

Consiglio di stato, sezione quinta, n. 4688 del 22 luglio 2020

Offerta economica – Indicazione dei costi di sicurezza – Non necessaria per i servizi di natura intellettuale, ex art. 95 co. 10 del D.lgs.50/2016 – Irrilevante l’impiego di tecniche o mezzi rischiosi, o l’esistenza di un’organizzazione aziendale

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 10084 del 2019, proposto da s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

.....s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via

nei confronti

..... s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 12373/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di s.p.a. e dis.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza del giorno 9 luglio 2020 tenuta con modalità da remoto, come da verbale, il Cons., e dati per presenti per le parti gli avvocati ai sensi dell'art. 4, comma 1, penultimo periodo, d.-l. n. 28 del 2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando spedito per la pubblicazione il 4 febbraio 2019, l'..... indicava procedura di gara per l'affidamento per 48 mesi del servizio di soluzione informatica a supporto dell'amministrazione del personale per la pianificazione e consuntivazione del costo del personale.

2. La societàs.r.l. partecipava alla gara venendo tuttavia esclusa con provvedimento del 7 giugno 2019 per omessa indicazione nell'offerta dei costi per la sicurezza aziendale, richiesti a pena di esclusione dalla stessa *lex specialis* di gara.

3. Avverso il provvedimento d'esclusione e gli atti connessi laproponeva ricorso al Tribunale amministrativo per il Lazio, integrato da motivi aggiunti coi quali impugnava anche la successiva aggiudicazione della gara in favore della s.p.a..

4. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza dell'....., accoglieva il ricorso e i motivi aggiunti, e - previa declaratoria di nullità di due clausole del disciplinare che comminavano l'esclusione in caso di mancata indicazione degli oneri di sicurezza - annullava i provvedimenti gravati dichiarando l'inefficacia sin dalla data di stipula (*i.e.*, 4 settembre 2019) del contratto frattanto concluso fra l'amministrazione e la

5. Avverso la sentenza ha proposto appello la formulando i seguenti motivi di doglianza:

I) *errores in procedendo e iudicando* della sentenza (pagg. 4-9) nella parte in cui ha erroneamente qualificato l'oggetto dell'appalto come servizio di natura intellettuale; violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 10, e degli artt. 83 e 97 d.lgs. n. 50 del 2016; violazione e falsa applicazione delle Linee guida Anac n. 13 del 13 febbraio 2019; violazione e falsa applicazione degli artt. 6.1.1, 9.3, lett. i) e 10.9, lett. d) del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. II del bando di gara e degli artt. 2 e 3 della prescrizione tecnica

II) *errores in procedendo e iudicando* della sentenza (pagg. 4-9) nella parte in cui ha escluso per l'appalto in esame l'applicazione dell'obbligo di indicazione degli oneri aziendali per la sicurezza; violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 10, e degli artt. 83 e 97 d.lgs. n. 50 del 2016; violazione e falsa applicazione delle Linee guida Anac n. 13; violazione e falsa applicazione degli artt. 6.1.1, 9.3, lett. i) e 10.9, lett. d) del disciplinare di gara; violazione dell'art. 3 Cost.;

III) *errores in procedendo e iudicando* della sentenza (pagg. 6-9) nella parte in cui ha dichiarato la nullità di due clausole del disciplinare, annullato gli atti di gara e dichiarato l'inefficacia del contratto; violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 121, 122 e 123 Cod. proc. amm.;

IV) in subordine: *errores in procedendo e iudicando* della sentenza (pagg. 3-9) per violazione degli artt. 3 e 32, 2, 4, 35 e 46 Cost.;

V) in via di ulteriore subordine: *errores in procedendo e iudicando* della sentenza (pagg. 6-9) nella parte in cui non ha annullato l'intera gara; violazione della *par condicio competitorum*.

6. Resiste all'appello lachiedendone la reiezione, mentre l'....., pure costituita in giudizio, ne domanda il parziale accoglimento.

