

Giurisprudenza

n. 12 - 2020

Consiglio di Stato - Sezione III - Sentenza 9 dicembre 2020, n. 7749

Roberto Garofoli, Presidente, Umberto Maiello, Consigliere, Estensore; PARTI: (Antonino L., rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenzo Antonucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia contro Azienda Unità Locale Socio-Sanitaria n. 1 Dolomiti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Livio Viel, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e nei confronti di Antonio T., rappresentato e difeso dagli avvocati Alberto Gaz, Enrico Gaz, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia)

1.- Gare pubbliche - offerte - obbligo di indicare i costi e gli oneri della sicurezza - portata.

2.- Gare pubbliche - "servizi di natura intellettuale" - art. 95, c. 10, Cod. Appalti - deroga - ambito - contrasto in giurisprudenza.

1. In base alla giurisprudenza europea e nazionale, l'obbligo di indicare i costi e gli oneri della sicurezza può determinare, in caso di non corretto adempimento, l'esclusione dell'offerente solo nel caso in cui ciò sia previsto chiaramente e senza possibilità di equivoci nel bando, ovvero nel caso in cui l'ordinamento contenga una normativa imperativa altrettanto chiaramente accessibile dai partecipanti in gara che preveda un tale obbligo. In generale, la misura espulsiva va, comunque, disposta, 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, sempre che tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione.

2. Quanto ai c.d. "servizi di natura intellettuale", categoria che l'art. 95, comma 10, del Codice degli Appalti, espressamente "esonera" dall'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza, va evidenziata la mancanza nella suindicata disciplina di settore di una definizione esplicativa, dando parimenti atto che nella giurisprudenza sussiste un radicato contrasto interpretativo sulla operatività della deroga prevista per i servizi intellettuali, posto che il regime derogatorio sarebbe predicabile,

secondo un orientamento restrittivo, nel solo caso in cui le prestazioni e le attività del servizio siano "integralmente" di natura intellettuale e non solo "prevalenti".

.....

Pubblicato il 09/12/2020

N. 07749/2020REG.PROV.COLL.

N. 03627/2020 REG.RIC.

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3627 del 2020, proposto da Antonino L., rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenzo Antonucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Unità Locale Socio-Sanitaria n. 1 Dolomiti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Livio Viel, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

di Antonio T., rappresentato e difeso dagli avvocati Alberto Gaz, Enrico Gaz, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza) n. 00379/2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Unità Locale Socio-Sanitaria n. 1 Dolomiti e di Antonio T.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2020, svolta in modalità da remoto, il Cons. Umberto Maiello e rinviato, quanto alla presenza degli avvocati delle parti, al verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il mezzo qui in rilievo l'ing. Antonino L. chiede la riforma della sentenza n. 379/2020 con cui il T.A.R. per il Veneto (Sezione Terza) ha respinto il ricorso n. 258/2020 proposto avverso la deliberazione dell'Azienda Unità Locale Socio-Sanitaria, n. 1 Dolomiti n. 25 del 13.01. 2020, nella

parte in cui ha aggiudicato al controinteressato, ing. Antonio T., ai sensi dell'art. 36 comma 2 lettera b) del D.lgs. n. 50/2016, l'incarico di collaudo statico dei "Lavori di ristrutturazione ed ampliamento del Padiglione Codivilla dell'Ospedale di Cortina d'Ampezzo".

All'esito della svolta selezione, operata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'Ing. Antonio T. veniva graduato al primo posto con il punteggio di 87,09 mentre l'odierno appellante, Ing. Antonino L., si classificava al secondo posto con punti 86,03.

Nel costrutto giuridico dell'appellante s'impondeva, però, l'esclusione del suddetto controinteressato a cagione della mancata indicazione nell'offerta economica presentata dei costi della manodopera e degli oneri aziendali, concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, per violazione sia dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 e sia della *lex specialis* di gara.

