

## **I servizi infermieristici e riabilitativi non rientrano tra quelli di natura intellettuale, sicché i costi della manodopera devono essere sempre indicati. Ciò, anche in Provincia di Bolzano.**

di Gianluca Taddeo

Data di pubblicazione: 21-4-2018

1. La clausola della *lex specialis* che riproduca i contenuti dell'art. 95, co. 10 del D.Lgs. 50/2016, individuava un elemento essenziale dell'offerta che, in caso di difetto, non può essere emendata con il soccorso istruttorio, andando altrimenti a incidere inammissibilmente sulla *par condicio* dei concorrenti.

(1) *Conforme*: Consiglio di Stato, Sez. V, 12.3.2018 n. 1555.

2. L'applicazione dell'art. 22, comma 4, della L.P. n. 16/2016, nulla disponendo riguardo al contenuto dell'offerta in punto costo della manodopera, non esclude l'applicabilità anche in Provincia di Bolzano dell'art. 95, comma 10, del D.Lgs. 50/2016. Tanto più che la norma di chiusura di cui all'art. 105 dello Statuto speciale della Regione Trentino – Alto Adige (D.P.R. n. 670/1972), prevede che *“nelle materie attribuite alla competenza della regione o della provincia, fino a quando non sia diversamente disposto con leggi regionali o provinciali, si applicano le leggi dello Stato”*.

3. Il servizio infermieristico e riabilitativo non rientra tra quelli di natura intellettuale espressamente esclusi dall'obbligo d'indicare nell'offerta il costo della manodopera in quanto le prestazioni che lo caratterizzano sono connotate da significativo apporto di manodopera.

Infatti, acclarato che il codice degli appalti non contiene una definizione di servizi di natura intellettuale, sono da intendersi tali quelli che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali svolte in via eminentemente personale (ad esempio i servizi di brokeraggio assicurativo, quelli di consulenza, quelli di fornitura di software elettronico). Solo in ipotesi simili, infatti, l'elemento della manodopera è marginale.

4. E' inammissibile il motivo sollevato dalla Ricorrente che sia stata esclusa dalla gara con cui la stessa ha tentato di aggredire l'offerta della Controinteressata richiedendo conseguentemente l'annullamento dell'aggiudicazione.

Difatti, sulla scorta di un consolidato orientamento giurisprudenziale, deve ritenersi che il soggetto escluso dalla gara non è legittimato ad agire per l'esclusione di altri partecipanti alla procedura competitiva

(2) *Conformi*: Consiglio di Stato, Sez. III, 7.3.2018 n. 1461; nonché, Consiglio di Stato, Sez. III, 24.2.2015, n. 924, Consiglio di Stato, Ad. Plen., 7.4.2011, n. 4).

5. Ferma l'estraneità alla giurisdizione del Giudice Amministrativo della questione circa la debenza del contributo unificato, non vi è identità tra il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti laddove il motivo di gravame pur se già proposto con il ricorso introduttivo non investiva alcun atto con esso impugnato. In tal caso, infatti, si verifica un'inammissibile artificiale anticipazione della doglianza contro un provvedimento intervenuto successivamente alla proposizione del gravame introduttivo e aggredito con i motivi aggiunti. Dal che la portata sostanzialmente ampliativa di questi ultimi.

## Guida alla lettura

Nella fattispecie oggetto della sentenza in commento la Ricorrente ha impugnato il provvedimento assunto in autotutela con cui la Stazione Appaltante ha annullato l'aggiudicazione disposta in favore della stessa Ricorrente ritenendola viziata a causa della mancata indicazione nell'offerta dei **costi della manodopera**. Con i motivi aggiunti è stata impugnata altresì l'aggiudicazione dell'appalto disposta in seguito in favore della Controinteressata. Nello specifico la gara *de quo* aveva ad oggetto il **servizio infermieristico e riabilitativo** da svolgere presso alcune residenze per anziani.

La Ricorrente ha sostenuto infatti che l'omessa indicazione del costo della manodopera nell'offerta economica non potesse determinare la sua esclusione e, dunque, l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione disposta in suo favore. Ciò in quanto **(i)** a tenore dell'**art. 95, comma 10**, del **D.Lgs. n. 50/2016** e della *lex specis/ris*, correttamente interpretati, l'indicazione nell'offerta economica del costo della manodopera non sarebbe stata prescritta a pena d'esclusione ed in quanto **(ii)** l'art. 95, comma 10, non sarebbe stato applicabile nella fattispecie essendo la stessa soggetta invece alla diversa disciplina dell'**art. 22, comma 4**, della **L.P. n. 15/2016** che impone la dimostrazione del costo di cui trattasi all'esito dell'apertura dell'offerta e a carico del solo operatore risultato primo in graduatoria.