7. All'udienza del giorno 9 luglio 2020, tenuta con modalità da remoto come da verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Col primo motivo di gravame la censura la sentenza nella parte in cui, accogliendo il ricorso di primo grado, ha affermato la natura intellettuale delle prestazioni oggetto dell'affidamento perciò escludendo, ai sensi dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, la necessità d'indicazione dei relativi oneri di sicurezza aziendale.

Per l'appellante, le principali prestazioni dell'appalto non presenterebbero natura intellettuale, atteso che la stazione appaltante non ha mai qualificato in tal senso il servizio, e l'oggetto economicamente più rilevante dello stesso - sulla base delle indicazioni a tal fine risultanti dallo stesso documento di "Prescrizione tecnica" - è costituito in ogni caso dall'elaborazione dei cedolini mensili dei dipendenti, attività di carattere materiale anziché intellettuale (rimessa infatti ad operatori, non già a professionisti iscritti in albi), mentre la realizzazione e manutenzione del *software* avrebbe rilievo marginale nell'economia complessiva dell'affidamento.

1.1. Il motivo non è condivisibile.

1.1.1. Va anzitutto escluso che la mancata qualificazione della prestazione in termini intellettuali da parte della stazione appaltante abbia rilievo ai fini di escluderne tale natura: la prestazione va infatti considerata ed esaminata in sé, potendo ben presentare natura intellettuale benché così non espressamente definita dall'amministrazione.

1.1.2. Nel caso di specie, è pacifico che l'affidamento abbia a oggetto servizi consistenti in "*soluzione informatica a supporto dell'amministrazione del personale per la pianificazione e consuntivazione del costo del personale*" (cfr. il bando della procedura, art. II.1.3).

Il documento di Prescrizione tecnica prevede a sua volta che *“l’oggetto del servizio è rappresentato dal complesso delle attività per la fornitura in modalità Application As a Service di una applicazione di amministrazione del personale [...] nel rispetto degli adempimenti in materia di lavoro oltre alle simulazioni connesse al budget ed all’analisi dei dati utile ai fini del controllo di gestione”* (cfr. Prescrizione tecnica, punto 2).

L’oggetto dell’affidamento è costituito dunque dall’esecuzione del servizio nei termini sopra definiti, e cioè dalla prestazione della suddetta *“applicazione di amministrazione del personale”*.

La corrispondente piattaforma, sempre a tenore della Prescrizione tecnica, dovrà consentire la *“elaborazione e personalizzazione delle buste paga”*, la *“gestione dei processi per la elaborazione dei modelli di calcolo mensili ed annuali redatti a norma di legge relativi a tutti i diversi adempimenti fiscali, contributivi e previdenziali ecc.”*, la *“elaborazione di tutti i prospetti report necessari alla gestione del costo del lavoro”*, la *“gestione storica dei dati”*, la *“gestione di tutti gli adempimenti inerenti a malattia e infortunio”*, la *“gestione del costo del personale e dei dati di bilancio”*, nonché il *“supporto e assistenza del personale della direzione personale”*.

La stessa Prescrizione tecnica sintetizza l’oggetto della prestazione quale *“fornitura di un servizio applicativo a supporto dell’amministrazione del personale di s.p.a.”* declinato nelle relative fasi di *“Realizzazione, Gestione e Manutenzione”*.

Sul piano funzionale si ricava dunque con sufficiente chiarezza dalla *lex specialis* come la *“piattaforma”* oggetto della prestazione costituisca l’essenza del servizio, e sia composta dal *software* fornito, integrato con le attività di relativa *“gestione”* e *“manutenzione”*.

Va rilevato al riguardo come, a guardare - come dovuto - alla sua effettiva consistenza, l’attività di realizzazione e messa a disposizione del *software* rivesta natura *intellettuale*, in quanto non consiste in attività tale da comportare rischi per i lavoratori (cfr. Cons. Stato, V, 19 gennaio 2017, n. 223; VI, 8 maggio 2017, n. 2098; 1 agosto 2017, n. 3857; V, 31 maggio 2018, n. 3262), sicché la previsione, *ex ante* e

doverosa, di siffatti oneri non troverebbe giustificazione. Detta attività consiste invero nell'elaborazione d'un sistema tecnologico che, in via in parte automatizzata, in parte guidata, conduca allo specifico *output* perseguito, fra cui la formazione delle singole "buste paga"; lo stesso è a dirsi - in ordine alla natura intellettuale dell'attività - per la relativa manutenzione (cfr., per il riconoscimento della natura intellettuale delle prestazioni di elaborazione e manutenzione di *software*, la cit. Cons. Stato, VI, 8 maggio 2017, n. 2098).

In tale contesto, la prestazione del "*servizio elaborazione mensile*", che l'appellante assume come attività ripetitiva e materiale - perciò esposta a rischi di sicurezza da coprire attraverso i corrispondenti oneri - enfatizzandone anche il maggior valore economico indicato nella Prescrizione tecnica, in realtà s'innesta e fa parte dell'unitaria prestazione della piattaforma, in termini di sua complessiva realizzazione, gestione e manutenzione; segnatamente, il "*servizio elaborazione mensile*" rileva quale momento gestorio del sistema, nell'ambito dell'unitaria prestazione da rendere al committente, ancorché suddivisa ai fini della determinazione del corrispettivo - anzitutto in sede d'offerta - nelle sue diverse componenti (cfr. il punto 3 della Piattaforma tecnica, che riguarda in specie l'"*importo base gara*").

L'attività d'elaborazione mensile, in tale prospettiva, da un lato costituisce parte della complessiva e unitaria prestazione del sistema, e cioè rileva quale momento applicativo che concreta la piattaforma su cui è funzionalmente incentrato l'intero appalto, e che è in grado di generare i vari *output* utili all'amministrazione committente; dall'altro può ben consistere essa stessa in un'attività intellettuale relativa alla fase di *gestione* o *applicazione* del *software*, anche alla luce delle specifiche attività di "*personalizzazione delle buste paga*" previste dalla *lex specialis*: alla luce di ciò, il solo riferimento all'indicazione dell'attività quale "*servizio elaborazione mensile*" non vale a escluderne la natura intellettuale e a comprovarne il carattere eminentemente materiale nel complessivo contesto prestazionale suindicato.

Per tali ragioni, l'assunto secondo il quale l'appalto avrebbe a oggetto attività consistenti prevalentemente in prestazioni materiali e ripetitive rimane indimostrato a fronte d'un servizio che è unitariamente concepito dalla *lex specialis* quale “*fornitura in modalità Application As a Service*” di un'applicazione di amministrazione del personale, e risulta funzionalmente incentrato sulla detta piattaforma in cui s'inserisce anche un'attività d'elaborazione delle buste mensili, peraltro involgente essa stessa funzioni di “*personalizzazione*”, e di per sé non tale da obliterare la natura intellettuale della prestazione, irrilevante risultando al riguardo anche il valore indicatore nella Prescrizione tecnica nell'ambito dell’“*importo base gara*”.

A tal fine, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha indicato, ad esempio, quali attività di carattere intellettuale non soggette all'indicazione dei costi di sicurezza aziendale, oltre alla fornitura e manutenzione di *software* (Cons. Stato, n. 2098 del 2017, cit.), il servizio di supporto nella gestione delle entrate comunali (Cons. Stato, V, 26 giugno 2020, n. 4098), l'assistenza fiscale, tecnica, giuridica ed economica nella procedura finalizzata all'affidamento di servizio di distribuzione del gas naturale (Cons. Stato, V, n. 3262 del 2018, cit.), la consulenza assicurativa e il *brokeraggio* (Cons. Stato, V, 16 marzo 2016, n. 1051; VI, n. 3857 del 2017, cit.).

A queste attività può ben essere assimilata quella complessiva di realizzazione, gestione e manutenzione di un servizio applicativo a supporto dell'amministrazione del personale della stazione appaltante.