Tanto in considerazione del fatto che l'attività di collaudo, oggetto di gara, consisteva non solo in una prestazione di natura intellettuale, ma anche nell'esecuzione di significative prestazioni di natura materiale, essenziali e necessarie, ai fini del collaudo stesso, che esponevano il collaudatore a rischi specifici.

Il giudice di prime cure, con la sentenza oggetto del presente gravame, pur ritenendo esigibile nel caso di specie la prescrizione di cui all'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, non venendo in rilievo un servizio "integralmente" di natura intellettuale, ciò nondimeno, ha concluso nel senso che il tenore delle previsioni del bando di gara non fosse sufficientemente chiaro ed univoco, tale da rendere adeguatamente edotto il partecipante alla selezione circa l'obbligo di indicare i costi ed oneri per la sicurezza.

Avverso la detta sentenza con il mezzo qui in rilievo l'appellante ha articolato i seguenti motivi di gravame:

a) diversamente dagli assunti del giudice di prime cure, la previsione del bando della procedura in esame, che prevedeva l'esclusione in caso di mancata indicazione degli oneri della sicurezza, sarebbe netta, chiara e precisa;

b) l'attività di collaudo statico, oggetto di affidamento, aveva natura mista di guisa che l'indicazione separata dei costi di sicurezza s'impondeva anche rispetto alla disciplina di settore ex art. 95 comma 10 del D.lgs. n. 50/2016 ed in base ai principi espressi dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza n. 302 del 2 maggio 2019.

Resistono in giudizio l'ing. T. e l'Azienda Unità Locale Socio-Sanitaria n. 1 Dolomiti.

All'esito dell'udienza camerale del 4.6.2020, con ordinanza n. 3199 del 5.6.2020, questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare avanzata dall'appellante.

All'udienza del 3.12.2020 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Giusta quanto anticipato nella narrativa in fatto risultano attratti nel fuoco della contestazione attorea gli esiti della procedura negoziata indetta dall'Azienda ULSS n.1 Dolomiti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera, b, d. lgs. n. 50 del 2016, per un importo a base d'asta di € 58.762,46, per l'affidamento dei servizi tecnici di collaudo statico delle strutture in connessione ai lavori di ristrutturazione del Padiglione Codivilla dell'Ospedale di Cortina d'Ampezzo.

Segnatamente, l'appellante lamenta la mancata esclusione dell'aggiudicatario, Ing. Antonio T., che avrebbe omesso di indicare nella relativa offerta economica i costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

Mette conto preliminarmente evidenziare come il giudice di prime cure abbia correttamente

ricostruito il quadro regolatorio di riferimento, all'uopo puntualmente richiamando:

- il disposto di cui all'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, nella versione vigente al momento della procedura negoziata in esame, a mente 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 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)»;*

- il recente approdo della giurisprudenza eurounitaria (cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 3 maggio 2019, N.C- 309/18), sintetizzabile nel senso che l'obbligo di indicare i costi e gli oneri della sicurezza può determinare, in caso di non corretto adempimento, l'esclusione dell'offerente solo nel caso in cui ciò sia previsto chiaramente e senza possibilità di equivoci nel bando, ovvero nel caso in cui l'ordinamento contenga una normativa imperativa altrettanto chiaramente accessibile dai partecipanti in gara che preveda un tale obbligo;

- i coerenti arresti della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (cfr. Cons. St., Adunanza Plenaria 02 aprile 2020, n.7) secondo cui la misura espulsiva va, comunque, disposta, 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, sempre che tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione.

Di poi, il TAR ha rimarcato, quanto ai c.d. "servizi di natura intellettuale", categoria che l'art. 95, comma 10, espressamente "esonera" dall'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza, la mancanza nella suindicata disciplina di settore di una definizione esplicativa, soggiungendo che nella giurisprudenza "interna" sussiste un radicato 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".