Il Collegio ha quindi ricostruito il quadro normativo con specifico riferimento anche al rapporto tra normativa provinciale e normativa nazionale.

Quanto all'esclusione disposta ai sensi dell'art. 95, comma 10 del Codice dei Contratti (che, a differenza della normativa previgente, prevede esplicitamente l'obbligo dell'operatore economico di indicare nell'offerta, oltre ai propri costi aziendali della sicurezza, anche i costi della manodopera) nonché della Legge di Gara che espressamente riproduceva la norma codicistica ribadendone la cogenza, il Collegio ha ritenuto di non poter ricondurre la fattispecie a nessuna delle tre specifiche ipotesi di esonero previste dalla norma.

Sicché, la clausola del disciplinare, anche con riferimento alle sue conseguenze espulsive, individuava a detta del T.R.G.A. un **elemento essenziale** e non ambiguo dell'offerta, che, in caso di difetto, non poteva essere emendata con il **soccorso istruttorio**, andando altrimenti a incidere inammissibilmente sulla **par condicio** dei concorrenti (cfr. **Cons. St., Sez. V, 12.3.2018 n. 1555**).

Né l'applicazione dell'art. 22, comma 4, della L.P. n. 16/2016, avrebbe condotto secondo i Giudici Bolzanini ad un diverso esito. Infatti tale norma, nulla disponendo riguardo al contenuto dell'offerta in punto costo della manodopera, non esclude l'**applicabilità** anche in **Provincia di Bolzano** dell'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici nazionale. Tanto più che la norma di chiusura di cui all'art. **105** dello **Statuto** speciale della Regione Trentino – Alto Adige, di cui al **D.P.R. n. 670/1972**, prevede che *“nelle materie attribuite alla competenza della regione o della provincia, fino a quando non sia diversamente disposto con leggi regionali o provinciali, si applicano le leggi dello Stato”*.

Il T.R.G.A. ha altresì statuito che il servizio dedotto in lite non poteva essere ricondotto tra quelli di **natura intellettuale** espressamente esclusi dall'obbligo d'indicare nell'offerta il costo della manodopera.

Infatti, acclarato che il codice degli appalti non contiene una definizione di servizi di natura intellettuale, il Collegio ha osservato che sono stati intesi tali quelli che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali svolte in via **eminentemente personale** (ad esempio i servizi di brokeraggio assicurativo, quelli di consulenza, quelli di fornitura di software elettronico). Solo in ipotesi simili, infatti, l'elemento della manodopera è **marginale**.

Diversamente, un servizio infermieristico e riabilitativo non è qualificabile come prettamente intellettuale in quanto le prestazioni che lo caratterizzano sono connotate dal significativo apporto della manodopera, seppure d'alta qualificazione.

Preme infine evidenziare che, sotto il profilo processuale, il T.R.G.A. ha poi ritenuto inammissibile il motivo sollevato dalla Ricorrente con i motivi aggiunti con cui la stessa ha tentato di aggredire l'offerta della Controinteressata richiedendo conseguentemente l'annullamento dell'aggiudicazione.

Difatti, sulla scorta di un consolidato orientamento giurisprudenziale, il Collegio ha ritenuto che il soggetto escluso dalla gara non è legittimato ad agire per l'esclusione di altri partecipanti alla procedura competitiva (Consiglio di Stato, Sez. III, 7.3.2018 n. 1461; nonché, Consiglio di Stato, Sez. III, 24.2.2015, n. 924, Consiglio di Stato, Ad. Plen., 7.4.2011, n. 4).

Sempre sotto il medesimo profilo processuale si segnala anche che la Ricorrente aveva chiesto un'espressa enunciazione da parte del T.R.G.A. circa il carattere meramente ripetitivo dei motivi aggiunti per il non ampliamento dell'oggetto della controversia onde confermare la non debenza di un nuovo contributo unificato. Il Collegio, ribadita l'estraneità alla giurisdizione del T.R.G.A. della questione circa la debenza del nominato adempimento fiscale, ha osservato che solo apparentemente vi era identità tra il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti. Era infatti evidente che il motivo escludente che la Ricorrente aveva opposto all'offerta della Controinteressata già con il ricorso introduttivo, non investiva alcun atto con esso impugnato, costituendo di fatto l'inammissibile artificiale anticipazione della doglianza rivolta contro l'aggiudicazione alla Controinteressata, intervenuta successivamente alla proposizione del gravame introduttivo e aggredita con i motivi aggiunti. Dal che la portata sostanzialmente ampliativa di questi ultimi.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa**

**Sezione Autonoma di Bolzano**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 30 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da Società Cooperativa Sociale Armonia, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Adami, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del dott. Marco Sivieri, in Bolzano, Corso Italia, n. 13/M;

