

Pubblicato il 21/11/2020

N. 01482/2020 REG.PROV.COLL.

N. 01226/2020 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 1226 del 2020, proposto da
-OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, rappresentati e difesi dagli avvocati Vincenzo
Antonucci, Angelo Pasquale Masucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia
eletto presso lo studio dell'avv. Salvatore Basso in Bari, corso Mazzini, 134/B;

contro

Comune di Foggia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati
Antonio Puzio, Antonio Balestrieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del verbale n. 4 del 30.09.2020 della Commissione giudicatrice del Comune di Foggia, con il
quale i ricorrenti, nella qualità di cui sopra, venivano esclusi dalla procedura aperta telematica per
l'affidamento dei servizi tecnici di progettazione definitiva, progettazione esecutiva, relazione
geologica, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, direzione lavori,
misura e contabilità relativi ai lavori di riqualificazione e potenziamento delle connessioni
ecologiche del Torrente Cervaro attraverso azioni di rinaturalizzazione di una cava in località
giardino C.I.G. 83112493A5;

- del verbale n. 5 del 23.10.2020 della Commissione giudicatrice del Comune di Foggia, con il quale veniva disposta l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto de quo e rigettata l'istanza proposta dai ricorrenti di annullamento in autotutela del verbale n. 4 del 30.09.2020 della Commissione giudicatrice del Comune di Foggia relativo alla loro esclusione dalla procedura di gara de qua;

- della nota prot. n. 3509 del 30/09/2020 del Comune di Foggia, con la quale veniva comunicato ai ricorrenti il citato verbale n. 4 del 30.09.2020 della Commissione giudicatrice del Comune di Foggia;

-della nota prot. n. 3510 del 30/09/2020 del Comune di Foggia, con la quale veniva trasmessa ai ricorrenti la comunicazione della loro esclusione dalla procedura di gara, ai sensi dell' art. 76, comma 5, lettera b) del D. Lgs. n. 50/201 e ss.mm.ii.;

- dell'art. 22 del disciplinare della gara suddetta e della lex specialis di gara, nella parte in cui, con riferimento ai servizi di natura intellettuale, prescrivevano, a pena di decadenza, che la offerta economica dovesse indicare gli oneri di sicurezza aziendale e i costi della manodopera;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, lesivo degli interessi dei ricorrenti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Foggia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2020 il dott. Angelo Fanizza;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

I ricorrenti, come in epigrafe indicati e riuniti in un costituendo raggruppamento tecnico di professionisti (RTP), hanno impugnato e chiesto l'annullamento del provvedimento di esclusione trasfuso nel verbale n. 4 del 30.9.2020 della Commissione giudicatrice del Comune di Foggia, relativo alla procedura aperta telematica per l'affidamento dei servizi tecnici di progettazione definitiva, progettazione esecutiva, relazione geologica, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, direzione lavori, misura e contabilità relativi ai lavori di riqualificazione e potenziamento delle connessioni ecologiche del Torrente Cervaro attraverso azioni di rinaturalizzazione di una cava in località "Giardino"; del verbale n. 5 del 23.10.2020, con cui è stata individuato l'aggiudicatario della predetta procedura di gara e, nel contempo, è stata respinta l'istanza proposta dai ricorrenti per ottenere in autotutela l'annullamento del verbale n. 4 del 30.9.2020; della nota n. 3509 del 30.9.2020 e della nota n. 3510 del 30.9.2020, con cui è stato trasmesso il provvedimento di esclusione; dell'art. 22 del disciplinare della gara ove interpretato nel senso di prescrivere l'indicazione degli oneri della sicurezza e dei costi della manodopera per servizi di natura intellettuale.

La procedura oggetto del contendere, di importo a base d'asta stimato in €. 86.360,93, è stata regolata dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, fondato sull'attribuzione di

80/100 punti per l'offerta tecnica (ripartiti in due criteri, ulteriormente specificati in subcriteri, cfr. art. 23 del disciplinare di gara) e di 20/100 punti per l'offerta economica.

In esito all'esame delle offerte tecniche il RTP ricorrente ha ottenuto il miglior punteggio con 78,40 punti, ponendosi davanti al RTP composto da ... s.r.l., Studio s.r.l. e -OMISSIS-, il quale ha conseguito 65,98 punti (verbale n. 3 dell'11.9.2020).

I ricorrenti hanno soggiunto di aver offerto *“un prezzo complessivo ed incondizionato”* di €. 82.000,00, *“corrispondente ad un ribasso del 5,05% (...) al netto degli oneri previdenziali ed assistenziali ed iva”* e che, soprattutto, nell'offerta economica hanno precisato che *“ai sensi dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, i costi di sicurezza aziendali, propri del professionista e diversi da quelli non soggetti a ribasso, sono indicati nella misura del 0% (dicasi zero per cento) dell'importo del servizio al netto del ribasso offerto e il costo della manodopera ammonta ad Euro 0 (in cifre), (dicasi zero) (in lettere), ciò in quanto i suddetti professionisti non hanno dipendenti”*.