Di poi, pur optando per la tesi più restrittiva sulla premessa che l'attività del collaudatore statico di cui alla l. n. 1086/71 e al d.p.r. n. 380 del 2001 inglobasse anche alcune attività materiali accessorie e strumentali per lo svolgimento delle prime, quale essenzialmente sarebbero l'accesso al cantiere e l'ispezione dell'opera, ha allo stesso tempo rilevato come né la disciplina nazionale né quella della specifica procedura di gara qui in rilievo recassero prescrizioni univoche.

Tanto premesso, ritiene il Collegio che la decisione di prime cure rifletta un'ampia capacità di resistenza a fronte dei motivi di gravame articolati dall'appellante che, involgendo il medesimo tema controverso, possono essere qui trattati congiuntamente.

Ed, invero, mette conto, anzitutto, evidenziare come il TAR abbia correttamente ricostruito la cornice giuridica di riferimento alle cui coordinate, sopra richiamate in via di sintesi, è possibile, dunque, far riferimento, avendo efficacemente evidenziando, da un lato, la mancanza nella disciplina di settore di una definizione esplicativa dell'accezione "servizi intellettuali", cui si riconnette la deroga prevista dal comma 10 dell'articolo 95 del codice dei contratti rispetto all'obbligo di indicazione separata degli oneri di sicurezza e dei costi di manodopera e, dall'altro, il contrasto registrato nella giurisprudenza di primo grado sulla latitudine operativa che connota i servizi in argomento di guisa che non vi è univocità di vedute sui presupposti applicativi di siffatta deroga e, di conseguenza, sul relativo perimetro operativo.

La giurisprudenza di primo grado è, infatti, sul punto alquanto oscillante, registrandosi accanto a pronunce più rigorose (TAR Sicilia, sez. dist. Catania Sez. IV, 6 marzo 2020, n. 582) che affermano la necessità di una puntuale e separata indicazione degli oneri di sicurezza anche in presenza di attività accessorie e strumentali rispetto a prestazioni intellettuali, tesi alla quale ha poi aderito il giudice di prime cure, anche pronunce secondo cui, invece, la “prevalenza” delle prestazioni intellettuali escluderebbe *tout court* l’onere di indicazione dei costi di sicurezza (ad esempio T.A.R. Roma, (Lazio) sez. II, 04 luglio 2019, n.8836, T.A.R. Reggio Calabria, sez. I, 30 dicembre 2019, n.751) ed in tal senso, di recente, si è orientato questo Consiglio di Stato (cfr. Cons. St., Sez. V, 19 ottobre 2020, n. 6306; Sez. V, 22 luglio 2020, n. 4688).

Né ad approdi univoci, contrariamente a quanto dedotto dall’appellante, conduce la lettura della legge di gara.

Anche sul punto corretta si rivela la ricostruzione operata dal TAR nella parte in cui evidenzia che la *lex specialis* poneva a carico del concorrente l’onere di confezionare la busta telematica “*Offerta economica*” compilando gli appositi campi e allegando l’offerta dettagliata esclusivamente mediante l’Allegato C – offerta economica (da caricare in formato .pdf).

Nella declinazione delle relative incombenze il concorrente avrebbe dovuto per quanto qui di più diretto interesse (lett. b) <<*indicare a Sistema, nell’apposito campo “di cui costi della sicurezza afferenti l’attività svolta dall’operatore economico”, i costi per la sicurezza afferenti l’attività di impresa di cui all’art. 95, comma 10, d. lgs. n. 50 del 2016, nel caso di forniture senza posa in opera e servizi di natura intellettuale il valore da indicare è pari a “zero” negli altri casi deve coincidere con quanto indicato nell’offerta economica dettagliata*>>, nonché <<*indicare a Sistema, nell’apposito campo “di cui costi della sicurezza derivanti da interferenza”, gli oneri per la sicurezza dovuti a rischi interferenziali di cui all’art. 26, d. lgs. n. 81 del 2008 che nel caso di questo servizio sono pari a zero*>>.