***contro***

Azienda Servizi Sociali di Bolzano, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gherardo Bertoldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'Avvocatura aziendale, in Bolzano, via Roma, n. 100/A;

***nei confronti***

Seriana 2000 Soc. Coop. Sociale, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Domenico Battaglia, in Bolzano, Piazza Mazzini, n. 2;

***per l'annullamento***

***previa sospensione dell'efficacia***

quanto al ricorso introduttivo:

a) del Decreto del Direttore dell'ASSB - Azienda Servizi Sociali di Bolzano n. 2 del 4 gennaio 2018, avente ad oggetto "*Procedura aperta per l'affidamento del Servizio riabilitativo presso le residenze per anziani 'Villa Armonia', 'Villa Serena' e 'Santa Maria/Dependance Villa Serena' (Lotto 2 - CIG 71645494DE) - Annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva*", con il quale è stata annullata l'aggiudicazione in favore della ricorrente;

b) nonché di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o, comunque, connesso a quelli impugnati in via principale, ancorché sconosciuto;

quanto ai motivi aggiunti depositati il 7.3.2018:

c) del Decreto del Direttore dell'ASSB - Azienda Servizi Sociali di Bolzano n. 34 del 22.02.2018, avente ad oggetto: *“Procedura aperta per l'affidamento del Servizio riabilitativo presso le residenze per anziani Villa Armonia, Villa Serena e presso Santa Maria/Depandance Villa Serena (Lotto 2) per il periodo 01.03.2018 -28.02.2022: aggiudicazione del lotto 2 a Seriana 2000 Società Cooperativa Sociale di Cesenatico (FC) per un importo di Euro 739.132,12 (Iva esclusa). CIG: 71645494DE (Lotto 2)”*;

d) del Verbale di verifica della congruità del costo del personale, relativo alla seduta riservata del 22 febbraio 2018, nella quale il RUP, rilevato che *“dalla verifica svolta il costo indicato da Seriana2000 è risultato congruo, evidenziando l'esposizione di costi orari anche sovrabbondanti rispetto ai minimi tabellari previsti dal CCNL applicato”*, ha ritenuto *“che la documentazione prodotta risulti idonea a dimostrare la congruità del costo del personale. Si propone pertanto l'aggiudicazione della procedura di gara a favore di Seriana 2000 Soc. Coop. Sociale”*.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Servizi Sociali di Bolzano e di Seriana 2000 Soc. Coop. Sociale;

Viste le memorie difensive e di replica;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2018 la dott.ssa Alda Dellantonio e uditi per le parti i difensori M. Sivieri per la parte ricorrente, G. Bertoldi per l'Azienda Servizi Sociali di Bolzano e F. Sciuto, in sostituzione di M. Brugnoletti, per la controinteressata Seriana 2000;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Oggetto di gravame è il provvedimento assunto in autotutela con cui la stazione appaltante, ossia l'Azienda Servizi Sociali di Bolzano, ha annullato l'aggiudicazione disposta in favore dell'odierna ricorrente, ritenendola viziata a causa della mancata indicazione nell'offerta dei costi della manodopera. Con i motivi aggiunti è stata impugnata altresì l'aggiudicazione dell'appalto disposta in seguito in favore della controinteressata.

2. Si riassumono come segue i fatti di rilievo per la definizione della lite.

2.1. L'ASSB ha indetto una procedura aperta telematica, suddivisa in due lotti, per l'affidamento del servizio infermieristico e riabilitativo, da svolgere presso le residenze per anziani "Villa Armonia, "Villa Serena" e "Santa Maria".

Il secondo lotto, che interessa nel presente giudizio, riguarda il servizio abilitativo, con un importo a base d'asta di € 739.872,00.- al netto dell'IVA. La gara sarebbe stata da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, laddove al progetto tecnico erano riservati 80 punti e all'offerta economica 20.

2.2. Per quanto di rilievo nel caso all'esame, interessa evidenziare che il disciplinare di gara, a pag. 53, recava la seguente prescrizione: "*nell'allegato C1 ai sensi dell'art. 95, comma 10 d.lgs. 50/2016, a pena di esclusione devono essere riportati in modo esplicito nell'apposito spazio i costi per la sicurezza aziendali (A PENA DI ESCLUSIONE) ed i costi della manodopera riguardanti la gara in oggetto.*" (doc. 3 di ASSB). L'allegato C1 riserva, infatti, un apposito spazio in cui inserire il costo della manodopera, in relazione al quale non è tuttavia precisato, diversamente che per i costi di sicurezza aziendali, che la sua mancata indicazione avrebbe comportato l'esclusione dell'offerta (doc. 3 della controinteressata).

2.3. Per il lotto in questione sono state presentate due sole offerte, quella dell'odierna ricorrente e quella della controinteressata, ammesse entrambe alla fase di valutazione dell'offerta.

2.4. All'esito della valutazione dell'offerta tecnica la ricorrente ha ottenuto 80 punti e la controinteressata 77,53 (doc. 4 della controinteressata). All'apertura dell'offerta economica Armonia ha conseguito ulteriori 20 punti collocandosi, con 100 punti, all'apice della graduatoria davanti a Seriana, con 97,44 punti (doc. 5 della controinteressata).

2.5. Il RUP ha quindi invitato la prima in graduatoria a compilare la tabella dei costi della manodopera di cui all'allegato C1, i quali non erano stati indicati al momento della presentazione dell'offerta, e ha proceduto poi alla verifica di congruità ai sensi dell'art. 22, comma 4, della 16/2015, nell'ambito della quale ha chiesto diversi chiarimenti (doc. 8 della ricorrente).

2.6. Al positivo esito di detta verifica Armonia si è definitivamente aggiudicata il servizio riabilitativo di cui al secondo lotto della gara d'appalto, disposto con determinazione n. 394 del 21.11.2017.

2.7. Accortasi che nell'allegato C1 non erano stati indicati, all'atto della presentazione dell'offerta i costi della manodopera, Seriana ha interposto ricorso giurisdizionale chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione ad Armonia per violazione dell'art. 95 comma 10, del D.lgs. n. 50/2016, espressamente richiamato dalla *lex specialis* di gara (doc. 1 della ricorrente).

2.8. La stazione appaltante, convinta della fondatezza della censura, con il provvedimento oggetto della presente impugnativa ha annullato in autotutela l'aggiudicazione disposta in favore di Armonia, che ha reagito con il ricorso all'esame, notificato via pec l'1.2.2018 alla

stazione appaltante e alla controinteressata, chiedendo l'annullamento del provvedimento di autotutela, previa sospensione cautelare della sua efficacia, e, in via alternativa e subordinata, la condanna dell'Amministrazione intimata a risarcirle il danno per equivalente.

3. La ricorrente sostiene l'illegittimità del provvedimento impugnato sulla scorta di due motivi di gravame, il primo dei quali inteso a dimostrare che a tenore dell'art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016 e della *lex specisilis* di gara, correttamente interpretati, l'indicazione nell'offerta economica del costo della manodopera non sarebbe stata prescritta a pena d'esclusione; il secondo volto a sostenere l'inapplicabilità dell'art. 95, comma 10, cit., al caso che occupa, soggetto, alla diversa disciplina dell'art. 22, comma 4, della L.P. n. 15/2016, che impone la dimostrazione del costo di cui trattasi all'esito dell'apertura dell'offerta e a carico del solo operatore risultato primo in graduatoria.

In subordine la ricorrente prospetta un motivo, il terzo, che mira a conseguire l'esclusione di Seriana per incongruità dell'offerta al fine di ottenere il travolgimento dell'intera procedura concorsuale e la ripetizione della stessa.

4. Si sono costituite sia la stazione appaltante che la controinteressata, la prima prospettando unicamente difese nel merito delle questioni sollevate dalla ricorrente, la seconda prospettando in *limine litis* l'inammissibilità del gravame per asserita inesistenza della notifica a ASSB. Entrambe hanno concluso per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare incidentalmente proposta, quest'ultima respinta con ordinanza n. 18/2018 di questo Tribunale per difetto di apprezzabile *fumus boni iuris*; di identico esito l'appello cautelare.

5. Nel frattempo la stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto in favore della controinteressata, dopo avere eseguito la verifica di congruità del costo della manodopera da essa indicato.

6. Con motivi aggiunti notificati il 7.3.2018 l'odierna ricorrente è insorta anche contro quest'ultimo provvedimento di aggiudicazione, prospettandone l'illegittimità derivata da quella del provvedimento aggredito con il ricorso introduttivo, di cui ha riprodotto i motivi di gravame. Ha inoltre riproposto il motivo escludente già fatto valere con il ricorso introduttivo nei confronti dell'offerta di Seriana e ha infine formulato motivata istanza, affinché questo Tribunale, valuti, ai fini della debenza del contributo unificato, se i proposti motivi aggiunti comportino o meno l'ampliamento dell'oggetto della controversia.

7. In vista dell'udienza fissata per la discussione del merito del ricorso le parti hanno precisato le proprie difese prendendo compiutamente posizione su quelle avversarie.

