

TAR Emilia Romagna, Sezione Seconda, Sentenza n. 317 del 3 aprile 2025

Servizi di natura intellettuale – Obbligo di dichiarare costi della manodopera e oneri di sicurezza aziendale – Insussistenza

Pubblicato il 03/04/2025

N. 00317/2025 REG.PROV.COLL.

N. 01470/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1470 del 2024, proposto da (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dagli avv.ti (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (...), in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) S.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

- della determina n. 32 del 21.11.2024 del Comune di (...), pubblicata in data

4.12.2024, con la quale è stata aggiudicata alla controinteressata la procedura negoziata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento del servizio di informazione e accoglienza turista di (...) (IAT), periodo dal novembre 2024 all'ottobre 2026 avente CIG (...);

- della comunicazione recapitata a mezzo PEC alla ricorrente in data 5.12.2024, con cui il Comune resistente ha reso nota la predetta aggiudicazione;

- ove e per quanto occorrer possa, di tutti i verbali nella parte in cui ammettano l'offerta presentata dalla controinteressata alla procedura e/o la valorizzino assegnandole il primo posto nella graduatoria finale;

- di ogni altro atto connesso, conseguente e/o presupposto, ancorché non conosciuto; per la declaratoria di inefficacia del contratto ove medio tempore stipulato; per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno patrimoniale patito e patiendo dalla ricorrente in forma specifica mediante subentro dell'odierna ricorrente nel contratto, ovvero, in ipotesi subordinata, per equivalente nella misura ritenuta di giustizia all'esito del giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (...) e di (...) S.c.a.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 marzo 2025 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per la ricorrente e per la controinteressata i difensori come specificato nel verbale;

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di (...) ha indetto la procedura negoziata senza bando ai sensi dell'articolo 50, comma 1, lettera e), D.Lgs. n. 36/2023 per l'affidamento dell'appalto biennale del servizio di informazione e accoglienza turistica (IAT). Alla gara, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più

vantaggiosa, hanno partecipato tre concorrenti: la società (...) S.c.a.r.l., giunta prima con complessivi 81,64 punti (di cui 70 per l'offerta tecnica e 11,64 per l'offerta economica), la società (...), classificatasi seconda con complessivi 69,89 punti (di cui 51 per l'offerta tecnica e 14,89 per l'offerta economica), la società (...) S.r.l., arrivata terza con complessivi 59,75 punti (di cui 29,75 per l'offerta tecnica e 30 per l'offerta economica). L'appalto è stato quindi aggiudicato alla società (...) S.c.a.r.l. con determina n. 32 del 21.11.2024: in pari data è stato sottoscritto il contratto.

2.1. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio la società (...) ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata e gli atti di gara presupposti, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, oltre alla declaratoria di inefficacia del contratto e al risarcimento del danno in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente.

2.2. Ritiene la società ricorrente che gli atti impugnati siano viziati da "*Violazione di legge e falsa applicazione dell'art. 108, comma 9, D.Lgs 36/2023 e conseguentemente dei principi di correttezza e trasparenza dell'operato della Pubblica Amministrazione. Eccesso di potere*" dal momento che la controinteressata non ha indicato nella propria offerta né i costi della manodopera, né gli oneri aziendali in materia di sicurezza, in tal modo violando un preciso obbligo di legge, la cui inosservanza è sanzionata con l'esclusione dalla gara.

3.1. Si è costituito in giudizio il Comune di (...), opponendo che l'appalto ha a oggetto un servizio di natura intellettuale, ragione per la quale non opera l'obbligo per il concorrente di indicare in offerta i costi della manodopera e gli oneri di sicurezza aziendale. Ritiene in subordine l'Amministrazione resistente che sussistano nel caso di specie i presupposti per concedere il soccorso istruttorio a favore dell'aggiudicataria, dal momento che né la legge di gara, né gli allegati modelli di offerta prevedevano l'incombente.

3.2. Difese analoghe sono state svolte dalla società (...) S.c.a.r.l., anch'essa

costituitasi in giudizio per resistere al ricorso avversario e chiederne la reiezione siccome infondato.

4.1. La domanda cautelare è stata respinta da questo Giudice difettando il requisito normativo del *periculum in mora*, in quanto (i) la società ricorrente non aveva evidenziato ragioni impeditive al subentro nel contratto, (ii) la pubblica udienza di trattazione del ricorso era già stata fissata in una data assai prossima, (iii) nelle more il contratto di appalto con l'aggiudicataria era stato sottoscritto e l'esecuzione del servizio avviata.

4.2. Dopo lo scambio di ulteriori scritti difensivi, nei quali le parti hanno insistito sulle rispettive posizioni, la causa è stata chiamata alla pubblica udienza del 27 marzo 2025 e, dopo ampia discussione, trattenuta in decisione.

5.1. Il giudizio ruota - come si è visto - attorno alla natura del servizio messo a gara, perché solamente se si tratta di un servizio avente natura intellettuale non vi era obbligo per l'offerente di indicare in offerta i costi della manodopera e gli oneri di sicurezza aziendale, giusta quanto stabilisce l'articolo 108, comma 9, D.Lgs. n. 36/2023.

5.2. La definizione di servizio di natura intellettuale è stata elaborata dalla giurisprudenza in relazione all'articolo 95, comma 10, D.Lgs. n. 50/2016, il quale conteneva una disposizione sostanzialmente analoga a quella del vigente articolo 108, comma 9, D.Lgs. n. 36/2023. Per tale ragione il Collegio ritiene che si debba dare continuità al pacifico e pregresso orientamento giurisprudenziale in materia. Ebbene costituisce servizio di natura intellettuale, secondo la giurisprudenza, quello che ha a oggetto prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, che richiedono in capo a chi le esegue un patrimonio di conoscenze tecnico-specialistiche e che costituiscono l'ideazione di soluzioni o l'elaborazione di pareri non standardizzati bensì differenziate caso per caso (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. V, sentenza n. 4502/2024; C.d.S., Sez. IV, sentenza n. 7094/2021; della Sezione, sentenza n. 762/2023).

5.3. Ora, nel caso di specie, l'appalto messo a gara concerne «l'attività di gestione del servizio di Informazione e Accoglienza Turistica con la finalità di promuovere, incrementare e qualificare lo sviluppo turistico di (...), nonché l'animazione turistica, la programmazione e l'organizzazione di eventi culturali e/o turistici in collaborazione con il Comune e con le Associazioni del territorio. L'attività, che riguarda la raccolta e la diffusione di informazioni turistiche, l'accoglienza e l'assistenza ai turisti in collaborazione con Enti, Istituzioni e Operatori Turistici, è articolata in modalità front office e back office» (articolo 2 del Capitolato speciale). Le prestazioni che devono essere rese dall'appaltatore sono suddivise dal Capitolato speciale d'appalto in tre aree, e precisamente:

(A) il servizio di informazione e accoglienza turistica (articoli 5 e 6) che, come definito dalla L.R. Emilia Romagna n. 4/2016 e dalla D.G.R n. 2188/2022, si concretizza nel fornire informazioni turistiche relative agli attrattori presenti sul territorio di riferimento e all'intero territorio regionale, anche in orario di chiusura tramite apposito sito internet, nel fornire, nell'orario di apertura degli uffici IAT stabilito dalla normativa vigente, assistenza ai turisti anche in lingua straniera ivi compresa la consegna di materiale informativo e promozionale relativo al territorio di competenza e a quello regionale, ancora nel mettere a disposizione del turista una connettività Wi-Fi in loco, aperta e gratuita, e nel gestire eventualmente archivi fotografici e multimediali relativi al proprio territorio di riferimento;

(B) i servizi accessori di merchandising e di prenotazione dei servizi turistici (articolo 7), consistenti nell'obbligo di "effettuare, su richiesta dell'utente, iscrizioni, prenotazioni, verifiche di disponibilità e prevendita di biglietti per la partecipazione a eventi, spettacoli, visite guidate" e nella possibilità di vendere materiali turistici, gadget e prodotti tipici;

(C) il servizio di organizzazione di eventi e iniziative promozionali (articoli 8 e 9), implicante per l'aggiudicatario la concertazione con l'Amministrazione comunale, tramite il metodo della co-progettazione, per la stesura e nello svolgimento di un

programma di azioni mirate alla promozione dei prodotti turistici locali nonché alla valorizzazione e diffusione dell'immagine turistica di (...).

5.4.1. Alla luce della descrizione contenuta nel Capitolato speciale del servizio messo a gara deve concludersi che esso non può essere qualificato come servizio intellettuale. Non lo è, all'evidenza, il servizio di informazione e accoglienza turistica, peraltro da svolgersi secondo un preciso orario di apertura dell'ufficio. Anche l'attività di aggiornamento dei dati contenuti nella sezione turistica del sito istituzionale del Comune di (...), del portale turistico (...) e dei canali social connessi, ricompresa nel servizio, non richiede affatto un patrimonio di conoscenze specifiche, non presupponendo la elaborazione di una soluzione tecnica personalizzata, ma risolvendosi nel mero inserimento di dati. Lo stesso dicasi per l'assistenza da prestare all'Amministrazione per la presentazione di domande di finanziamenti finalizzati al miglioramento del servizio in questione.

5.4.2. Sempre all'evidenza non presentano natura intellettuale i servizi di merchandising e di prenotazione dei servizi turistici. Il che sarebbe sufficiente a escludere che l'appalto possa essere qualificato intellettuale ai fini di cui all'articolo 108, comma 9, D.Lgs. n. 36/2023, dal momento che le prestazioni del servizio di informazione e accoglienza turistica e quelle dei servizi di merchandising e di prenotazione dei servizi turistici sono assolutamente prevalenti nell'economia del contratto (cfr., T.A.R. Puglia – Bari, Sez. I, sentenza n. 649/2024, come del resto si ricava anche indirettamente dai criteri di attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica. Dei 70 punti previsti per l'offerta tecnica, infatti, la maggior parte sono diretti a premiare la qualità dell'offerta in relazione ai servizi sub (A) e (B).

5.4.3. Nondimeno, a ben vedere, la stessa conclusione – ovverosia che non si tratti di prestazioni di tipo intellettuale -si impone anche per il servizio di organizzazione di eventi e iniziative promozionali, sul quale molto insistono tanto l'Amministrazione resistente, quanto la società controinteressata. Da un lato, infatti, le iniziative da programmare – secondo quanto stabilito dal Capitolato

speciale – consistono nella partecipazione a non predeterminate fiere turistiche e/o manifestazioni in Italia e all'estero, nella organizzazione di non meglio specificate manifestazioni e/o iniziative promozionali, nella realizzazione grafica, nella promozione e nella distribuzione di brochure e/o gadget, striscioni, bandiere, gazebo e quant'altro necessario per la partecipazione e/o organizzazione delle suddette iniziative promozionali. Dall'altro lato, sempre secondo quanto emerge dal Capitolato speciale, l'attività di pianificazione è co-progettata con il Comune e il programma è redatto dall'appaltatore “sulla base delle linee guida impartite dall'Amministrazione”. Dunque sono oggetto della pianificazione attività che all'evidenza non implicano la soluzione di questioni complesse e che tendenzialmente potrebbero ripetersi da un anno all'altro. E, per giurisprudenza pacifica, «la natura intellettuale della prestazione non si esaurisce nel suo carattere immateriale, occorrendo anche che essa sia prevalentemente caratterizzata dal profilo professionale» (così, C.d.S., Sez. V, sentenza n. 1291/2021). In ogni caso, poi, la fase più propriamente ideativa o comunque decisoria è in capo al Comune, spettando semmai all'appaltatore l'attuazione delle idee e delle decisioni dell'Amministrazione.

5.5. Non trattandosi di un appalto di servizio intellettuale, per le ragioni sopra esposte, i concorrenti dovevano dichiarare, separatamente, i costi della manodopera e gli oneri di sicurezza aziendale, pena l'esclusione dalla gara.

6.1.1. Al riguardo è irrilevante che legge di gara nulla stabilisse al riguardo. Come affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 7/2020, in relazione all'articolo 95, comma 10, D.Lgs. n. 50/2016 (coincidente – come già detto con l'articolo 108, comma 9, D.Lgs. n. 36/2023), la norma di legge, in quanto posta a salvaguardia dei livelli retributivi minimi dei lavoratori, eterointegra la lex specialis di gara, rendendo vigente e cogente l'obbligo anche ove non espressamente previsto. La disposizione che fissa tale obbligo dichiarativo è sufficientemente chiara per gli operatori professionali, i quali dunque non possono

invocare la buona fede o l'affidamento, salvo che – conformemente a quanto statuito dalla C.G.U.E. (sentenza n. 309/2019 nella causa C-309/2018) – non si verti in una situazione che renda oggettivamente impossibile al concorrente adempiere all'obbligo medesimo. – non si verti in una situazione che renda oggettivamente impossibile al concorrente adempiere all'obbligo medesimo.

6.1.2. Nel caso in esame, tuttavia, non ricorre questa ipotesi eccezionale – come tale di stretta interpretazione – nella quale non va applicata la sanzione espulsiva al concorrente che abbia omissso la dichiarazione dei costi della manodopera e/o degli oneri di sicurezza aziendale.

Va, infatti, considerato che, da un lato la legge di gara non vietava espressamente di fare le suddette dichiarazioni, né qualificava espressamente il servizio appaltato come intellettuale, così da poter ritenere che la stazione appaltante avesse fuorviato l'operatore economico. Dall'altro lato, va tenuto presente che il modello di offerta era editabile, come dimostra il fatto che la società ricorrente ha puntualmente adempiuto all'obbligo dichiarativo. Sicché, l'adempimento dell'obbligo legale non eccedeva l'ordinaria diligenza richiesta a un operatore economico.

6.2.1. Non può quindi trovare accoglimento la tesi dell'Amministrazione secondo cui l'annullamento dell'aggiudicazione non potrebbe mai essere disposto, perché l'omissione sarebbe sempre sanabile attraverso il soccorso istruttorio procedimentale.

Al netto del fatto che nel caso di specie il Comune non ha ritenuto di attivare il soccorso istruttorio, nemmeno a fronte dell'istanza di autotutela da parte dell'odierna ricorrente, sicché l'omissione in fase procedimentale comunque non è stata sanata, il punto è che così ragionando si finirebbe per eludere un obbligo posto a presidio di un interesse pubblico primario. Non può bastare la mancata indicazione nella legge di gara per sottrarre l'operatore economico dall'obbligo di una dichiarazione funzionale a verificare il rispetto dei minimi retributivi e in definitiva a che il confronto concorrenziale si svolga in una situazione di parità di

condizioni.

I principi del risultato, della fiducia, dell'affidamento e buona fede che orientano la nuova disciplina dei **contratti pubblici** non hanno affatto determinato una dequotazione dell'obbligo dichiarativo in esame, proprio per la natura dell'interesse che mira a soddisfare.

6.2.2. Parimenti non può trovare accoglimento la tesi, adombrata dalla società controinteressata, a che l'eventuale accoglimento del ricorso non comporterebbe la propria esclusione dalla gara, bensì l'ordine alla stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio.

Può perverso soprassedersi sul fatto che la società (...) S.c.a.r.l. non abbia presentato ricorso incidentale, anche condizionato, contro il mancato espletamento del soccorso istruttorio procedimentale, perché gli elementi mancanti non sono suscettibili di essere integrati dal concorrente.

I costi della manodopera e gli oneri di sicurezza aziendali costituiscono, infatti, elemento essenziale dell'offerta e, anche sotto la vigenza del nuovo "Codice dei **contratti pubblici**" il soccorso istruttorio non può avere a oggetto elementi dell'offerta tecnica o di quella economica (articolo 101 D.Lgs. n. 36/2023).

7.1. In conclusione il ricorso è fondato perché la società (...) S.c.a.r.l., aggiudicataria dell'appalto di servizio non intellettuale doveva essere esclusa dalla gara per non aver dichiarato in offerta i costi della manodopera e gli oneri di sicurezza aziendale. In accoglimento del ricorso, l'aggiudicazione dell'appalto alla società controinteressata viene annullato e il contratto stipulato tra le parti lo stesso giorno dell'aggiudicazione viene dichiarato inefficace.

7.2. In accoglimento della domanda di risarcimento in forma specifica, l'appalto viene aggiudicato alla società (...) per una durata (24 mesi) pari a quella stabilita nella legge di gara.

7.3. Come da regola generale, le spese seguono la soccombenza e sono liquidate a favore della società ricorrente nella misura indicata in dispositivo, ferma restando

la già disposta regolamentazione delle spese della fase cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna – Bologna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati, dichiara l'inefficacia del contratto stipulato dal Comune di (...) e dalla società (...) S.c.a.r.l. e aggiudica l'appalto alla società (...), come specificato in motivazione.

Condanna il Comune di (...) e la società (...) S.c.a.r.l., in solido tra loro, a rifondere alla società (...) le spese della fase di merito del giudizio, che liquida in complessivi Euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre ad accessori di legge.

Al verificarsi dei presupposti di cui all'articolo 13, comma 6 bis.1, D.P.R. n. 115/2002, il Comune di (...) e la società (...) S.c.a.r.l., sempre in solido tra loro, provvederanno a rimborsare alla società (...) il contributo unificato effettivamente versato per il presente giudizio.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 27 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Ugo Di Benedetto, Presidente

Paolo Amovilli, Consigliere

Alessandra Tagliasacchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Alessandra Tagliasacchi

IL PRESIDENTE

Ugo Di Benedetto

IL SEGRETARIO