di concorrenza tra le imprese.

Di talché, il principio cardine delle gare pubbliche è quello del *favor participationis*, atteso che solo attraverso la più ampia possibile presentazione di offerte da parte degli operatori economici "qualificati" è possibile garantire, da un lato, che l'Amministrazione individui, tra i tanti, il "miglior contraente", dall'altro, l'esplicazione di una piena ed effettiva concorrenza tra le imprese in un mercato libero (cfr. da ultimo, Cons. Stato, IV; 19 febbraio 2021, n. 1483).

Ne consegue, ribadito che nella fattispecie in esame i servizi di supporto alla progettazione sono subvalenti, in quanto pari a circa un quarto dell'importo totale a base della gara di cui al lotto B, che non sussisteva l'obbligo di indicazione separata dei costi di manodopera e degli oneri di sicurezza,

10.2. Ad ogni buon conto, anche volendo ritenere applicabile alla fattispecie l'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici, l'esito della controversia non potrebbe essere differente, in quanto l'Amministrazione non avrebbe potuto escludere l'impresa dalla gara senza previamente procedere al soccorso istruttorio.

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 6069 del 2018, ha rimesso all'Adunanza Plenaria le seguenti questioni, oggetto di contrasti giurisprudenziali:

“se, per le gare bandite nella vigenza del d.lgs. n. 18 aprile 2016, n. 50, la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale determini immediatamente e incondizionatamente l'esclusione del concorrente, senza possibilità di soccorso istruttorio, anche quando non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, né vengono in rilievo profili di anomalia dell'offerta, ma si contesta che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri;

se, ai fini della eventuale operosità del soccorso istruttorio, assuma rilievo la circostanza che la lex specialis richiami espressamente l'obbligo di dichiarare gli oneri di sicurezza”.

L'Adunanza Plenaria, con le sentenze nn. 7 e 8 del 2020, ha rappresentato che la soluzione del quesito interpretativo è stata poi data, in altra vicenda, dalla sentenza della Nona Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 2 maggio 2019, causa C-309/18, ritenuta esaustiva dal supremo consesso, con cui si è affermato che:

“I principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio

2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice."

Le sentenze nn. 7 e 8 del 2020 dell'Adunanza Plenaria hanno ancora sottolineato che:

"La stessa decisione della Corte è stata peraltro già impiegata come canone interpretativo per la soluzione di analoghe vicende, sia dalle Sezioni di questo Consiglio di Stato (si veda Cons. Stato, V, 24 gennaio 2020, n. 604; id., V, 10 febbraio 2020 n. 1008) che dal giudice di prime cure (T.A.R. Lazio, 14 febbraio 2020 n. 1994, data nel giudizio che aveva originato quella rimessione alla CGUE).

In queste occasioni, affermata la dichiarata compatibilità con il diritto europeo degli automatismi espulsivi conseguenti al mancato rispetto delle previsioni di cui all'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici, le questioni residue sono state rivolte unicamente a delineare la portata dell'eccezione alla regola dell'esclusione automatica, collegata all'accertamento in fatto della possibilità di indicare le voci stesse nei modelli predisposti dall'amministrazione".

L'Adunanza Plenaria, quindi, ha "ricordato che la citata sentenza della Nona Sezione, 2 maggio 2019, causa C-309/18, ha demandato al giudice del rinvio di verificare se nel caso di specie «fosse in effetti materialmente impossibile indicare i costi della manodopera conformemente all'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e valutare se, di conseguenza, tale documentazione generasse confusione in capo agli offerenti, nonostante il rinvio esplicito alle chiare disposizioni del succitato codice" (punto 30), al fine di fare eventualmente applicazione del soccorso istruttorio".

Nella fattispecie in esame, la documentazione di gara non prevedeva l'indicazione separata dei costi di manodopera e degli oneri aziendali relativi alla sicurezza e alla salute sui luoghi di lavoro, per cui, anche ove si fosse ritenuta applicabile la norma di cui all'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, l'Amministrazione concedente avrebbe dovuto applicare l'istituto del soccorso istruttorio, mentre non avrebbe potuto procedere alla diretta esclusione dell'operatore economico.

In altri termini, dalla documentazione agli atti di gara, emergeva almeno una consistenza

incertezza in ordine alla necessità di indicare specificamente i costi anzidetti.

A comprova di ciò, è dirimente rilevare che, come sottolineato dall'appellante, sarebbero stati indotti in errore dalla formulazione del modulo tutti i partecipanti alla gara, tra cui lo stesso appellante (che ha indicato i soli oneri di sicurezza).

D'altra parte, nella propria memoria, la stazione appaltante ha ugualmente ritenuto che i costi di manodopera e gli oneri di sicurezza non dovessero essere indicati dall'operatore in ragione della natura intellettuale dei servizi, nonché in ragione di indici sintomatici, tra cui, l'assenza del modulo di offerta – né editabile, né modificabile dai concorrenti – di spazio per le indicazioni in questione.

Insomma, pur in presenza di una ipotetica violazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, in conformità a quanto chiarito dalla Corte di Giustizia e, comunque, in applicazione dei principi generali di tutela dell'affidamento e di massima partecipazione alla gara, la stazione appaltante, nella fattispecie in esame, non avrebbe potuto procedere legittimamente alla esclusione degli operatori economici, ma avrebbe dovuto procedere al soccorso istruttorio (cfr. Cons. Stato, V, 9 aprile 2020, n. 2350).

Pertanto, nella gara oggetto della presente controversia, si è in presenza di quella condizione (documentazione che non prevede l'obbligo di indicazione separata dei costi della manodopera) che, generando una situazione di particolare confusione per il candidato a indicare il costo del lavoro e gli oneri della sicurezza, attribuisce all'Amministrazione, nell'interpretazione della Corte di Giustizia, il potere di accordare la facoltà di sanare la propria posizione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla legislazione nazionale in materia entro un termine stabilito dalla stessa amministrazione aggiudicatrice (cfr. Cgars 7 gennaio 2020, n. 19).

11. L'appello, in definitiva, è fondato e va accolto, sicché non assumono rilievo ai fini della decisione, e possono essere di conseguenza assorbite, le doglianze relative all'ammissibilità dei ricorsi di primo grado ed al capo della sentenza che ha respinto il primo motivo di ricorso incidentale proposto nell'ambito del ricorso di primo grado R.G. n. 730 del 2020.

12. L'accoglimento dell'appello determina per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, la reiezione dei ricorsi proposti in primo grado e l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso incidentale proposto in primo grado dalla Sering Ingegneria nell'ambito del ricorso R.G. n. 730 del 2000.

13. Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e, complessivamente liquidate in euro 6.000,00, oltre accessori di legge sono poste a favore dell'appellante ed a carico, in solido ed in parti uguali (ciascuna per € 3.000,00), della Artec Associazioni s.r.l. e della Hypro s.r.l.; le spese del doppio grado di giudizio, invece, sono compensate nei confronti delle Amministrazioni rappresentate dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, accoglie l'appello in epigrafe (R.G. n. 763 del 2020) e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge i ricorsi proposti in primo grado dalla Artec Associati s.r.l. (R.G. n. 2083 del 2019) e dalla Hypro s.r.l. (R.G. n. 730 del 2020) e dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto dalla Sering Ingegneria s.r.l. nel ricorso di primo grado R.G. n. 730 del 2020.

Condanna la Artec Associati s.r.l. e la Hypro s.r.l., in solido ed in parti uguali (ciascuna per € 3.000,00), al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio, liquidate complessivamente in euro 6.000,00 (seimila/00), oltre accessori di legge, in favore della Sering Ingegneria s.r.l.; compensa le spese del doppio grado di giudizio nei confronti delle Amministrazioni rappresentate dalla Avvocatura Distrettuale dello Stato.

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