8. La causa, chiamata all'udienza pubblica del 4.4.2018, è stata infine introitata per essere decisa.

9. L'infondatezza del ricorso consente al Collegio di prescindere dalla compiuta trattazione dell'eccezione d'inammissibilità del medesimo, proposta dalla controinteressata sul rilevato vizio della sua notifica all'Amministrazione, avvenuta, contrariamente a quanto prescrive il combinato disposto dell'art. 14 del D.P.C.M. n. 40 del 16.2.2016 e dell'art. 16, comma 12, del

D.L. 18.10.2012, n. 179, presso un indirizzo pec non contenuto nel registro tenuto dal Ministero della Giustizia (cd. REginDE). L'eccezione è peraltro infondata, considerato che la notifica, avvenuta presso un indirizzo pec dell'Amministrazione non contenuto nel menzionato registro, ha comunque conseguito lo scopo suo proprio di portare l'Amministrazione a effettiva conoscenza dell'atto, che risulta essere stato da essa acquisito, consentendole la tempestiva costituzione in giudizio senza pregiudizio nelle proprie difese, con conseguente effetto sanante ai sensi dell'art. 156 c.p.c.

La giurisprudenza citata dalla controinteressata a preteso sostegno della tesi dell'inammissibilità del ricorso riguarda, infatti, casi – diversi dal presente - in cui alla notifica del gravame presso un indirizzo pec non contenuto nel REginDE non è conseguita, con effetto sanante, la costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata, con conseguente inammissibilità dell'impugnativa.

10. Passando allo scrutinio delle censure formulate nei primi due motivi d'impugnazione che investono l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione disposta in un primo momento a favore dell'odierna ricorrente, ritiene il Collegio di poterle trattare congiuntamente, posto che attengono a profili diversi dell'unica questione sottoposta a vaglio giurisdizionale, ossia se la mancata indicazione del costo della manodopera nell'offerta economica di Armonia valesse a determinarne l'esclusione dalla procedura competitiva.

Va invece trattato a parte il motivo escludente formulato avverso l'offerta della controinteressata, divenuta aggiudicataria nelle more del giudizio.

11. Venendo, dunque, all'esame delle doglianze afferenti all'impugnato provvedimento di autotutela, nel negare che l'omessa indicazione del costo della manodopera nell'offerta economica potesse determinare la sua esclusione e, dunque, l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione disposta in suo favore, la ricorrente struttura il proprio palco argomentativo sui seguenti snodi.

11.1. Il servizio appaltato, essendo riconducibile all'ambito delle professioni sanitarie, avrebbe natura intellettuale, non soggetto, per previsione normativa, all'indicazione di tali costi. L'adempimento non sarebbe del resto richiesto a pena d'esclusione nemmeno dal disciplinare di gara che sul punto, a pagina 53, recherebbe una formulazione quantomeno equivoca, non essendo chiaro se l'esclusione ivi prevista attenga alla sola omessa indicazione dei costi di sicurezza aziendali, oppure anche alla mancata esplicitazione del costo della manodopera. L'allegato C1 dell'offerta economica, nel quale erano da inserire i costi di sicurezza aziendali e il costo della manodopera, evidenziando la sanzione escludente solo per i primi, deporrebbe a sua volta per l'interpretazione della *lex specialis* nel senso che l'omessa indicazione del secondo non avrebbe comportato l'esclusione dell'offerente. La mancata indicazione rappresenterebbe comunque una carenza solo formale, al ricorrere della quale corretto sarebbe il soccorso istruttorio che ha consentito alla ricorrente di fornire il dato in sede di verifica di congruità della voce di costo di cui si tratta, verifica, peraltro conclusasi in suo favore, a riprova della correttezza sostanziale dell'offerta. L'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016 nemmeno sarebbe applicabile al caso che ne occupa dovendosi la stazione appaltante attenere alla sola normativa della Provincia Autonoma di Bolzano, dotata di potestà legislativa

primaria in materia di appalti pubblici, e in particolare all'art. 22, comma 4, della L.P. n. 16/2015, secondo cui solo a seguito dell'apertura delle offerte l'operatore economico risultato primo è tenuto a dimostrare l'entità del costo del personale, definito con riguardo al contratto collettivo nazionale e al contratto territoriale in vigore per il settore e la zona in cui si esegue la prestazione di lavoro. La citata norma provinciale, a differenza di quella nazionale, di cui ASSB avrebbe fatto illegittima applicazione, sarebbe in sintonia con la direttiva europea che non prevede la mancata indicazione dei costi della manodopera prima dell'apertura dell'offerta quale causa di esclusione. Il servizio oggetto dell'appalto sarebbe poi comunque sotto soglia comunitaria e dunque anche per tale ragione non soggetto all'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016.

La stazione appaltante non avrebbe di conseguenza potuto corredare l'obbligo dell'indicazione del costo della manodopera con la sanzione dell'esclusione stante il divieto di introdurre cause di esclusione non previste. La clausola sarebbe perciò nulla.

11.2. L'articolata difesa profusa dalla ricorrente non convince il Collegio.

11.3. L'art. 95, comma 10, del codice dei contratti, recante "*criteri di aggiudicazione dell'appalto*", come modificato con l'art. 60, comma 1, lett. d) del D.Lgs. 19.4.2017, n. 56 (decreto correttivo), a differenza della normativa previgente, prevede esplicitamente l'obbligo dell'operatore economico di indicare nell'offerta, oltre ai propri costi aziendali della sicurezza, anche i costi della manodopera, salvo che in tre specifiche ipotesi, in cui detto adempimento non è richiesto, delle quali si dirà in appresso, avendo la ricorrente invocato, quale ragione primaria d'illegittimità del provvedimento impugnato, proprio la sussistenza, negata dalla stazione appaltante, di una di dette ipotesi di esonero. La disposizione richiamata precisa poi che "*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)*", ossia il rispetto dei minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16.

11.4. In esecuzione di detta norma esplicitamente richiamata, la *lex specialis* di gara, alla pag. 53 del disciplinare, faceva obbligo all'impresa concorrente di indicare a pena d'esclusione, i costi della sicurezza aziendali e quelli della manodopera. L'allegato C1 dell'offerta economica, a sua volta, prevedeva un apposito spazio per l'inserimento dei predetti costi.

11.5. Il fatto che i menzionati documenti di gara rafforzassero, con la ripetizione del monito dell'esclusione, il solo obbligo d'indicare i costi di sicurezza aziendali, non vale a scalfire la chiarezza e la piana intelligibilità della clausola, riportata in grassetto a pag. 53 del disciplinare di gara, che riferiva il medesimo adempimento anche al costo della manodopera, con l'indubbio intento di richiamare l'attenzione dell'operatore concorrente all'adempimento di un obbligo di legge puntualmente individuato con specifico richiamo all'articolo di che lo prevede. Al più il raddoppiamento dell'avviso dell'esclusione per il solo inadempimento dell'obbligo d'indicare i costi di sicurezza aziendali avrebbe potuto costituire oggetto d'interlocuzione del singolo concorrente con la stazione appaltante in un momento anteriore alla presentazione dell'offerta, ma non poteva certo giustificare una lettura della clausola in questione nel senso che la mancata indicazione del costo della manodopera nell'offerta non fosse anch'essa colpita dall'esclusione, a ciò opponendosi il dato testuale della clausola

all'esame e il carattere evidentemente cogente della norma impositiva dell'obbligo di indicare anche i costi della manodopera, puntualmente richiamata.

11.6. La clausola in questione, chiaramente ripetitiva della norma di legge in essa richiamata e permeata dall'intento della stazione appaltante di ricordare alle imprese concorrenti la cogente applicazione dell'art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016 anche con riferimento alle sue conseguenze espulsive, individua dunque un elemento essenziale e non ambiguo dell'offerta, che, in caso di difetto, non poteva essere emendata con il soccorso istruttorio, andando altrimenti a incidere inammissibilmente sulla par condicio dei concorrenti (in questo senso da ultimo C.d.S., sentenza n. 1555/2018).

11.7. Non pare nemmeno condivisibile la tesi della ricorrente per cui la stazione appaltante avrebbe fatto illegittimo impiego dell'art. 95, comma 10, cit., essendo tenuta ad applicare invece il diverso art. 22, comma 4, della L.P. n. 16/2015, nel cui ambito applicativo rientrano tutti gli appalti d'interesse provinciale. Detta norma, limitandosi a richiedere la dimostrazione del costo per la manodopera al momento della verifica della congruità dell'offerta risultata prima in graduatoria, non consentirebbe l'esclusione dell'operatore economico che sia incorso nel difetto d'indicazione del costo in questione all'atto della presentazione dell'offerta.

11.8. A confutazione della tesi è sufficiente rilevare come il richiamato art. 22, comma 4, della L.P. n. 16/2016, intitolato "*Lotta alla corruzione, prevenzione dei conflitti di interesse e clausole sociali*", disponesse, nel suo testo originario, che "*negli appalti di servizi l'operatore economico deve indicare nell'offerta l'entità del costo del personale, tenuto conto dei contratti collettivi nazionali e dei contratti collettivi territoriali*"; come successivamente, con l'art. 8, comma 1, della L.P. 27.1.2017 n. 1, entrata in vigore il 1.2.2017, il testo della disposizione sia stato modificato nel senso che "*negli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera l'operatore economico risultato primo in graduatoria a seguito dell'apertura delle offerte economiche è tenuto a dimostrare con riguardo all'esecuzione della commessa, l'entità del costo del personale definito con riguardo al contratto collettivo nazionale ed al contratto territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro*" e che "*il responsabile unico del procedimento verifica la congruità del costo del personale indicato dall'operatore economico ai fini della proposta di aggiudicazione, e ne verifica il rispetto in fase di esecuzione*"; come detta disposizione sia tuttavia antecedente al D.Lgs 19.4.2017 n. 56, che ha modificato l'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici, relativo ai criteri di aggiudicazione, prevedendo l'indicazione del costo della manodopera quale elemento essenziale dell'offerta economica, e soprattutto non ne contraddica il tenore normativo, essendo, anzi, ad esso funzionale; come, infatti, la dimostrazione del costo della manodopera che l'art. 22, comma 4, della L.P. n. 15/2016 impone all'operatore economico risultato primo in graduatoria - peraltro nel solo caso "*degli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera*" - sia finalizzata alla verifica della congruità del costo del personale da parte del RUP, analogamente a quanto prevede l'ultimo periodo del comma 10 dell'art. 95 del codice dei contratti pubblici per tutti gli appalti.

Sulla scorta dei premessi rilievi non può sostenersi, ad avviso del Collegio, che l'art. 22, comma 4, della legge provinciale citata, riferito alla fase di verifica della congruità del costo

della manodopera nei soli appalti di servizi, valga ad escludere, sul mero rilievo della sussistenza della potestà legislativa primaria della Provincia di Bolzano in materia di contratti pubblici, l'applicabilità dell'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici anche agli appalti d'interesse provinciale, posto che, nulla disponendo la suddetta disciplina provinciale riguardo al contenuto dell'offerta in punto costo della manodopera, trova applicazione la norma di chiusura di cui all'art. 105 dello Statuto speciale della Regione Trentino – Alto Adige, di cui al D.P.R. n. 670/1972, secondo il quale *“nelle materie attribuite alla competenza della regione o della provincia, fino a quando non sia diversamente disposto con leggi regionali o provinciali, si applicano le leggi dello Stato”*.

Non si pone quindi un problema di conflitto tra la disposizione nazionale e quella provinciale, da risolversi, come prospetta la ricorrente, in ragione del carattere primario della potestà legislativa attribuita alla Provincia nella materia dei contratti pubblici, né, specularmente, si prospetta la questione, sfiorata dalla controinteressata, della illegittimità costituzionale sopravvenuta della disposizione provinciale all'esame, perché invasiva della competenza esclusiva riservata al legislatore statale in materia di concorrenza, alla quale sarebbero attratte le disposizioni che, come quella in esame, disciplinano la fase della gara.

11.9. Quanto alla presunta inapplicabilità dell'art. 95, comma 10, cit. alla procedura che ne occupa, avendo essa ad oggetto un servizio sociale inferiore alla soglia comunitaria, coglie nel segno la difesa della controinteressata che, in applicazione dell'art. 35 del D.lgs. 50/16, somma al valore del secondo lotto dell'appalto, sul quale verte il giudizio, quello del primo lotto, raggiungendo così il valore di oltre quattro milioni, certamente al di sopra della soglia comunitaria, con conseguente applicazione alla procedura riferita a ogni singolo lotto delle disposizioni applicabili alle procedure sopra soglia, tra cui l'art. 95 cit..

11.10. Non coglie nel segno nemmeno la pretesa della ricorrente di ricondurre il servizio dedotto in lite a quelli di natura intellettuale, espressamente esclusi, a mente dell'art. 95, comma 1, del codice dei contratti, dall'obbligo d'indicare nell'offerta il costo della manodopera.

La premessa maggiore del sillogismo da cui muove la ricorrente per giungere a configurare il servizio di riabilitazione, oggetto della gara d'appalto che ne occupa, come di natura intellettuale, è che esso richiede l'impiego di fisioterapisti; la premessa minore consiste nell'osservazione che la figura del fisioterapista rientra nell'ambito delle professioni sanitarie, per le quali è prevista l'istituzione di un albo. Di qui la conclusione che si sarebbe in presenza di un servizio di natura intellettuale.

Acclarato che il codice degli appalti non contiene una definizione di servizi di natura intellettuale, in presenza dei quali, secondo la giurisprudenza citata anche dalla ricorrente, si prescinde dalla sanzione espulsiva in difetto dell'indicazione nell'offerta dei costi della sicurezza, dovendosi valutare in concreto la congruità dell'offerta medesima, osserva il Collegio che sono stati intesi tali, quelli che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, come ad esempio i servizi di brokeraggio assicurativo, quelli di consulenza, quelli di fornitura di software elettronico.

Ben se ne comprende la logica. Solo in ipotesi simili, infatti, l'elemento della manodopera è marginale.

Ebbene, avuto riguardo alla descrizione dettagliata delle procedure di erogazione del servizio relative al secondo lotto della gara (pag. 47 e segg. del disciplinare), non pare al Collegio che esso possa essere ricondotto tra quelli individuati dalla giurisprudenza come aventi natura intellettuale, dove l'apporto della manodopera è marginale o comunque scarsamente riconoscibile, atteso che è richiesta all'operatore partecipante alla procedura l'organizzazione e la gestione, con l'impiego di figure professionali qualificate, di tutti gli aspetti inerenti il servizio riabilitativo da erogare in coordinamento con la complessità e le esigenze organizzative delle strutture residenziali e secondo le direttive impartite dalla direzione medico sanitaria. Le caratteristiche del servizio oggetto della procedura di affidamento paiono dunque connotate dal significativo apporto della manodopera, seppure d'alta qualificazione, organizzata dall'operatore economico per l'erogazione delle prestazioni richieste, sicché è da escludersi, ad avviso del Collegio, la natura intellettuale del servizio, nell'accezione che se ne è data ai fini dell'esclusione dell'appalto dall'applicazione dall'art. 95, comma 10, D.Lgs. n. 50/2016.

12. Le considerazioni svolte, assorbite ogni altra questione non espressamente trattata, portano a concludere come l'impugnato provvedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione originariamente disposta favore della ricorrente resista alle doglianze mosse, con conseguente infondatezza del gravame.

13. Resta da valutare il motivo escludente con cui la ricorrente ha aggredito l'offerta della controinteressata ritenendola inaffidabile poiché, a suo dire, palesemente incongrua, chiedendo, con i motivi aggiunti, l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in seconda battuta a favore della controinteressata.

13.1. È fondata al riguardo l'eccezione d'inammissibilità del motivo per carenza di legittimazione, formulata dalla controinteressata.

13.2. Ancora di recente il Consiglio di Stato, sezione terza, con la sentenza n. 1461/2018, ha ricordato che il soggetto escluso dalla gara non è legittimato ad agire per l'esclusione di altri partecipanti alla procedura competitiva: *"Sul punto è sufficiente richiamare l'orientamento di questo Consiglio secondo cui – in coerenza con l'insegnamento dell'A.P. n. 9/2014 - << la mera partecipazione (di fatto) alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso; la situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo, infatti, deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva; pertanto, la definitiva esclusione o l'accertamento retroattivo della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva >>(nello stesso senso anche Cons. Stato, sez. III, n. 924/2015, peraltro richiamata in motivazione dal primo giudice ed ancor prima A.P. n. 4/2011)."*

13.3. Pertanto è da ritenersi che alla legittimità dell'annullamento in autotutela

dell'aggiudicazione originariamente disposta in favore della ricorrente, in presenza di una causa di esclusione dell'offerta a quest'ultima imputabile, perché priva d'indicazione del costo della manodopera ai sensi dell'art. 95, comma 10, del codice dei contratti, consegue il difetto di legittimazione ad agire avverso l'aggiudicazione in favore della controinteressata.

14. Da ultimo, con riguardo alla richiesta della ricorrente volta a ottenere l'espressa enunciazione, da parte di questo Giudice, del carattere meramente ripetitivo dei motivi aggiunti che pertanto, ai fini della corresponsione del contributo unificato, non avrebbero determinato alcun considerevole ampliamento dell'oggetto della controversia, ribadita l'estraneità alla giurisdizione di questo Tribunale della questione circa la debenza del nominato adempimento fiscale, osserva il Collegio che solo apparentemente vi è identità tra il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti. Deve, infatti, rendersi evidente che il motivo escludente che la ricorrente ha opposto all'offerta della controinteressata già con il ricorso introduttivo, non investiva alcun atto con esso impugnato, costituendo di fatto l'inammissibile artificiale anticipazione della doglianza rivolta contro l'aggiudicazione a Seriana 2000, intervenuta successivamente alla proposizione del gravame introduttivo e aggredita con i motivi aggiunti.

Deve perciò ritenersi la portata sostanzialmente ampliativa di questi ultimi che hanno introdotto nell'oggetto del giudizio profili di censura a corredo di una domanda nuova estranea al provvedimento investito dal ricorso introduttivo.

15. In conclusione il ricorso è infondato come lo sono i motivi aggiunti che vi hanno fatto seguito. Le spese, liquidate nel dispositivo a seguire, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano, definitivamente pronunciando sul ricorso e i motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li rigetta entrambi.

Condanna la ricorrente a rifondere all'Amministrazione resistente e alla controinteressata le spese di lite che liquida, a favore di ciascuna, in € 3.000,00.- oltre agli accessori di legge.

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