È, tuttavia, accaduto che in occasione della riunione del 30.9.2020 la commissione giudicatrice, nell'esaminare l'offerta economica dei ricorrenti, li ha esclusi in quanto è stato indicato un *“importo pari a 0 (zero) degli oneri della sicurezza aziendale e del costo della manodopera, a norma dell'art. 95 comma 10 del D.lgs. 50/16 e s.m.i.”*; il seggio di gara ha, in particolare, evidenziato che *“come riportato nella recente giurisprudenza, considerato che l'appalto è comprensivo anche dell'attività di Direzione dei lavori da svolgersi nell'ambito del cantiere e della relazione geologica, l'indicazione di oneri di sicurezza aziendali e del costo della manodopera “pari a zero” implica l'esclusione del concorrente per carenza insanabile dell'offerta”*: una lacuna, peraltro, che non sarebbe stata sanabile a mezzo del soccorso istruttorio (verbale n. 4 del 30.9.2020).

La commissione ha, pertanto, individuato – quale aggiudicatario – il RTP composto da s.r.l., Studio s.r.l. e -OMISSIS- (verbale n. 5 del 23.10.2020).

Non risulta adottato un provvedimento di aggiudicazione definitiva, né risulta sottoscritto il contratto di appalto.

Il provvedimento di esclusione dei ricorrenti è stato impugnato per i seguenti motivi:

1°) violazione dell'art. 95, comma 10 del d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per motivazione erronea, difetto d'istruttoria, sviamento, violazione dei principi di concorrenza, proporzionalità e *favor participationis*.

I ricorrenti hanno dedotto che *“l'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale pari allo 0% e dei costi della manodopera pari a zero non significa affatto la loro omissione”* (cfr. pag. 9) e che la stazione appaltante, *“anziché procedere all'esclusione, avrebbe dovuto valutare comunque l'anomalia di un'offerta che indicava in un valore pari a zero il costo della manodopera”*, e ciò sul presupposto che *“nello svolgimento dell'attività di progettazione di alcun dipendente o collaboratore estraneo al gruppo di professionisti ricorrenti”* sarebbe stato contemplato (cfr. pag. 10).

In sostanza, il raggruppamento avrebbe indicato i costi di sicurezza aziendali pari allo 0% dell'importo del servizio *“al netto del ribasso offerto in quanto, in presenza di un costo del tutto irrisorio, essi hanno effettivamente un'incidenza percentualmente nulla rispetto al valore del servizio da appaltare”* (cfr. pag. 13).

2°) Violazione dell'art. 95, comma 10 del d.lgs. 50/2016; nullità e illegittimità dell'art. 22 del disciplinare di gara per contrasto con il predetto art. 95 e con l'art. 83, comma 8 del d.lgs. 50/2016.

I ricorrenti hanno lamentato che le caratteristiche del servizio oggetto della procedura di affidamento *“non evidenziano (...) un significativo apporto della manodopera organizzata dall'operatore economico per l'erogazione delle prestazioni richieste che giustifica, a pena di esclusione, l'indicazione in offerta del costo corrispondente degli oneri della sicurezza e della manodopera”* (cfr. pag. 17).

Hanno soggiunto che per quanto riguarda gli appalti dei servizi intellettuali, come nella specie, non vi sarebbe *“alcun obbligo di indicare nelle offerte la separata e specifica indicazione degli oneri di sicurezza aziendale e dei costi della manodopera, in quanto sono ontologicamente (prima ancora che giuridicamente) insussistenti”* (cfr. pag. 18).

Hanno, perciò, concluso sostenendo che l'art. 22 del disciplinare della gara, nella parte relativa alla previsione dell'esclusione *“per la mancata specifica indicazione nell'offerta economica degli oneri di sicurezza aziendale e dei costi della manodopera”*, sarebbe nullo per violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione, previsto dall'art. 83 comma 8 del d.lgs. 50/2016 (cfr. pag. 21).

Si è costituito in giudizio il Comune di Foggia, che ha dedotto in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per mancata notificazione ad almeno un controinteressato e, nel merito, ne ha chiesto il rigetto.

