

Oneri per la sicurezza e servizi di natura intellettuale

4 giugno 2020

Il T.A.R. Veneto ricorda che l'omessa indicazione degli oneri per la sicurezza comporta l'esclusione dell'offerente solo se tale sanzione è prevista espressamente dalla *lex specialis*. In ogni caso, tale principio non trova applicazione per le professioni intellettuali.

Post di Matteo Acquasaliente - avvocato

Nella sentenza del T.A.R. Veneto n. 379/2020 si legge: **“Il ricorso si fonda sostanzialmente su un unico articolato motivo: l’illegittimità dell’aggiudicazione e, in parte qua, della procedura di gara espletata, in quanto il controinteressato aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso per aver omesso di indicare compiutamente i costi ed oneri per la sicurezza, in violazione, quindi, dell’art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, e della stessa *lex specialis* di gara, che, secondo il ricorrente, imponeva in modo chiaro e puntuale l’obbligo di indicazione dei predetti costi.**

Ai sensi dell’art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, nella versione vigente al momento della procedura negoziata in esame, «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)».

Proprio con riferimento alla portata effettuale di tale norma, e cioè con riguardo, all’idoneità della stessa di fondare l’esclusione da una procedura di gara di una impresa concorrente, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea ha di recente precisato, con la sentenza 3 maggio 2019, N.C- 309/18, che «il principio di parità di trattamento impone che gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti. Dall’altro lato, l’obbligo di trasparenza, che ne costituisce il corollario, ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell’amministrazione aggiudicatrice. L’obbligo in questione implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d’oneri, in modo che, da un lato, si permetta a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l’esatta portata e d’interpretarle allo stesso modo e, dall’altro, all’autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l’appalto in questione (sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 36 e giurisprudenza ivi citata). Alla luce delle suesposte considerazioni, la Corte ha statuito che il principio della parità di trattamento e l’obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all’esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito del mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai

documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti (sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 51; v., in tal senso, ordinanza del 10 novembre 2016, Spinosa Costruzioni Generali e Melfi, C-162/16, non pubblicata, EU:C:2016:870, punto 32). Questi stessi principi non possono invece, di norma, ostare all'esclusione di un operatore economico dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a causa del mancato rispetto, da parte del medesimo, di un obbligo imposto espressamente, a pena di esclusione, dai documenti relativi alla stessa procedura o dalle disposizioni del diritto nazionale in vigore. Una simile considerazione s'impone a maggior ragione in quanto, secondo una giurisprudenza costante della Corte, nell'ipotesi in cui i documenti relativi all'appalto pubblico imponessero chiaramente taluni obblighi a pena di esclusione, l'amministrazione aggiudicatrice non può ammettere qualsiasi rettifica a omissioni concernenti i medesimi obblighi (v., per analogia, sentenze del 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punti 46 e 48; del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 49, e del 10 novembre 2016, Ciclat, C-199/15, EU:C:2016:853, punto 30)>>.

La Corte ha, quindi, precisato che <<i> i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, contemplati nella direttiva 2014/24, devono essere interpretati nel senso che 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>>.

I principi espressi dalla CGUE possono, quindi, sintetizzarsi 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.

In questo senso, infatti, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, recentemente, con sentenza 02/04/2020, n.7, ancorché con riferimento ai costi della manodopera, ha specificamente affermato che <<i> 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, 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. 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>>.