In senso contrario non rileva la circostanza che la prestazione possa implicare o presupporre anche attività di ordine materiale, atteso che il servizio presenta comunque natura intellettuale “*nei casi in cui eventualmente in parallelo all'effettuazione di attività materiali, il fornitore elabora soluzioni, proposte, pareri che richiedono una specifica e qualificata competenza professionale, prevalente nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse*” (cfr., in tal senso, le Linee Guida Anac n. 13 approvate con delibera n. 114 del 13 febbraio 2019 relative alla disciplina

delle clausole sociali di cui all'art. 50 d.lgs. n. 50 del 2016, la cui applicazione pure è esclusa per i servizi «*aventi natura intellettuale*»).

Il che, come già indicato, ben vale per l'attività oggetto dell'affidamento qui controverso, consistente nella suddetta fornitura “*in modalità Application As a Service*” di un'applicazione di amministrazione del personale, inclusa la fase di relativa gestione e manutenzione nei termini suindicati.

In senso inverso neppure assume di per sé rilevanza la circostanza che il corrispettivo per l'attività di elaborazione mensile sia modulato nella *lex specialis* in termini forfetari: ciò integra infatti la sola modalità convenzionale prescelta dalla stazione appaltante per il calcolo della remunerazione, ma non vale a immutare *sic et simpliciter* l'intrinseca natura della prestazione (in proposito, irrilevante risulta anche il richiamo a Cons. Stato, III, 19 marzo 2020, n. 1974, ove l'affermazione per cui “*ciò che differenzia la natura intellettuale di un'attività è l'impossibilità [...] di calcolarne il costo orario*”, oltre a riguardare il profilo del “*costo*”, si affianca al rilievo attribuito alla “*impossibilità di una [...] standardizzazione [dell'attività]*”, e la valutazione finale è espressa ponendo in risalto in ogni caso che “*nel caso di specie [doveva] escludersi la natura intellettuale dei servizi in quanto il servizio di manutenzione comprende[va] anche e soprattutto attività prettamente manuali*”).

Ancora, non vale a escludere la natura *intellettuale* della prestazione la circostanza che questa possa essere svolta da lavoratori subordinati anziché da “*professionisti iscritti ad albi*”, atteso che la sola esecuzione dell'attività mediante un'organizzazione aziendale non rileva di per sé per escludere la natura *qualitativamente intellettuale* del servizio, in relazione al quale il profilo della *personalità* va ricondotto alla figura dell'operatore affidatario.

Alla luce di ciò, la doglianza prospettata si appalesa infondata.

2. Col secondo motivo l'appellante si duole sotto altro profilo dell'accoglimento del ricorso, rilevando come l'attività oggetto d'affidamento, a prescindere dalla

qualificabilità in termini intellettuali, comporta in ogni caso una serie di rischi per la salute (ad es., “*stress da rumore, rischi da esposizione ad agenti chimici dovuti dalla presenza di toner, fotocopiatrici ecc., da microclima ambientale, rischi per l’esposizione a campi elettromagnetici [...] derivanti dall’utilizzo di apparecchiature elettriche [...], rischi da esposizione a videoterminali*”, etc.), che rendono necessaria la sopportazione da parte dell’operatore di correlati e ineludibili costi.

A ciò andrebbe aggiunto che l’offerta di, oltre a non esporre gli oneri di sicurezza, risulta all’uopo incongrua anche sotto il profilo sostanziale in relazione a quanto previsto dall’art. 97, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016.

2.1. Neanche tale censura è condivisibile.

2.1.1. Quanto al primo profilo, va premesso che l’esonero dall’indicazione degli oneri di sicurezza aziendale discende di per sé, ai sensi dell’art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, dalla natura *intellettuale* dell’attività affidata.

La disposizione, come chiarito dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, non ha carattere innovativo, bensì ricognitivo di un precedente e consistente indirizzo giurisprudenziale secondo cui gli oneri di sicurezza interna non sono configurabili negli appalti concernenti servizi di natura intellettuale (Cons. Stato, n. 3262 del 2018, cit.).

Discende da ciò che è la natura intellettuale del servizio a sottrarlo di per sé all’applicazione del regime degli oneri di sicurezza; con la conseguenza che, laddove qualificato in siffatti termini intellettuali, esso risulta *ex se* estraneo all’obbligo di indicare (e sostenere) tali oneri ai fini dell’affidamento, a prescindere dalla circostanza che l’organizzazione della prestazione (intellettuale) possa essere comunque tale da esporre egualmente il prestatore a una qualche forma di rischio.

I rischi rispetto ai quali gli operatori economici sono chiamati a garantire apposite cautele mediante la previsione di oneri di sicurezza *ad hoc* sono infatti quelli che

interessano direttamente la prestazione nei confronti della stazione appaltante, non già l'organizzazione a monte apprestata dall'appaltatore.

In tale prospettiva, il dato che la prestazione sia di natura intellettuale vale ad escludere la sussistenza di rischi *ex lege* rilevanti e di corrispondenti necessari oneri di sicurezza, anche in ipotesi di impiego, in concreto, di tecniche o strumenti forieri di rischi per la sicurezza: cosa che può accadere anche per attività di natura intellettuale. Lo stesso dicasi per un apparato e un'organizzazione aziendale anch'essa potenzialmente idonea ad esporre a forme di pericolo.

Rileva dunque ai fini dell'esclusione del regime degli oneri di sicurezza la natura intrinsecamente *intellettuale* dell'attività, a prescindere dall'accidentale impiego di tecniche o mezzi rischiosi, o dall'esistenza di un'organizzazione aziendale.

Di qui l'infondatezza della doglianza, attesa l'irrilevanza degli eventuali elementi (accidentalmente) rischiosi di un'attività ritenuta *ex lege* intrinsecamente priva di rischi in quanto intellettuale.

2.1.2. Non è suscettibile di favorevole considerazione neanche la doglianza con cui l'appellante deduce l'incongruità sostanziale dell'offerta dellasotto il profilo della sicurezza interna ai sensi dell'art. 97, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016.

È assorbente rilevare, in proposito, che il provvedimento d'esclusione impugnato è diversamente motivato, incentrandosi sul distinto elemento della mancata *esposizione* dei costi di sicurezza *ex artt.* 6.1.1 e 9.3, lett. *i*) del disciplinare, i quali si ricollegano all'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 (espressamente richiamato dall'art. 6.1.1, il quale è a sua volta richiamato dall'art. 9.3, lett. *i*)), ma non fa menzione della corrispondente inadeguatezza sostanziale dell'offerta.

Il che emerge chiaramente anche dal verbale della seduta del 5 giugno 2019 della commissione di gara, in cui veniva disposta l'esclusione della, ove si legge: "*la Commissione [...] procede alla verifica del Modello C e rileva che non sono stati indicati i costi della sicurezza ai sensi del comma 10 dell'art. 95 D.Lgs. 50/2016*"; perciò comunicava

“l’esclusione della societàs.r.l. ai sensi del combinato disposto dell’art. 6 e della lettera i) del punto 9.3 dell’art. 9 del Disciplinare di Gara e Norme Contrattuali di”.

Per questo la censura qui proposta dalla e aderita dall’..... esorbita dalla valutazione e determinazione espressa dall’amministrazione negli atti impugnati, risolvendosi in un inammissibile tentativo d’integrazione postuma della motivazione.

In tale prospettiva, l’appellante enuclea invero una (possibile) distinta causa d’esclusione dellache avrebbe dovuto esser fatta eventualmente valere con autonoma doglianza incidentale in primo grado, e comunque afferisce nel merito a un profilo non valutato dall’amministrazione.