All'udienza in Camera di Consiglio dell'11 novembre 2020, fissata per la trattazione della domanda cautelare e svoltasi con modalità da remoto, il Collegio ha avvisato le parti costituite della possibile definizione della controversia ai sensi dell'art. 60 c.p.a. e, non avendo registrato opposizioni, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Preliminarmente, è infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso, opposta dal Comune di Foggia, dovendosi, sul punto, richiamare il consolidato principio – dal quale non vi è ragione di discostarsi – secondo cui *“quando viene impugnato un provvedimento di esclusione in corso di gara e prima dell'aggiudicazione definitiva, non vi sono controinteressati cui sia doveroso notificare il ricorso, non ravvisandosi delle posizioni in tal senso giuridicamente rilevanti”* (cfr., Consiglio di Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6024; id., sez. V, 19 marzo 2018, n. 1745; id., sez. V., 25 febbraio 2014, n. 886; id., sez. V, 12 febbraio 2007, n. 593).

Peraltro, nel caso di specie l'esclusione è stata disposta nel verbale n. 4 del 30.9.2020, nel quale non è neppure contemplato il RTP indicato come primo in graduatoria – ma pur sempre, ad oggi, privo della qualificazione di aggiudicatario definitivo – nel verbale n. 5 del 23.10.2020 (trova, dunque, applicazione la giurisprudenza secondo cui *“l'aggiudicatario, anche se provvisorio, di una gara di appalto, assume la veste di controinteressato nel ricorso proposto dal concorrente escluso, quando l'esclusione e l'aggiudicazione siano avvenute contestualmente, nella stessa seduta di gara, di modo che il nominativo dell'aggiudicatario risulti dal medesimo verbale contenente l'esclusione, potendo il concorrente escluso rendersi così conto del fatto che la sua impugnativa avverso l'esclusione, che è atto conclusivo del procedimento, incide sulla posizione di altro soggetto il quale ha diritto a potersi difendere per mantenere lo status quo allo stesso favorevole, e ciò tenuto conto anche di esigenze di celerità e speditezza del procedimento di gara”*, cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 18 giugno 2015, n. 3126).

Nel merito il ricorso è fondato e, pertanto, va accolto.

Occorre, anzitutto, evidenziare:

a) che l'appalto controverso ha ad oggetto l'affidamento *“dei servizi tecnici di progettazione definitiva, progettazione esecutiva, relazione geologica, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, direzione lavori, misura e contabilità”* relativi ai lavori di riqualificazione e potenziamento delle connessioni ecologiche del torrente Cervaro attraverso azioni di rinaturalizzazione di una cava in località Giardino (art. 1 del disciplinare di gara); non è contestato tra le parti che la commissione ha valutato l'offerta tecnica dei ricorrenti, conforme a tali prestazioni, giudicandola peraltro come la migliore (punti 78,40);

b) che lo stesso disciplinare ha previsto, all'art. 22, che *“ai sensi dell'art. 95, comma 10, del D.lgs. n. 50/2016, l'o.e. dovrà indicare i costi di sicurezza aziendali, propri del professionista e diversi da quelli non soggetti a ribasso e il costo della manodopera”*. Sotto tale profilo, non è neppure contestato che i ricorrenti hanno espressamente indicato, nell'offerta economica, che *“ai sensi dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, i costi di sicurezza aziendali, propri del professionista e diversi da quelli non soggetti a ribasso, sono indicati nella misura del 0% (dicasi zero per cento) dell'importo del servizio al netto del ribasso offerto e il costo della manodopera ammonta ad Euro 0 (in cifre), (dicasi zero) (in lettere), ciò in quanto i suddetti professionisti non hanno dipendenti”*.

Perciò, alla luce dell'effettuata indicazione di un importo a titolo di oneri della sicurezza e costo della manodopera (sebbene quotati “0”) non può essere ravvisata una violazione tale da comportare l'esclusione nel senso prospettato dalla giurisprudenza comunitaria, ad avviso della quale *“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 (...) 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”* (cfr. Corte di Giustizia UE, 2 maggio 2019, n. C-309/18).

Non è, allora, ravvisabile neanche una violazione di tipo formale.

Residua, piuttosto, la questione se l'indicazione di un costo nullo dovesse, o meno, comportare l'esclusione dalla procedura oggetto del contendere.

Questione che, a parere del Collegio, è strettamente legata all'esatta qualificazione delle prestazioni oggetto della commessa.

Sul punto, deve ritenersi che le prestazioni oggetto dell'affidamento costituiscono servizi di natura intellettuale, ciò comportando – ai sensi dell'art. 95, comma 10 del d.lgs. 50/2016 – l'esonero (addirittura) dall'obbligo di indicazione dei costi della manodopera e degli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

Tale qualificazione consegue alla considerazione che – come espressamente previsto dal capitolato d'oneri – le prestazioni in questione consistono *“nell'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura”*: segnatamente *“l'intervento è così individuato: a) progettazione definitiva, esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione; a1) progettazione definitiva ed esecutiva; a2) coordinamento della sicurezza in fase di progettazione (C.S.P.); b) direzione lavori e coordinamento sicurezza in esecuzione”* (art. 1, rubricato “oggetto”).

Dunque, tutte le prestazioni comprendono attività che richiedono, come ha avuto modo di precisare la giurisprudenza, *“un patrimonio di cognizioni specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate, o la ideazione di soluzioni progettuali personalizzate”* (cfr. TAR Lombardia – Milano, 26 agosto 2019, n. 1919).

In seconda battuta, occorre considerare che l'Amministrazione non ha depositato in atti, né ha fatto menzione, dell'eventuale predisposizione del documento unico per la valutazione dei rischi da interferenze (DUVRI), che, ai sensi dell'art. 26, comma 3 bis del d.lgs. 81/2008, *“non si applica ai servizi di natura intellettuale”*.

In sostanza, in sede di elaborazione della *lex specialis* il Comune di Foggia ha operato un espresso richiamo – in particolare nel disciplinare di gara – alla previsione di cui all'art. 95, comma 10 del codice dei contratti, ma senza dare, a tale richiamo, alcun concreto riscontro nei documenti di gara.

Ora, è proprio il d.lgs. 81/2008, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, a disciplinare il piano operativo di sicurezza (POS) intendendolo come *“il documento che il datore di lavoro dell'impresa esecutrice redige, in riferimento al singolo cantiere interessato”* (art. 89), quindi escludendo che specifici oneri possano ricadere sul professionista che si occupi di progettazione e direzione lavori; piuttosto, è previsto che il coordinatore per l'esecuzione dei lavori, *“durante la realizzazione dell'opera (...) verifica l'idoneità del piano operativo di sicurezza”* (art. 92, comma 1, lett. b), cioè interviene su attività predisposte dall'impresa appaltatrice dei lavori e su quelle esecutrici.

Un ultimo, ed altrettanto qualificante, argomento va, infine, ricondotto alla dichiarazione dei professionisti del RTP ricorrente di non avere dipendenti: essi hanno, in pratica, attestato l'impegno ad eseguire in modo diretto ed individuale le prestazioni oggetto dell'incarico, il che presuppone che ciascuno disponga della dotazione minima di dispositivi di protezione individuale, proporzionata all'attività da compiere e, più dettagliatamente, definita dal capitolato d'onere, ove si legge che *“i servizi oggetto di affidamento dovranno essere svolti presso la sede dell'appaltatore e dovranno prevedere altresì tutti i sopralluoghi, gli incontri e gli approfondimenti necessari presso la sede di esecuzione delle opere”* (art. 17, comma 2).

Una dotazione che, sulla scorta di un criterio di verosimiglianza, non implica l'assunzione di alcuna spesa perché ordinariamente posseduta da qualsiasi professionista del settore ingegneristico e, comunque, certamente non comparabile a quella, notevolmente più articolata e specifica, prescritta per i “lavoratori” dall'allegato VIII del d.lgs. 81/2008 (in tema di protezioni di occhi, capo, mani, vie respiratorie etc.).

Tale assunto è, del resto, confermato sempre dal capitolato d'onere, ove si è previsto che *“il prezzo offerto dall'appaltatore si intende comprensivo di tutto quanto necessario all'espletamento del servizio di progettazione, anche se non specificamente indicato nei documenti di gara, ed, in linea generale, di ogni onere necessario allo svolgimento delle attività accessorie, delle attività di sopralluogo, trasferte, misurazioni, rilievi, riproduzioni, prove tecnologiche di qualsiasi natura e tipo, reperimento di documentazioni progettuali presso soggetti terzi, pubblici o privati; si intendono altresì compensati dal prezzo offerto gli oneri per i trasferimenti, per l'impiego di personale specializzato e professionisti ed ogni onere relativo alla sicurezza del personale operante in strada o in campagna”* (art. 3, comma 4).

L'accoglimento del primo motivo di ricorso assorbe il secondo motivo.

Con riguardo all'obbligo conformativo derivante dalla presente sentenza, occorre rilevare che i ricorrenti hanno allegato in giudizio la prova di resistenza che, in mancanza della contestata esclusione, sarebbero risultati primi in graduatoria.

Deve, pertanto, disporsi che, per effetto dell'annullamento dell'impugnato provvedimento di esclusione, l'Amministrazione comunale rinnovi le operazioni di aggiudicazione dell'appalto e provveda ad adottare i provvedimenti conseguenti.

In conclusione, il ricorso va accolto.

La complessità dei profili esaminati giustifica la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi espressi in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Angelo Fanizza, Consigliere, Estensore

Alfredo Giuseppe Allegretta, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Angelo Fanizza

IL PRESIDENTE
Angelo Scafuri

IL SEGRETARIO