Per quanto concerne i c.d. "servizi di natura intellettuale", categoria che l'art. 95, comma 10, espressamente "esonera" dall'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza, si registra nella giurisprudenza "interna" un contrasto interpretativo, tra, da un lato, l'orientamento che ammette l'operatività della deroga al predetto obbligo anche nel caso in cui la natura intellettuale della prestazione oggetto di appalto non sia esclusiva, ma solo prevalente, nel senso che nell'oggetto dell'appalto o comunque nell'ambito delle attività che l'aggiudicatario dovrà porre in essere vi sono anche delle prestazioni materiali, accessorie e strumentali (in questo senso, tra le altre, T.A.R. Lazio, sez. II, 04/07/2019, n. 8836); e, dall'altro lato, l'orientamento che, al contrario, interpreta la deroga di cui all'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 in senso restrittivo, ammettendone l'operatività solo in caso in cui i servizi oggetto di appalto siano "integralmente" di natura intellettuale, nel senso che non contemplino nemmeno in misura minore attività materiali anche solo accessorie o strumentali alle prime (in questo senso, si veda, tra le altre, TAR Sicilia, sez. dist. Catania Sez. IV, 6 marzo 2020, n. 582).

Ciò in quanto il decreto legislativo non contiene una definizione di "servizi di natura intellettuale".

E' opinione del Collegio che sia corretta l'interpretazione più restrittiva dell'operatività della deroga stabilita dall'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, infatti, con la sentenza 20.3.2015, n. 3, ha sottolineato come, a presidio di diritti fondamentali dei lavoratori affermati nella Carta Costituzionale, deve accedersi ad una lettura delle norme che impongono l'indicazione dei costi e degli oneri della sicurezza, costituzionalmente orientata - unica idonea a ricomporre le antinomie della regolamentazione dell'istituto riscontrate nella prassi e dai giudici - che conduce a ritenere sussistente l'obbligo, a carico di ciascuna delle imprese concorrenti, di specificare i costi interni sostenuti per assicurare la sicurezza del lavoro. In tal senso, nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture.

Ne consegue che la previsione derogatoria relativa ai servizi di natura intellettuale, incidendo potenzialmente sulle finalità suddette, non può che essere interpretata restrittivamente, nel senso che la deroga all'obbligo di indicazione dei costi ed oneri di sicurezza sarà applicabile soltanto nel caso in cui le prestazioni oggetto dell'appalto di servizi siano "integralmente" intellettuali, ovvero pur contemplando attività materiali queste siano specificamente ed espressamente ritenute dall'Amministrazione, in modo logico, ragionevole e proporzionato, prive di elementi potenziale rischio del il prestatore e i suoi dipendenti/collaboratori".

[sentenza TAR Veneto 379 del 2020](#)

[0 Comments/posted in appalti /](#)

© Copyright - [Italia ius](#) | [Diritto Amministrativo Italiano](#) - mail: info@italiaius.it - Questo sito è gestito da Cosmo Giuridico Veneto s.a.s. di Marangon Ivonne, con sede in via Centro 80, fraz. Priabona 36030 Monte di Malo (VI) - P. IVA 03775960242 - PEC: cosmogiuridicoveneto@legalmail.it - la



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 258 del 2020, proposto da

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avv. Vincenzo Antonucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Unita' Locale Socio Sanitaria n. 1 Dolomiti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Livio Viel, con domicilio eletto presso il suo studio in Belluno, via Cipro n. 13;

nei confronti

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avvocati Alberto Gaz ed Enrico Gaz, con domicilio digitale presso il loro studio in Venezia, Santa Croce 269;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

dei seguenti atti:

-della deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Unità Locale Socio-Sanitaria n. 1 dolomiti n. 25 del 13.01. 2020, comunicata al ricorrente, ai sensi dell'art. 76 comma 5 del D.lgs. n. 50/2016, in data 6.02.2020, avente ad oggetto: "Lavori di ristrutturazione ed ampliamento del Padiglione - OMISSIS- dell'Ospedale di -OMISSIS-. Affidamento incarico collaudo

statico”, nella parte in cui non escludeva dalla procedura de qua l’ing. -OMISSIS- e disponeva l’aggiudicazione dell’incarico di collaudo statico in favore del detto professionista e non anche del ricorrente;