Nell’allegato “C” dell’offerta economica, la voce corrispondente al profilo qui in rilievo recava la seguente dicitura: <<*dichiara ai sensi e per gli effetti dell’art. 95 comma 10 del D.Lgs. 50/2016, che l’importo dei propri costi aziendali in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro è pari ad euro _____ (lettere _____)*>>.

Appare, dunque, di tutta evidenza, ad una piana lettura delle richiamate disposizioni capitolari, come la legge di gara, riferita specificamente al servizio di collaudo posto a base di gara nella sua concreta dimensione contenutistica declinata anche in relazione alle opere da collaudare, ammettesse esplicitamente l’evenienza di una vocazione intellettuale dell’attività richiesta tanto da suggerire l’apposizione di un valore pari a 0, non potendo dal valore semantico della proposizione letterale all’uopo utilizzata – a cagione della sua evidente equivocità – evincersi la necessità di una esposizione incondizionatamente composita dei presunti costi per effetto dello scorporo delle attività accessorie e strumentali da assoggettare ad un regime differenziato.

Nemmeno può essere obliato che, nel caso qui in rilievo, la tipologia dei lavori cui inerisce l’incarico di collaudo involge non già un intervento di nuova costruzione ma di ristrutturazione di struttura già esistente, di guisa che non è agevole rilevare – anche rispetto alle previsioni di cui all’art. 26 co.3-bis del D.lgs. n. 81/08 sulle quali insiste l’appellante – quali ulteriori ed aggiuntivi costi dovessero essere dichiarati ovvero gli specifici rischi che avrebbero dovuto mitigare, al netto di quelli di tipo interferenziale, per il quale il bando aveva già escluso l’indicazione dei costi.

Tanto più che – come efficacemente eccepito dall’appellato – la relazione AIR ANAC al Bando-tipo n. 3 (“Disciplinare di gara per l’affidamento con procedura aperta di servizi di architettura e ingegneria”) – oltre ad affermare che gli ingegneri (e gli architetti) sono espressamente esonerati

dall'indicare i propri costi aziendali sulla salute e sulla sicurezza espressamente sancisce che "tutti coloro che hanno accesso al cantiere (direttore lavori, coordinatore sicurezza e collaudatore) beneficiano delle misure di sicurezza che appresta l'impresa esecutrice dei lavori" (doc. 2, pag. 14) e non sono quindi tenuti ad indicare (perché non li sopportano!) i "propri oneri di sicurezza aziendali".

Ed è in linea con tali previsioni che l'aggiudicatario ha debitamente compilato la voce in questione contenuta nel modello di offerta economica e relativa ai propri costi aziendali in materia di salute e sicurezza suoi luoghi di lavoro, riportando un valore pari a 0 (e costi di manodopera pari a 2.500,00), di cui semmai l'appellante avrebbe dovuto - e su basi diverse - dimostrarne la incongruità. Si è efficacemente evidenziato nella giurisprudenza di questo Consiglio di Stato che l'indicazione di oneri interni per la sicurezza pari a zero in un caso di appalto di servizio di ordine intellettuale non comporta di per sé l'esclusione della concorrente dovendosi piuttosto valutare in concreto se tale dichiarazione sia congrua. Tanto in ragione del fatto che ogni questione di verifica del rispetto dei doveri concernenti la salute e sicurezza sul lavoro si sposta dal versante dichiarativo a quello sostanziale, concernente la congruità di una simile quantificazione (cfr. Cons. St., Sez. IV, 10 luglio 2020, n. 4431, sez. VI, 08 maggio 2017, n.2098; Sez. V, 10 gennaio 2017 n. 223; Sez. V, 16 marzo 2016, n. 1051; Sez. V, 31 maggio 2018, n. 3262).

Le spese in ragione della novità e peculiarità delle questioni scrutinate possono essere compensate.

P.Q.M.

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

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2020, svolta in modalità da remoto, con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore