

I servizi di natura intellettuale e deroghe all'applicazione dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016.

di Raffaella Alessia Miccoli

Data di pubblicazione: 19-6-2024

La giurisprudenza ha chiarito che “in coerenza alla ratio dell’art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici ciò che differenzia la natura intellettuale di un’attività è l’impossibilità di una sua standardizzazione e, dunque, l’impossibilità di calcolarne il costo orario”; non può, pertanto, che “ricomprendere anche e soprattutto attività prettamente manuali” o che “non richiedono un patrimonio di cognizioni specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate”.

I servizi di natura intellettuale sono, dunque, quelli che, da un lato, richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, costituenti ideazione di soluzioni o elaborazione di pareri, prevalenti nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all’organizzazione di mezzi e risorse (a prescindere dal luogo in cui tali prestazioni devono essere svolte), dall’altro non si sostanziano nella esecuzione di attività ripetitive e di meri compiti standardizzati, che non richiedono cioè l’elaborazione di soluzioni personalizzate.

[...]

È irrilevante che la lex specialis della procedura non contenesse uno specifico richiamo all’obbligo di indicare i costi del personale e quelli della sicurezza nell’offerta economica (con la conseguente sanzione espulsiva), ovvero che non desse alcuna evidenza delle relative modalità di assolvimento.

È stato, infatti, chiarito dalla giurisprudenza, con orientamento consolidato che il Collegio intende qui confermare, che l’omessa indicazione, in tal senso, nel corpo della lex specialis appare priva di rilievo affidante, in ragione dell’attitudine eterointegrativa della prescrizione normativa del Codice, che deve senz’altro postularsi ben nota ad ogni serio ed informato operatore economico.

La giurisprudenza di questo Consiglio, nel pronunciarsi a favore dell’indirizzo più rigoroso, comportante l’insanabilità dell’omissione dichiarativa in parola, ha affermato che “la pertinente normativa nazionale debba necessariamente essere interpretata nel senso di comportare l’esclusione del concorrente che non abbia ottemperato all’obbligo legale di indicare separatamente i costi della manodopera e della sicurezza dei lavoratori, senza che possa essere invocato il beneficio del c.d. soccorso istruttorio”.

Non è, pertanto, sostenibile che l’esclusione possa operare solo se espressamente richiamata dal bando o dal capitolato e non anche direttamente in base a previsioni di legge sufficientemente chiare e conoscibili, come l’art. 95, comma 10, citato che impone ad ogni

operatore economico, con formula inequivoca, di indicare nell’offerta economica “i propri costi della manodopera” e “gli oneri aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”(con l’espressa eccezione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell’art. 36, comma 2, lett. a)).

[...]

A tale regola generale fa eccezione la presenza di clausole e di modelli che non consentano ai concorrenti di indicare espressamente tali costi nell’ambito della propria offerta economica. Si tratta delle ipotesi in cui la legge di gara contenga disposizioni fortemente ambigue o fuorvianti, tali da ingenerare “confusione” nel concorrente, nonché di modelli predisposti dalla stazione appaltante in modo tale da rendere materialmente impossibile (es. assenza di “spazio fisico” nella domanda di partecipazione e nel relativo schema di offerta; divieto, pena l’esclusione, di recare integrazioni di sorta al modello predisposto dalla Stazione appaltante cui i concorrenti siano vincolati nella formulazione dell’offerta) il loro effettivo inserimento.

A tutela del legittimo affidamento, dunque, in siffatte ipotesi deve essere consentita una sanatoria o meglio rettifica postuma del dato mediante soccorso istruttorio oppure giustificativi in sede di giudizio di anomalia.

N. 04502/2024REG.PROV.COLL.

N. 07899/2023 REG.RIC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7899 del 2023, proposto da Gruppo Distribuzione s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9403013BCA, rappresentata e difesa dagli avvocati Piergiuseppe Venturella e Francesco Verrastro, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Piergiuseppe Venturella in Roma, via Principessa Clotilde 7;

contro

Consap s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Pierluigi Piselli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Concerto S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Togna, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Federico Cesi 21;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 12797/2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consap s.p.a. e di Concerto S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2024 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Venturella, Verrastro, Lanzaro su delega di Piselli e Togna;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso al T.a.r. del Lazio la società Gruppo Distribuzione s.p.a., che aveva partecipato, collocandosi al primo posto della graduatoria provvisoria redatta dopo l'esame delle offerte, alla procedura di gara indetta, con determina del 19 settembre 2022, da Consap s.p.a. per l'affidamento del servizio di "contact center di assistenza al cittadino in materia di fondi di solidarietà, di fondi di garanzia e altri servizi istituzionali" dell'importo a base d'asta di € 3.956.384,00, soggetto a ribasso, oltre € 1.850,00 per gli "oneri per la sicurezza da interferenze non soggetti a ribasso", ha impugnato unitamente alla *lex specialis* di gara l'esclusione disposta nei suoi confronti per mancata espressa indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera e degli oneri della sicurezza correlati all'appalto.

2. La ricorrente ha censurato la violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 10 e dell'art. 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016, dei principi di trasparenza, di parità di trattamento e non discriminazione tra i concorrenti, nonché l'eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità manifesta, difetto di istruttoria e di motivazione, carenza dei presupposti.

2.1. In particolare, la ricorrente ha contestato la legittimità dell'esclusione deducendo:

- la possibile natura intellettuale dei servizi oggetto di gara, per i quali secondo la normativa vigente non sussiste l'obbligo dichiarativo in questione;
- la mancata espressa prescrizione nella lex specialis dell'obbligo di separata indicazione dei costi della manodopera e della sicurezza;
- la natura fuorviante della modulistica (digitale su piattaforma telematica) apprestata dalla stazione appaltante per la formulazione dell'offerta che aveva di fatto impedito a quattro operatori economici sui cinque partecipanti alla procedura l'indicazione dell'ammontare del costo della manodopera e degli oneri della sicurezza.

2.1. Ad avviso della ricorrente, data anche l'ambiguità sul punto della documentazione di gara complessivamente considerata (come dimostrato dal fatto che tutti i concorrenti – ad eccezione della seconda classificata Concerto s.r.l. - erano incorsi nella medesima omissione), era dunque censurabile la scelta della Stazione appaltante di procedere con l'esclusione senza previamente attivare alcuna richiesta di integrazione che avrebbe consentito l'esplicitazione del dato non enunciato separatamente, ma comunque desumibile dall'offerta, presentata dalla concorrente secondo le previsioni di gara.

3. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo ha respinto il ricorso, ritenendolo infondato.

3.1. In particolare, il T.a.r. ha rilevato che:

- il servizio oggetto di affidamento non ha natura intellettuale, trattandosi di un servizio operativo;
- il disciplinare di gara non escludeva la separata indicazione, limitandosi a non indicare nulla al proposito; in ogni caso, tale silenzio della lex specialis non consentiva di ritenere insussistente l'obbligo di legge;
- l'esenzione della separata indicazione e l'ammissibilità del soccorso istruttorio sono limitate all'ipotesi di una legge di gara assolutamente fuorviante e della materiale impossibilità di separata indicazione, circostanze qui non ricorrenti; anche la modulistica poteva essere difatti integrata a mano; pertanto, nulla impediva al ricorrente di adempiere all'obbligo di legge.

4. Di tale sentenza la società Gruppo Distribuzione domanda la riforma con il presente appello, affidato a un unico articolato motivo di gravame così rubricato: "Error in iudicando per violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 10 e dell'art. 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016 – Omessa considerazione e valutazione del dato statistico (esclusione di 4 su 5 partecipanti alla gara) quale indice sintomatico e dimostrativo dell'erroneità della modulistica digitale e dell'illegittimità del provvedimento escludente impugnato – Violazione dei principi di trasparenza, di proporzionalità, di parità di trattamento e di non discriminazione, di favor participationis alle procedure di evidenza pubblica nonché sotto il profilo dell'eccesso di

potere per irragionevolezza e illogicità manifesta, difetto di istruttoria, carenza dei presupposti, difetto di motivazione degli atti impugnati in primo grado.”.

4.1. Resistono all'appello, domandandone il rigetto, la stazione appaltante Consap s.p.a. e la controinteressata Concerto s.r.l.

DIRITTO

5. Va preliminarmente scrutinata l'eccezione di inammissibilità dell'appello che non conterrebbe puntuali critiche alla sentenza impugnata in violazione del disposto di cui all'art. 101, comma 1, Cod. proc. amm..

5.1. L'eccezione è infondata in fatto, come emerge, incontrovertibilmente, dalla lettura dell'atto d'appello.

6. Nel merito l'appello è fondato nei limiti appresso indicati, alla stregua delle seguenti considerazioni.

7. Come esposto in fatto, la società Gruppo Distribuzione è stata esclusa dalla gara perché non ha indicato, né in offerta economica, né in separato documento, la quantificazione dei costi per la manodopera e quelli per la sicurezza (oneri di tipo non interferenziale), in violazione di quanto stabilito dall'art.95, co.10 D.Lgs.n.50/2016 (che obbliga a tale incombenza con la sola esclusione, quanto ai servizi, per quelli di natura intellettuale).

8. La società appellante, premesso di aver redatto l'offerta economica conformemente alle indicazioni del disciplinare, tenendo conto nella sua formulazione dei costi della manodopera nonché degli obblighi connessi alle disposizioni in materia di sicurezza e protezione dei lavoratori, impegnandosi all'osservanza delle normative vigenti, ripropone in questa sede i tre profili di doglianza disattesi dalla sentenza.

8.1. In particolare, lamenta che il primo giudice, sulla base di una interpretazione, in tesi eccessivamente rigorosa e formalistica dell'art. 95, comma 10 del d. lgs. n. 50/2016, abbia negato l'accesso al soccorso istruttorio, pur essendo dubbia la qualificazione sulla base degli atti di gara della natura dei servizi oggetto di appalto e pur risultando che, nel caso di specie, né la legge di gara né il modulo predisposto dalla stazione appaltante (in pdf. non editabile) prevedessero alcunché in ordine alla necessità e/o alla possibilità di indicazione separata in offerta degli oneri di sicurezza cd. "interni" e del costo della manodopera.

9. I primi due argomenti spesi dall'appellante – la natura intellettuale del servizio e l'omessa previsione della legge di gara – non sono condivisibili.

9.1. Quanto al primo profilo, la giurisprudenza che si è occupata della questione ha già escluso la natura intellettuale di servizi consimili a quelli oggetto della presente procedura di gara (si veda Cons. Stato, V, 28 luglio 2020, n. 4806 e giurisprudenza ivi richiamata).

9.1. In linea generale, in assenza di una specifica definizione nell'ambito del Codice dei

contratti pubblici di servizi di natura intellettuale (sottratti ex lege dall'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 all'obbligo di separata indicazione dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza), giova infatti rammentare che la giurisprudenza ha chiarito che "in coerenza alla ratio dell'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici ciò che differenzia la natura intellettuale di un'attività è l'impossibilità di una sua standardizzazione e, dunque, l'impossibilità di calcolarne il costo orario"; non può, pertanto, essere qualificato come appalto di servizi di natura intellettuale quello che "ricomprende anche e soprattutto attività prettamente manuali" o che "non richiedono un patrimonio di cognizioni specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate".

9.1.1. I servizi di natura intellettuale sono, dunque, quelli che, da un lato, richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, costituenti ideazione di soluzioni o elaborazione di pareri, prevalenti nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse (a prescindere dal luogo in cui tali prestazioni devono essere svolte), dall'altro non si sostanziano nella esecuzione di attività ripetitive e di meri compiti standardizzati, che non richiedono cioè l'elaborazione di soluzioni personalizzate per ciascun utente del servizio.

9.1.2. Tali certamente non sono, alla luce delle rammentate coordinate interpretative, i servizi oggetto dell'appalto per cui è causa.

9.1.3. Correttamente la sentenza appellata ha rilevato che, per quanto si desume chiaramente dall'art.3 del capitolato tecnico, l'appalto consiste nei servizi di contact center a beneficio dell'utenza (gestione delle chiamate, esposizione dei servizi offerti dalla committente, assistenza agli utenti, smistamento, elaborazione tickets), ovvero in attività che si caratterizzano per un profilo marcatamente operativo e non propriamente intellettuale.

9.1.4. Non sovvertono le statuizioni della sentenza impugnata neanche i rilievi dell'appellante, essenzialmente incentrati su specifiche previsioni della lex specialis di gara (in particolare, sulla descrizione delle prestazioni, elencate all'art. 3 del Capitolato speciale, concernenti ulteriori attività oltre a quelle tipiche di contact center) che in tesi, a prescindere da un'espressa qualificazione in tal senso, avrebbero comunque ragionevolmente indotto i concorrenti esclusi ad ascrivere i servizi oggetto di affidamento (ovvero, le attività di gestione di fondi di solidarietà, di fondi di garanzia e altri servizi istituzionali asseritamente implicanti la risoluzione di questioni complesse) ai "servizi di natura intellettuale", considerando, quindi, non necessaria la separata indicazione di tali costi, specialmente in ragione dell'assenza di un'espressa richiesta contenuta nella documentazione di gara.

9.1.5. Invero, è alle concrete modalità di erogazione del servizio e alla sua natura che deve riguardarsi ai fini della qualificazione del servizio in oggetto, al fine di determinarne la riconducibilità a servizi di natura intellettuale e, di conseguenza, l'esenzione dal suddetto obbligo di specifica e separata indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale: il che va escluso nella fattispecie in esame in cui l'oggetto dell'appalto ricomprende prestazioni operative riconducibili ad una articolata organizzazione aziendale e imprenditoriale, nella quale difetta la prevalenza dell'elemento professionale e, dunque, personale delle attività rese (cfr. Cons. Stato, V, 4680/2020 cit.; Cons. Stato, V, 16 marzo 2016, n. 1051).

9.2. È, del pari, infondato il secondo profilo di doglianza.

9.2.1. È irrilevante che la *lex specialis* della procedura non contenesse uno specifico richiamo all'obbligo di indicare i costi del personale e quelli della sicurezza nell'offerta economica (con la conseguente sanzione espulsiva), ovvero che non desse alcuna evidenza delle relative modalità di assolvimento.

9.2.2. È stato, infatti, chiarito dalla giurisprudenza, con orientamento consolidato che il Collegio intende qui confermare, che l'omessa indicazione, in tal senso, nel corpo della *lex specialis* appare priva di rilievo affidante, in ragione della attitudine eterointegrativa della prescrizione normativa del Codice, che deve senz'altro postularsi ben nota ad ogni serio ed informato operatore economico (Cons. Stato, V, 8 aprile 2021, n. 2839; in tal senso anche Cons. Stato 4806/2020 cit.).

9.2.3. La giurisprudenza di questo Consiglio (Ad. Pen. 24 gennaio 2019, n. 3), nel pronunciarsi a favore dell'indirizzo più rigoroso, comportante l'insanabilità dell'omissione dichiarativa in parola (in applicazione del principio di *par condicio competitorum*), ha affermato che "la pertinente normativa nazionale debba necessariamente essere interpretata nel senso di comportare l'esclusione del concorrente che non abbia ottemperato all'obbligo legale di indicare separatamente i costi della manodopera e della sicurezza dei lavoratori, senza che possa essere invocato il beneficio del c.d. soccorso istruttorio".

9.2.4. Non è, pertanto, sostenibile che l'esclusione possa operare solo se espressamente richiamata dal bando o dal capitolato e non anche direttamente in base a previsioni di legge sufficientemente chiare e conoscibili, come l'articolo 95, comma 10, citato che impone ad ogni operatore economico, con formula inequivoca, di indicare nell'offerta economica "i propri costi della manodopera" e "gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro" (con l'espressa eccezione, non ricorrente nel caso di specie, delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a).

9.2.5. L'automatismo espulsivo correlato alla omessa indicazione nell'offerta economica dei costi inerenti alla sicurezza interna derivante dal combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici è poi conforme al diritto europeo (Cons. Stato, V, 24 gennaio 2020, n. 604).

9.2.6. Al riguardo, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha infatti statuito che "I principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di

esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione” (C. Giust. UE, sez. IX, 2 maggio 2019 C-309/18).

9.2.7. La portata escludente dell'inosservanza dell'obbligo in parola e la conseguente sottrazione, ai sensi dell'art. 83, comma 9, alla postuma sanatoria – ritenuta conforme ai principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza dalla menzionata sentenza della Corte di Giustizia– è stata confermata dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nelle sentenze del 2 aprile 2020, n. 7 e n. 8 (che, a loro volta, richiamano le sentenze di questa Sezione V, 24 gennaio 2020, n. 604 e 10 febbraio 2020, n. 1008).

Come rilevato dalla giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 283) è in gioco, con ogni evidenza, una finalità di tutela delle condizioni dei lavoratori, che, in considerazione della rilevanza costituzionale degli interessi, è presidiata da particolare rigore (cfr. art. 30, comma 3, in relazione all'art. 97, comma 5, lettere a), c) e d) del Codice).

9.2.8. Sicché l'indicazione separata e distinta dei propri costi della manodopera (così come degli oneri interni) è strutturata (proprio in ragione della specifica responsabilizzazione dichiarativa del concorrente e della agevolazione delle corrispondenti verifiche rimesse alla stazione appaltante) come una componente essenziale dell'offerta economica, presidiata da una clausola espulsiva.

9.2.9. Il fatto che la *lex specialis* della gara in esame nulla prevedesse in merito (ovvero che non desse evidenza né all'obbligo dichiarativo né alle relative modalità di adempimento) non esimeva, quindi, l'operatore economico dal fornire tale indicazione, in forza del generale obbligo di diligenza professionale richiesto ai fini della partecipazione ad un appalto pubblico e in ottemperanza alla previsione recata dall'art.95, co.10 D.Lgs.n.50/2016.

9.3. È, invece, fondato in via assorbente il terzo profilo, relativo alla chiarezza della *lex specialis* e, soprattutto, all'idoneità fuorviante della modulistica predisposta dalla stazione appaltante.

9.4. Come evidenziato nell'esame della precedente censura, la giurisprudenza che ha avuto modo di occuparsi dello specifico tema (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 8; Corte di giustizia UE, sez, IX, 2 maggio 2019, C-309/18, Lavorgna s.r.l.) ha affermato che:

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

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

c) l'esclusione dalla gara va disposta anche in assenza di specificazione ossia di espressa comminatoria, in tal senso, ad opera della “legge di gara”; ciò dal momento che la normativa italiana è sufficientemente chiara in ordine a tale formale obbligo per cui – come statuito dalla Corte di Giustizia nella menzionata sentenza- qualsiasi operatore

economico “ragionevolmente informato e normalmente diligente” si presume a conoscenza dell'obbligo in questione (cfr. Cons. di Stato, n. 604 del 2020, cit.).

d) in questa specifica direzione, i suddetti costi della sicurezza e della manodopera non possono essere neppure ricostruiti in via postuma, sempre in sede di verifica di congruità, attraverso la eventuale dimostrazione che un tale dato era “comunque compreso nell'offerta economica ... anche se non espressamente indicato” (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 8, cit.); tali costi debbono essere espressamente “indicati” e giammai soltanto “considerati” o comunque contemplati.

9.5. A tale regola generale fa eccezione – come pure ritenuto dalla concorde giurisprudenza – la presenza di clausole e di modelli che non consentano ai concorrenti di indicare espressamente tali costi nell'ambito della propria offerta economica (si veda per tutte Cons. Stato, V, 17 febbraio 2022, n. 1191).

9.5.1. Si tratta – come è noto - delle ipotesi in cui la legge di gara contenga disposizioni fortemente ambigue o fuorvianti, tali da ingenerare “confusione” nel concorrente, nonché di modelli predisposti dalla stazione appaltante in modo tale da rendere materialmente impossibile (es. assenza di “spazio fisico” nella domanda di partecipazione e nel relativo schema di offerta; divieto, pena l'esclusione, di recare integrazioni di sorta al modello predisposto dalla Stazione appaltante cui i concorrenti siano vincolati nella formulazione dell'offerta) il loro effettivo inserimento (cfr. Cons. Stato, V, n. 4806/2020 cit.).

A tutela del “legittimo affidamento”, dunque, in siffatte ipotesi deve essere consentita una sanatoria o meglio rettifica postuma del dato mediante soccorso istruttorio oppure giustificativi in sede di giudizio di anomalia (si rinvia, sul punto, alle citate pronunce con le quali l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato – sentenze nn. 7 e 8 del 2 aprile 2020 - ha precisato, sulla scorta della giurisprudenza eurounitaria, le condizioni per le quali, in presenza di una materiale impossibilità, deve ritenersi operante una eccezione, a salvaguardia della buona fede dei concorrenti, alla regola della esclusione automatica; si rimanda anche a riguardo a Cons. Stato, V, 9 aprile 2020, n. 2350).

9.5.2. La stessa Corte di Giustizia (nella più volte richiamata pronuncia del 2 maggio 2019, causa C-309/18) ha fatto salvo il caso in cui “le disposizioni della gara d'appalto non consent[ano] agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche”, nel qual caso, sulla scorta dei principi di trasparenza e di proporzionalità, deve ritenersi consentita la regolarizzazione dell'offerta mediante attivazione del potere di soccorso istruttorio.

9.5.3. Pertanto, in tali ipotesi nelle quali sia in effetti materialmente impossibile indicare i costi della manodopera conformemente all'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici (ad esempio, assenza di un apposito campo nel modello da compilare on line, sussistenza di impedimenti oggettivi alla indicazione del dato, documentazione di gara che generi confusione in capo agli offerenti) la regola si arresta e trova campo l'eccezione individuata dalla richiamata giurisprudenza.

9.6. Ciò posto, ritiene il Collegio che nella vicenda in esame ricorrano, in concreto, le

condizioni di “materiale impossibilità” di separata evidenziazione dei costi in questione che consentono di sanare la carenza dell’offerta mediante il potere di soccorso istruttorio della Stazione appaltante.

9.7.1. È ben vero che la giurisprudenza ha sovente interpretato in modo rigoroso la nozione di materiale impossibilità di separata indicazione, ritenendo che ciò non sussista tutte le volte in cui sia possibile “personalizzare” l’offerta anche mediante integrazioni a mano.

Non sfugge quindi al Collegio che, secondo tale insegnamento giurisprudenziale, “la scusabilità dell’omissione (e la conseguente ammissibilità del ricorso) deve ancorarsi alla obiettiva impossibilità pratica di modulare, integrare e personalizzare i contenuti dell’offerta, ovvero alla esistenza di una chiara preclusione prescrittiva, che, espressamente vietando la modifica dei documenti unilateralmente predisposti, valga a porre l’operatore concorrente nella situazione di dover inammissibilmente optare per il rispetto della norma generale o, alternativamente, di quella speciale incompatibile” (così in particolare Cons. Stato, V, 8 aprile 2021 n. 2839).

9.7.2. D’altronde tale rigoroso orientamento ha pure chiarito che la non editabilità dei moduli dichiarativi predisposti dalla stazione appaltante (redatti, peraltro in conformità ad una prassi diffusa, in formato .pdf) non è di per sé preclusiva, sul piano della materiale elaborazione scritturale dei termini dell’offerta, della integrazione ad opera dell’offerente (in tal senso, Cons. Stato, n. 2839/2021).

9.7.3. Non può tuttavia trascurarsi che la consolidata giurisprudenza, nel solco delle coordinate interpretative tracciate dalla Corte di Giustizia, ha al contempo ritenuto che la sopra indicata eccezione alla regola della separata evidenziazione di detti costi debba operare allorché la congerie di regole di gara, quanto alla valenza dei modelli di domanda predisposti dalla stazione appaltante quale schema imposto dalla *lex specialis* nella presentazione dell’offerta), “non si profil[i] né omogenea né improntata alla necessaria chiarezza”, risultando la documentazione di gara oggettivamente idonea a ingenerare nei partecipanti confusione in ordine all’individuazione delle non conformità delle offerte rispetto ai modelli allegati soggette alla sanzione espulsiva e, pertanto, a causare il plausibile timore di subire la predetta conseguenza negativa in caso di presentazione di una domanda contenente modifiche al modello allegato alla *lex specialis* (cfr. Cons. Stato, V, n. 4806/2020 cit. che richiama Cons. Stato, V, 4 ottobre 2019 n. 6688).

Di conseguenza, sebbene non sia violativo della normativa comunitaria prevedere una ipotesi di esclusione automatica dalla procedura selettiva per mancata indicazione dei costi della manodopera, è comunque necessario operare una valutazione in concreto sulle indicazioni fornite nella documentazione di gara che non devono dare adito a dubbi circa gli adempimenti richiesti a pena di esclusione.

9.7.4. Orbene, nel caso di specie - benché non fosse riscontrabile una materiale “impossibilità di indicazione” nel senso di assoluto divieto di inserimento nel modello di offerta economica di dati “ulteriori” - la normativa di gara era oggettivamente idonea a ingenerare sul punto una confusione nei concorrenti.

9.7.5. Ne consegue che non basta a ritenere priva di mende l'esclusione impugnata il fatto che l'operatore avrebbe potuto modulare i contenuti dell'offerta, provvedendovi secondo le modalità indicate dal primo giudice e dalle parti appellate (e cioè "inserire a mano tali costi, poi provvedendo a scansionare, in formato pdf, il relativo file ed a caricarlo sulla piattaforma", in alternativa "aggiungere un foglio ulteriore (in formato excel) al modello di offerta economica" o "al più, utilizzare il modulo relativo alle dichiarazioni integrative").

9.7.6. Al di là di tale astratta possibilità di personalizzare i contenuti dell'offerta (in assenza di espressi divieti di modifica dei documenti unilateralmente predisposti), è condivisibile quanto osserva l'appellante, con deduzioni rimaste prive di sostanziale confutazione, sulla natura fuorviante della disciplina di gara e, soprattutto, della modulistica allegata.

9.7.7. L'art. 15 del Disciplinare precisava che l'offerta economica doveva essere redatta secondo il "facsimile" allegato al disciplinare di gara, con indicazione dello sconto percentuale sul prezzo a base d'asta.

Il cosiddetto "facsimile" predisposto per la formalizzazione dell'offerta economica da parte degli operatori (secondo quanto previsto dal disciplinare) era un modulo compilato attraverso l'inserimento guidato dei dati richiesti (tra i quali non figura il costo della manodopera, non essendo previsto alcuno spazio per la separata indicazione) tramite "modulistica digitale" approntata dalla stazione appaltante, a inserimento vincolato. Terminata la compilazione veniva generato un documento del tipo "pdf" per la sottoscrizione da parte del legale rappresentante dell'operatore economico partecipante, per la legalizzazione mediante apposizione di marca da bollo, e quindi per il successivo "upload", cioè trasmissione – previa digitalizzazione dello stesso - attraverso la medesima piattaforma telematica, alla Stazione appaltante.

Occorre altresì rilevare che nella sezione concernente l'offerta economica sulla piattaforma erano presenti due "slots" (i.e. due "campi"), l'uno recante la dicitura offerta economica all'interno del quale inserire, cioè allegare per trasmettere, il fac-simile (allegato n. 3) debitamente compilato (nel quale non era prevista alcuna sezione per l'inserimento dei suddetti valori), l'altro recante soltanto la generica dicitura "Eventuali Documenti Integrativi", senza altra indicazione.

9.7.8. Così brevemente ricostruita la disciplina di gara di rilievo per la fattispecie, è condivisibile l'assunto dell'appellante secondo cui la modulistica digitale approntata dalla stazione appaltante per la formulazione dell'offerta economica, sia sotto il profilo semantico che tecnico, era obiettivamente idonea a ingenerare confusione nell'offerente.

Ed infatti se, per un verso, il primo "slot", riferito all'inserimento del modello di offerta economica, andava compilato sulla base di un modulo (non editabile) che non indicava la voce relativa ai costi della manodopera, il secondo era addirittura sviante nella misura in cui si riferiva soltanto ad "eventuali documenti integrativi", tra i quali, all'evidenza, non potevano intendersi ricompresi documenti obbligatori come quelli relativi all'indicazione dei costi della manodopera e della sicurezza.

Invero, i concorrenti non potevano ricavare alcuna certezza in ordine alla necessità di inserire tale indicazione dal fatto che fosse previsto anche un modulo denominato “eventuali dichiarazioni integrative”: il termine “eventuali” esclude in sé il riferimento all’adempimento obbligatorio concernente l’indicazione dei costi in questione.

L’aporia terminologica presente nella modulistica allegata alla legge di gara, conformemente alla quale doveva essere redatta l’offerta economica, era dunque obiettivamente idonea a fuorviare gli offerenti.

Ne consegue che l’affermazione di Consap secondo cui nello “slot” dedicato a “eventuali documenti integrativi” avrebbero dovuto essere inseriti documenti obbligatori come “ad esempio, i necessari oneri della sicurezza ed i costi della manodopera” è afflitta da quella irrisolvibile perplessità denunciata da parte appellante.

9.7.9. Sotto altro profilo, deve ritenersi che i concorrenti si siano altresì trovati di fronte alla concreta impossibilità di modulare, integrare e personalizzare i contenuti dell’offerta, non essendo possibile modificare i documenti unilateralmente predisposti (che non prevedevano uno spazio apposito in cui inserire tale documentazione, non potendosi considerare tale lo slot relativo ad “eventuale documentazione integrativa”), a meno di procedere in autonomia alla redazione dell’offerta (contrariamente a quanto richiesto dal disciplinare).

L’operatore era così posto nella condizione di dover optare tra il rispetto della norma generale o, alternativamente, della regola speciale di gara che richiedeva la predisposizione di un’offerta “secondo” il modello vincolato predisposto dalla stazione appaltante: quest’ultimo, non recando un’esplicita voce sui costi della manodopera e sugli oneri della sicurezza, rendeva infatti necessario, per osservare la norma generale, inserire i dati in questione in altri campi non pertinenti o aggiungere fogli ulteriori, il che avrebbe potuto comportare la redazione di un’offerta “non conforme” al cosiddetto “fac-simile” allegato.

La documentazione di gara ha, dunque, ingenerato nell’operatore economico il ragionevole dubbio in ordine all’individuazione delle non conformità delle offerte rispetto ai modelli allegati soggette alla sanzione espulsiva, causando il plausibile timore di subire la predetta conseguenza negativa in caso di presentazione di una domanda contenente modifiche al facsimile allegato alla *lex specialis*.

9.7.9.1. La fattispecie è, all’evidenza, diversa da quella decisa dal precedente richiamato a supporto nella sentenza appellata (di cui a Cons. Stato 17 febbraio 2022, n. 1191).

In quel caso, infatti, era prevista, espressamente ed inequivocabilmente, la separata indicazione (a pena di esclusione) della stima sia “degli oneri aziendali ... in materia di salute e ... sicurezza sui luoghi di lavoro”, sia “dei costi della manodopera”, secondo quanto disposto “ai sensi dell’art. 95, comma 10 del D. Lgs. 50/2016”. In relazione ad entrambe le voci di costo il modello di gara (i.e. lo schema elaborato dalla stazione appaltante per la formulazione dell’offerta economica) riservava appositi spazi onde inserire i relativi importi.

La disciplina di gara era dunque in quel caso improntata alla necessaria chiarezza, atteso

che “i costi di sicurezza e manodopera dovevano essere separatamente indicati, a pena di esclusione, con conseguente predisposizione grafica di appositi spazi per l’inserimento delle relative somme”.

In altre parole, nella procedura di gara esaminata dal citato precedente il bando recava sia la “specificazione” ossia l’espressa comminatoria di esclusione (quantunque non richiesta in base alla richiamata giurisprudenza), sia una più che sufficiente “agevolazione” modellistica nel consentire il materiale inserimento di tali informazioni e dati.

Per converso, nella specie, la documentazione di gara dà luogo a evidenti difficoltà interpretative e operative, potendo ragionevolmente registrarsi una condizione di materiale impossibilità nell’indicare e specificare espressamente l’entità di tali specifici costi.

9.8. L’esclusione disposta è dunque illegittima.

9.8.1. Infatti, l’oggettiva ambiguità delle previsioni relative agli oneri di sicurezza e gli errori che possono esserne derivati nella formulazione dell’offerta non possono ridondare in danno dei concorrenti che sul tenore di siffatte previsioni hanno fatto affidamento e che ad esse si sono scrupolosamente attenuti, redigendo l’offerta conformemente al modello predisposto dalla Stazione appaltante.

Ciò in quanto se l’insanabilità dell’omissione dichiarativa in questione privilegia il principio di par condicio competitorum, deve pure considerarsi che i diversi principi di massima partecipazione alle gare e di tassatività e tipicità delle cause di esclusione di cui all’art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici richiedono, in caso di equivocità delle disposizioni della legge di gara che prevedono cause di esclusione, di preferire “l’interpretazione che, in aderenza ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, eviti eccessivi formalismi e illegittime restrizioni alla partecipazione” (in tal senso Cons. di Stato, Sez. III, 27 aprile 2018, n. 2554).

9.8.2. Del resto, anche il dato statistico (l’ottanta per cento dei concorrenti, pari a quattro sui cinque partecipanti, fuorché la seconda classificata, Concerto s.r.l., sono incorsi nel medesimo errore, subendone le negative conseguenze) seppur non decisivo, è nondimeno altamente sintomatico dell’attitudine fuorviante della lex specialis e della inadeguatezza dell’allegata modulistica.

Per contro, il fatto che una sola società abbia correttamente rispettato gli oneri dichiarativi (compilando il modulo a mezzo di integrazioni a mano) non smentisce affatto l’esistenza di una siffatta situazione impeditiva nei termini sopra evidenziati.

9.9. Alla luce delle esposte considerazioni, ricorrono, in concreto, le condizioni in presenza delle quali, pur a fronte di una ipotetica violazione dell’art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, in conformità a quanto chiarito dalla Corte di giustizia e, comunque, in applicazione dei principi generali di tutela dell’affidamento e di massima partecipazione alla gara, di trasparenza e proporzionalità, deve essere consentito all’operatore economico, a salvaguardia della buone fede dei concorrenti e in via di eccezione alla regola della esclusione automatica, di sanare la propria posizione e regolarizzare l’offerta mediante attivazione del potere di soccorso

istruttorio della Stazione appaltante, ottemperando agli obblighi previsti dalla legge in materia entro un termine stabilito dalla amministrazione aggiudicatrice (cfr. Cons. Giust. Amm., 31 marzo 2021, n. 278; id. 7 gennaio 2020, n. 19).

10. In conclusione, l'appello deve essere accolto a ciò conseguendo, in riforma della sentenza impugnata, l'accoglimento del ricorso di primo grado, con l'annullamento dell'esclusione gravata e la riammissione alla procedura di gara dell'appellante Gruppo Distribuzione.

10.1. Quale effetto conformativo discendente dal giudicato, deve essere, pertanto, consentito al predetto operatore economico, mediante il ricorso al rimedio del soccorso istruttorio, di sanare la propria situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dall'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, indicando separatamente i propri costi per la manodopera e gli oneri di sicurezza aziendali, fatta salva le successive verifiche da parte della Stazione appaltante del rispetto "sostanziale" di tali obblighi di legge.

11. Si ravvisano giusti motivi, per il complessivo andamento del giudizio e la complessità delle questioni trattate, per disporre la compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado nei sensi di cui in motivazione e annulla i provvedimenti con esso impugnati.

Compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere

Guida alla lettura

Con la pronuncia n. **4502** dello scorso 21 maggio, la **V Sezione del Consiglio di Stato** si è occupata della **natura intellettuale dei servizi e delle ipotesi in cui l'ambiguità della lex specialis permette di derogare a quanto disposto dall'art. 95, comma 10, d.lgs n. 50 del 2016.**

Infatti, quest'ultima disposizione prevede che *“nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a)”*.

La circostanza che la legge di gara non richieda espressamente agli operatori economici che partecipano alla procedura di ottemperare a tale obbligo non è di per sé sufficiente a ritenere che l'omessa indicazione di tali dati non comporti l'esclusione dei detti operatori dalla procedura stessa.

A tal proposito, il Consiglio di Stato, richiamando le precedenti pronunce n. 4806 del 2020 e n. 2839 del 2021, ha ribadito **che l'omessa indicazione, in tal senso, nel corpo della lex specialis appare priva di rilievo affidante, in ragione dell'attitudine eterointegrativa della prescrizione normativa del Codice, che deve senz'altro postularsi ben nota ad ogni serio ed informato operatore economico.**

La giurisprudenza di questo Consiglio, nel pronunciarsi a favore dell'indirizzo più rigoroso, comportante l'insanabilità dell'omissione dichiarativa in parola, ha affermato che **“la pertinente normativa nazionale debba necessariamente essere interpretata nel senso di comportare l'esclusione del concorrente che non abbia ottemperato all'obbligo legale di indicare separatamente i costi della manodopera e della sicurezza dei lavoratori, senza che possa essere invocato il beneficio del c.d. soccorso istruttorio”**.

Non è, pertanto, sostenibile che l'esclusione possa operare solo se espressamente richiamata dal bando o dal capitolato e non anche direttamente in base a previsioni di legge sufficientemente chiare e conoscibili, come l'art. 95, comma 10, citato.

Quest'ultima disposizione normativa prevede che **sono esonerati dall'obbligo di indicare i costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro gli operatori economici che presentano un'offerta economica relativa a servizi di natura intellettuale.**

I giudici di Palazzo Spada hanno precisato che **sono tali i servizi che, da un lato, richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, costituenti ideazioni di soluzioni o elaborazione di pareri, prevalenti nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse, dall'altro non si sostanziano nella esecuzione di attività ripetitive e di meri compiti standardizzati, che non richiedono cioè l'elaborazione di soluzioni**

personalizzate per ciascun utente del servizio.

Quanto sopra esposto circa l'esclusione dell'operatore economico che non ottemperi a quanto previsto dall'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 e l'impossibilità per lo stesso di integrare le informazioni richieste tramite soccorso istruttorio, subisce **un'eccezione nell'ipotesi in cui la legge di gara sia difficilmente interpretabile.**

In particolare, il Consiglio di Stato, riprendendo la citata pronuncia n. 4806 del 2020, ha ribadito che **il citato art. 95 non trova applicazione nelle ipotesi in cui la lex specialis contenga disposizioni fortemente ambigue o fuorvianti, tali da ingenerare confusione nel concorrente, nonché modelli predisposti dalla stazione appaltante in modo tale da rendere materialmente impossibile** (es. assenza di "spazio fisico" nella domanda di partecipazione e nel relativo schema di offerta; divieto, pena l'esclusione, di recare integrazioni di sorta al modello predisposto dalla Stazione appaltante cui i concorrenti siano vincolati nella formulazione dell'offerta) **il loro effettivo inserimento.**

In siffatte ipotesi deve essere consentita una rettifica postuma del dato mediante soccorso istruttorio oppure giustificativi in sede di giudizio di anomalia.