-dei verbali delle operazioni di gara della stazione appaltante, ed in particolare, dei verbali nn. 4 del 17.12. 2019 e 5 del 7. 01.2020, tutti nella parte in cui non escludevano dalla procedura de qua l’ing. -OMISSIS- e disponevano l’aggiudicazione dell’incarico di collaudo statico in favore del detto professionista e non anche del ricorrente;

-dell’avviso relativo ad appalto aggiudicato della stazione appaltante del 15.01.2020;

- della comunicazione della stazione appaltante del 3.02. 2020 di diniego della richiesta di annullamento in autotutela della proposta di aggiudicazione in favore dell’ing. -OMISSIS-;

-della comunicazione della stazione appaltante del 15.01.2020, trasmessa al ricorrente a mezzo pec in data 6.02.2020, con la quale, ai sensi dell’art. 76 comma 5 del D.lgs. n. 50/2016, si rappresentava al ricorrente che con deliberazione del Direttore Generale dell’Azienda Unità Locale Socio-Sanitaria n. 1 Dolomiti n. 25 del 13.01. 2020, si era proceduto all’aggiudicazione dell’appalto de quo, in favore dell’ing. -OMISSIS-;

e di tutti gli atti comunque connessi, presupposti e consequenziali, nonché per la declaratoria ai sensi dell’art. 122 D.Lgs. n. 104/2010 di inefficacia *ex tunc* del contratto nelle more eventualmente sottoscritto tra la stazione appaltante e l’ing. -OMISSIS-;

e per l’ accertamento dell’effettiva possibilità del ricorrente di conseguire l’aggiudicazione e di subentrare nel contratto, ex art. 124 c.p.a., e di aggiudicare la gara al ricorrente ed di stipulare il relativo contratto, secondo l’offerta dallo stesso presentato, da valere quale reintegrazione in forma specifica del danno subito, nonché, in subordine, per la condanna,

dell'Azienda Ulss n. 1 Dolomiti al risarcimento del danno, in favore del ricorrente, per equivalente pecuniario, ex artt. 30 e 124 D.Lgs. n. 104/2010.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Unita' Locale Socio Sanitaria n. 1 Dolomiti e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2020 il dott. Paolo Nasini;

dato avviso ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Azienda ULSS n.1 Dolomiti (d'ora in poi Ulss 1), in data 28.10. 2019, ha pubblicato sul proprio sito avviso esplorativo per la manifestazione di interesse finalizzata all'affidamento dei servizi tecnici di collaudo statico delle strutture per i lavori di ristrutturazione del Padiglione -OMISSIS- dell'Ospedale di -OMISSIS-.

In particolare, si tratta di procedura negoziata da espletarsi 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 sulla piattaforma telematica SINTEL, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ex art. 95, comma 3, lett. b), d. lgs. n. 50 del 2016, con indicazione delle modalità di espletamento della procedura nel disciplinare di gara e nei documenti ad esso complementari disponibili su detta piattaforma elettronica.

Espletata la procedura di gara, cui hanno partecipato, tra gli altri, l'odierno ricorrente e l'odierno controinteressato, la graduatoria finale è risultata la seguente:

- 1) Ing. -OMISSIS- 87,09;
- 2) Ing. -OMISSIS- 86,03;
- 3) Pasquali Rausa Engineering srl 83,84

4) Ing. Antonio Turco 75,88.

Richieste e pervenute dai concorrenti classificatisi primo e secondo in graduatoria (odierni controinteressato e ricorrente) le giustificazioni ex art. 97, d. lgs. n. 50 del 2016, il Rup della stazione appaltante ha proposto di aggiudicare la procedura all'Ing. -OMISSIS-: con deliberazione datata 13.1.2020 Ulss 1 ha disposto l'aggiudicazione della procedura negoziata in favore del predetto, avvisando in data 15.1.2020 i concorrenti dell'intervenuta aggiudicazione.

In data 31.01.2020 il ricorrente ha chiesto alla Stazione appaltante di procedere all'annullamento in autotutela della proposta di aggiudicazione, in quanto l'aggiudicatario 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.

Con comunicazione del 3.02.2020 la Stazione appaltante ha respinto la predetta istanza sottolineando che nel caso in esame non era necessario procedere alla dichiarazione degli oneri della sicurezza trattandosi di appalto di servizi di natura intellettuale, comunicando altresì al ricorrente con pec in data 6.02.2020 l'aggiudicazione della procedura.

Avverso i provvedimenti e gli atti indicati in epigrafe il ricorrente ha proposto impugnazione con ricorso depositato in data 10.3.2020, chiedendone l'annullamento sulla scorta dei seguenti motivi:

1. violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016; eccesso di potere per violazione della *lex specialis* di gara e in particolare delle disposizioni del disciplinare di gara che imponevano nella procedura de qua di indicare gli oneri della sicurezza: secondo parte ricorrente, l'ing. -OMISSIS- avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura de qua ai sensi dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, per non avere indicato nella propria 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, in violazione sia dell'art. 95, comma 10, predetto, sia della *lex specialis* di gara che avrebbe chiaramente e espressamente stabilito che i concorrenti dovessero indicare gli oneri di sicurezza; per contro, non rileverebbe, a dire del ricorrente, la deroga prevista dalla norma per i servizi di natura intellettuale, in quanto in realtà l'attività di collaudo, oggetto di gara, consiste 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 espongono il collaudatore ai rischi specifici, alla cui tutela è preordinata la disposizione di cui all'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/16.

Parte ricorrente, quindi, ha chiesto il risarcimento del danno in forma specifica ai sensi degli artt. 2058 c.c. e 30 del c.p.a., mediante l'aggiudicazione dell'appalto in suo favore, ai sensi dell'art. 124 c.p.a., non essendo ancora stato stipulato il contratto tra la P.a. e il controinteressato.

In via alternativa e subordinata, il ricorrente ha chiesto, comunque, il subentro nel rapporto contrattuale nel caso fosse stato già stipulato il contratto, ai sensi degli artt. 122 e 124 c.p.a., e, in ogni caso, in mancanza di subentro, il risarcimento dei danni per equivalente relativamente al danno emergente da quantificarsi in corso di causa nonché al lucro cessante da liquidare in via equitativa, in base al parametro del 10% dell'importo a base di gara depurato del ribasso praticato, in analogia con il criterio specificamente previsto nel settore dei lavori pubblici di cui all'art. 345, l. n. 2248 del 1865 allegato F e di cui all'art. 109, d.lgs. n. 50 del 2016, con ampia riserva di quantificare le ulteriori voci di danno, costi per la partecipazione alla gara, perdita di referenze e danno curriculare, che deve essere computato in via equitativa ed occasioni di affidamento di ulteriori lavori.

Si sono costituiti in giudizio Ulss 1 e il controinteressato ing. -OMISSIS- contestando l'ammissibilità e la fondatezza del ricorso.

Le parti hanno depositato memorie difensive.

Con decreto monocratico emesso ai sensi dell'art. 84, comma 1, d.l. n. 18 del 2020, all'esito dell'udienza camerale del 8.4.2020, il Giudice delegato ha accolto l'istanza cautelare presentata dal ricorrente, fissando nuova udienza in camera di consiglio del 22 aprile del 2020, all'esito della quale il Collegio, ai sensi dell'art. 84, comma 5, d.l. n. 18 del 2020, ha trattenuto la causa in decisione con avviso di sentenza in forma semplificata.

Al riguardo, la decisione in forma semplificata si impone in relazione alla necessità di una decisione celere nel merito, all'assenza di richieste motivate di rinvio, e alla non necessità di approfondimenti istruttori in ordine alle circostanze oggetto di controversia; inoltre, occorre sottolineare come le parti abbiano avuto modo di argomentare in modo diffuso e compiuto sulle questioni oggetto di controversia.

DIRITTO

Il ricorso si fonda sostanzialmente su un unico articolato motivo: l'illegittimità dell'aggiudicazione e, in *parte qua*, della procedura di gara espletata, in quanto il controinteressato aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso per aver omesso di indicare compiutamente i costi ed oneri per la sicurezza, in violazione, quindi, dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, e della stessa *lex specialis* di gara, che, secondo il ricorrente, imponeva in modo chiaro e puntuale l'obbligo di indicazione dei predetti costi.

Ai sensi dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, nella versione vigente al momento della procedura negoziata in esame, «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)».

Proprio con riferimento alla portata effettuale di tale norma, e cioè con riguardo, all'idoneità della stessa di fondare l'esclusione da una procedura di gara di una impresa concorrente, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha di recente precisato, con la sentenza 3 maggio 2019, N.C- 309/18, che «il principio di parità di trattamento impone che gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti. Dall'altro lato, l'obbligo di trasparenza, che ne costituisce il corollario, ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. L'obbligo in questione implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, in modo che, da un lato, si permetta a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione (sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 36 e giurisprudenza ivi citata). Alla luce delle suesposte considerazioni, la Corte ha statuito che il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito del mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti (sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 51; v., in tal senso, ordinanza del 10 novembre 2016, Spinosa Costruzioni Generali e Melfi, C-162/16, non pubblicata, EU:C:2016:870,

punto 32). Questi stessi principi non possono invece, di norma, ostare all'esclusione di un operatore economico dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a causa del mancato rispetto, da parte del medesimo, di un obbligo imposto espressamente, a pena di esclusione, dai documenti relativi alla stessa procedura o dalle disposizioni del diritto nazionale in vigore. Una simile considerazione s'impone a maggior ragione in quanto, secondo una giurisprudenza costante della Corte, nell'ipotesi in cui i documenti relativi all'appalto pubblico imponessero chiaramente taluni obblighi a pena di esclusione, l'amministrazione aggiudicatrice non può ammettere qualsiasi rettifica a omissioni concernenti i medesimi obblighi (v., per analogia, sentenze del 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punti 46 e 48; del 2 giugno 2016, *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 49, e del 10 novembre 2016, *Ciclat*, C-199/15, EU:C:2016:853, punto 30)>>.

La Corte ha, quindi, precisato che <<i> i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, contemplati nella direttiva 2014/24, devono essere interpretati nel senso che 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>>.

I principi espressi dalla CGUE possono, quindi, sintetizzarsi 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.

In questo senso, infatti, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, recentemente, con sentenza 02/04/2020, n.7, ancorché con riferimento ai costi della manodopera, ha specificamente 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, 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. 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>>.

Per quanto concerne i c.d. “servizi di natura intellettuale”, categoria che l’art. 95, comma 10, espressamente “esonera” dall’obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza, si registra nella giurisprudenza “interna” un contrasto interpretativo, tra, da un lato, l’orientamento che ammette l’operatività della deroga al predetto obbligo anche nel caso in cui la natura intellettuale della prestazione oggetto di appalto non sia esclusiva, ma solo prevalente, nel senso che nell’oggetto dell’appalto o comunque nell’ambito delle attività che l’aggiudicatario dovrà porre in essere vi sono anche delle prestazioni materiali, accessorie e strumentali (in questo senso, tra le altre, T.A.R. Lazio, sez. II, 04/07/2019, n. 8836); e, dall’altro lato, l’orientamento che, al contrario, interpreta la deroga di cui all’art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 in senso restrittivo, ammettendone l’operatività solo in caso in cui i servizi oggetto di appalto siano “integralmente” di natura intellettuale, nel senso che non contemplino nemmeno in misura minore attività materiali anche solo accessorie o strumentali alle prime (in questo senso, si veda, tra le altre, TAR Sicilia, sez. dist. Catania Sez. IV, 6 marzo 2020, n. 582).

Ciò in quanto il decreto legislativo non contiene una definizione di “servizi di natura intellettuale”.

E’ opinione del Collegio che sia corretta l’interpretazione più restrittiva dell’operatività della deroga stabilita dall’art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016.

L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, infatti, con la sentenza 20.3.2015, n. 3, ha sottolineato come, a presidio di diritti fondamentali dei lavoratori affermati nella Carta Costituzionale, deve accedersi ad una lettura delle norme che impongono l’indicazione dei costi e degli oneri della sicurezza, costituzionalmente orientata – unica idonea a ricomporre le antinomie della regolamentazione dell’istituto riscontrate nella prassi e dai giudici – che conduce a ritenere sussistente l’obbligo, a carico di ciascuna delle imprese

concorrenti, di specificare i costi interni sostenuti per assicurare la sicurezza del lavoro. In tal senso, nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture.

Ne consegue che la previsione derogatoria relativa ai servizi di natura intellettuale, incidendo potenzialmente sulle finalità suddette, non può che essere interpretata restrittivamente, nel senso che la deroga all'obbligo di indicazione dei costi ed oneri di sicurezza sarà applicabile soltanto nel caso in cui le prestazioni oggetto dell'appalto di servizi siano "integralmente" intellettuali, ovvero pur contemplando attività materiali queste siano specificamente ed espressamente ritenute dall'Amministrazione, in modo logico, ragionevole e proporzionato, prive di elementi potenziale rischio del il prestatore e i suoi dipendenti/collaboratori.

Nel caso che ci occupa, l'attività oggetto di appalto è quella del c.d. collaudo statico.

In via generale, l'attività di collaudo, di cui alla l. n. 1086/71 e al d.p.r. n. 380 del 2001, si caratterizza per una pluralità di attività sia di carattere strettamente intellettuale (il nucleo caratterizzante la prestazione concretandosi nell'esame di documenti e nella valutazione tecnica degli stessi), ma anche di alcune attività materiali accessorie e strumentali per lo svolgimento delle prime.

In questo senso, in particolare, il cap. 9, di cui al d.m. 14 gennaio 2008 (recane "Nuove Norme Tecniche per le Costruzioni") nel descrivere e disciplinare l'attività di collaudo, oltre all'esame di documenti tecnici e alle valutazioni tipicamente demandate al collaudatore, prevede, anche le attività di <<ispezione dell'opera nelle varie fasi costruttive degli elementi strutturali ove il collaudatore sia nominato in corso d'opera, e dell'opera nel suo

complesso, con particolare riguardo alle parti strutturali più importanti>>; l'ispezione viene eseguita alla presenza del Direttore dei lavori e del Costruttore, confrontando in contraddittorio il progetto depositato in cantiere con il costruito.

Il d.m. 17 gennaio 2018 (recante “aggiornamento delle «Norme tecniche per le costruzioni»”) nel sostituire le norme tecniche di cui al d.m. del 2008, definisce il collaudo statico come << procedura disciplinata dalle vigenti leggi di settore, è finalizzato alla valutazione e giudizio sulle prestazioni, come definite dalle presenti norme, delle opere e delle componenti strutturali comprese nel progetto ed eventuali varianti depositati presso gli organi di controllo competenti. In caso di esito positivo, la procedura si conclude con l'emissione del certificato di collaudo>>. La disciplina ricalca quella precedente, individuando, accanto alle prestazioni tipicamente intellettuali, quelle materiali “strumentali” come l'ispezione dell'opera.

Ai sensi dell'art. 21, d.lgs. n. 81 del 2008, poi, (recante “disposizioni relative ai componenti dell'impresa familiare di cui all'articolo 230-bis del codice civile e ai lavoratori autonomi”) i lavoratori autonomi che compiono opere o servizi ai sensi dell'articolo 2222 del codice civile, devono:

- a) utilizzare attrezzature di lavoro in conformità alle disposizioni di cui al titolo III;
- b) munirsi di dispositivi di protezione individuale ed utilizzarli conformemente alle disposizioni di cui al titolo III;
- c) munirsi di apposita tessera di riconoscimento corredata di fotografia, contenente le proprie generalità, qualora effettuino la loro prestazione in un luogo di lavoro nel quale si svolgano attività in regime di appalto o subappalto>>

A nulla rileva, invece, nel caso che ci occupa il riferimento ai c.d. rischi “interferenti” perché quelli di cui si sta ragionando sono quelli c.d. “aziendali”, cioè propri dell'attività del prestatore e dei suoi dipendenti o collaboratori.

Con riferimento alla procedura oggetto di controversia, il disciplinare di incarico di collaudo statico precisa, per quanto qui di interesse, che:

- il collaudo statico delle opere strutturali deve effettuarsi nel rispetto dei termini previsti dalle leggi e norme vigenti, in particolare secondo le prescrizioni della l. n. 1086 del 1971 e del d.p.r. n. 380 del 2001, le norme tecniche per le costruzioni in zona sismica;
- il collaudo riguarderà il complesso di verifiche e prove atte ad accertare sia sotto il profilo tecnico che statico, la rispondenza tra quanto previsto in progetto nonché nelle eventuali perizie di variante approvate, e quanto realizzato, e la buona esecuzione dei lavori.
- il collaudo comprende, oltre alle prestazioni tipicamente di natura intellettuale (come la redazione del certificato di collaudo statico, della relazione illustrativa delle opere oggetto di collaudo, dei verbali di visita con descrizione delle verifiche tecnico-funzionali eseguite), anche attività come l'«ispezione dell'opera nelle varie fasi costruttive degli elementi strutturali e dell'opera nel suo complesso, con particolare riguardo alle parti strutturali più importanti», nonché l'effettuazione, di concerto con la Direzione lavori, dei sopralluoghi ritenuti opportuni dal professionista, durante i quali verranno effettuate verifiche, prelievi di materiale e prove delle quali il professionista avrà cura di descrivere nel verbale ogni fase delle operazioni.

Da quanto sopra detto, si evince chiaramente che l'attività di collaudo, per quanto certamente si caratterizzi per la prevalente natura "intellettuale" delle prestazioni richieste, ricomprende, tuttavia, lo svolgimento di attività materiali ausiliarie e strumentali in vario modo necessarie o comunque potenzialmente utili per il corretto espletamento dell'incarico, le quali, comportando accesso al cantiere, possono essere fonte di potenziali rischi per la salute dello stesso professionista e/o dei suoi dipendenti e collaboratori, sì da giustificare il sostenimento di costi ed oneri per la sicurezza.

Il fatto che sia stato predisposto per le attività di cantiere un piano della sicurezza e coordinamento, non esclude la necessità di procedere anche per il

nuovo contratto di collaudo ad una valutazione dei costi ed oneri di sicurezza, salvo che il bando di gara in modo preciso, puntuale ed univoco, come più sopra detto, lo escluda.

Quindi, secondo il Collegio, l'interpretazione dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, conforme ai principi interni e comunitari, porta ritenere che in caso di appalto di servizi avente ad oggetto la sola attività di collaudo statico, la natura "mista" della stessa, nel senso sopra inteso, imponga il rispetto dell'obbligo di dichiarazione dei costi ed oneri di sicurezza.

D'altronde, sempre in conformità agli insegnamenti della Corte di Giustizia più sopra richiamati, poichè l'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 non reca una chiara previsione normativa sul punto, che, al contrario, necessita di un'articolata interpretazione come sopra sviluppata, tanto che non si registra, come detto, nella giurisprudenza interna una sufficiente univocità di orientamenti interpretativi sul punto, non è possibile far discendere, sotto questo specifico profilo, dalla suddetta previsione in via diretta e "imperativa" l'effetto di giustificare, a prescindere da quanto predisposto negli atti di gara, l'esclusione del concorrente che non adempie all'obbligo di indicazione.

E' necessario, quindi, esaminare le previsioni specifiche contenute negli atti di gara, per comprendere se, quantomeno in essi, sia ravvisabile una precisa, univoca e, quindi, adeguatamente accessibile, da parte dei soggetti partecipanti alla selezione, previsione di obbligo dei costi ed oneri della sicurezza in relazione all'attività di collaudo a pena di esclusione.

In primo luogo, va detto che, esaminando il disciplinare di gara, non è stabilita, in particolare con riguardo agli elementi contenutistici dell'offerta economica, un'espressa previsione di obbligatorietà a pena di esclusione dell'indicazione dei costi ed oneri della sicurezza, salva la generica previsione in forza della quale <<non saranno prese in considerazione offerte incomplete, parziali o che presentino osservazioni, restrizioni o riserve>>.

Più specificamente, il disciplinare di gara prevedeva che il concorrente dovesse predisporre la busta "Offerta economica" compilando gli appositi

campi e allegando l'offerta dettagliata utilizzando esclusivamente l'Allegato C - offerta economica (da caricare in formato .pdf); inoltre, il concorrente avrebbe dovuto, tra le altre cose: <<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, poi, era specificamente previsto il modulo per la dichiarazione contenente 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 _____)>>.

Risulta dagli atti che l'aggiudicatario non ha quantificato i costi ed oneri della sicurezza nella dichiarazione predetta in ordine ai propri costi aziendali, dichiarando un importo pari a "0,00".

D'altronde, il tenore della previsione sopra riportata non può dirsi sufficientemente chiaro ed univoco e tale da rendere adeguatamente edotto il partecipante alla selezione circa l'obbligo in ogni caso di indicare dei costi ed oneri per la sicurezza a pena di esclusione.

Infatti, teoricamente, accedendo alla tesi interpretativa restrittiva dell'art. 95, comma 10, sopra esposta, la previsione della *lex specialis* avrebbe dovuto imporre, senza alcuna possibilità di deroga, l'indicazione dei costi ed oneri in questioni, non potendo in ogni caso venire in gioco "prestazioni di natura intellettuale" nel senso, quindi, di "meramente intellettuale" tali cioè da giustificare un importo pari a "zero".

Al contrario, come detto, in modo a ben vedere contraddittorio e comunque certamente non chiaro ed univoco, la previsione del disciplinare di gara stabilisce che <<nel caso di forniture senza posa in opera e servizi di natura intellettuale il valore da indicare è pari a “zero”>>, in tal senso quindi, legittimando una ragionevole interpretazione da parte del soggetto concorrente nel senso che potesse essere valorizzata in termini positivi la “prevalenza” della natura intellettuale dell’attività oggetto di appalto, così poter indicare il valore “zero” ovvero ometterne l’indicazione (che di fatto corrisponde all’indicazione del valore “zero”).

A fronte, da un lato, dell’ambiguità della norma di riferimento (art. 95, comma 10) e della natura mista dell’attività di collaudo, ancorché prevalentemente intellettuale, quindi, la previsione del bando per poter giustificare una esclusione in caso di mancata indicazione degli oneri (o indicazione oneri “0”) avrebbe dovuto essere netta, chiara e precisa.

Poiché, come detto, la previsione del disciplinare di gara difetta dei suddetti presupposti, non è possibile affermare l’illegittimità della procedura e del conclusivo provvedimento di aggiudicazione in favore dell’odierno controinteressato.

Pertanto, il ricorso deve essere respinto.

Attesa la novità e particolarità della questione, nonché il contrasto giurisprudenziale sulle questioni di diritto trattate, le spese di lite devono essere integralmente compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

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

Compensa integralmente le spese di lite.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2020 con l’intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Alessio Falferi, Consigliere

Paolo Nasini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Paolo Nasini

IL PRESIDENTE

Alessandra Farina

IL SEGRETARIO