3. Col terzo motivo l’appellante censura le statuizioni d’annullamento dei provvedimenti impugnati e di declaratoria d’inefficacia del contratto adottate nonostante la sentenza abbia omesso di dichiarare la nullità di una delle clausole - non impugnata dalla ricorrente - che prevedevano l’esclusione in caso d’omessa indicazione degli oneri di sicurezza (*i.e.*, art. 10.9, lett. *d*) del disciplinare).

Sarebbe inoltre illegittima e irragionevolmente pregiudizievole per l’appellante anche la dichiarazione con effetto *ex tunc* dell’inefficacia del contratto d’appalto stipulato fra l’..... e la

3.1. Anche questo motivo è infondato.

3.1.1. Sotto il primo profilo, va rilevato che la nullità delle clausole della *lex specialis* che prevedono l’esclusione dei concorrenti per mancata indicazione dei costi di sicurezza aziendali (*i.e.*, art. 6.1.1 e 9.3, lett. *i*) del disciplinare) è stata dichiarata dalla sentenza in via incidentale, e cioè ai fini dell’annullamento del provvedimento d’esclusione; è per questo motivo che essa riguarda le (sole) clausole richiamate dallo stesso provvedimento a fondamento dell’esclusione.

Nella specie, poiché detto provvedimento si fonda sul “*combinato disposto dell’art. 6.1.1 e dell’art. 9.3 lett. i) del Disciplinare di Gara*” la sentenza ha correttamente - ai fini dell’annullamento dell’atto - dichiarato la nullità di siffatte clausole, e non di altre non invocate dall’amministrazione.

Tale dichiarazione di nullità è dunque satisfattiva ai fini della domanda della ricorrente, volta all’annullamento dell’esclusione e dei successivi atti di gara, nonché alla dichiarazione d’inefficacia del contratto; né la mancata impugnazione e declaratoria di nullità dell’art. 10.9, lett. d) del disciplinare - che, peraltro, ha tenore sostanzialmente analogo a quello delle clausole dichiarate nulle - è in qualche modo impeditiva di siffatta statuizione caducatoria.

3.1.2. Quanto alla dichiarazione d’inefficacia con effetto *ex tunc* del contratto (stipulato il 4 settembre 2019 e dichiarato inefficace *ab origine* con sentenza depositata il 28 ottobre 2019), va rilevato che ai sensi dell’art. 122 Cod. proc. amm. la valutazione in ordine alla decorrenza dell’inefficacia, fuori dei casi previsti dall’art. 121, comma 1 e 123, comma 3, è rimessa al giudice «*tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell’effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l’aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato d’esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell’aggiudicazione non comporti l’obbligo di rinnovare la gara e la domanda sia stata proposta*».

Nel caso di specie il vizio fatto valere, determinando la riammissione in gara di uno dei concorrenti esclusi, prelude alla rinnovazione *in parte qua* della procedura di gara, sicché la caducazione con effetto *ex tunc* del contratto non risulta illegittima né irragionevole, anche in considerazione del breve periodo di vigenza del contratto a fronte della durata complessiva dell’affidamento (pari a 48 mesi), oltreché della detta prevista rinnovazione del segmento della procedura, volto all’affidamento *ex novo* del servizio.

4. Col quarto motivo l'appellante propone, in via subordinata, questione di legittimità costituzionale dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 ove interpretato nel senso di estendere l'esclusione dall'obbligo d'indicare gli oneri di sicurezza aziendale alle attività di natura intellettuale prestate all'interno di un'organizzazione aziendale, di per sé esposte a potenziali fattori di rischio.

4.1. Il motivo non è condivisibile perché la questione di costituzionalità prospettata è manifestamente infondata.

4.1.1. Come già posto in risalto (*v. retro, sub § 2.1.1*), ai sensi dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 è la natura intellettuale della prestazione, a fronte del suo oggetto come definito dalla *lex specialis* - e, dunque, del corrispondente diritto di credito vantato dalla stazione appaltante - ad escludere la sussistenza di rischi rilevanti nella prospettiva del rapporto con l'amministrazione.

Non rileva perciò che elementi circostanziali od occasionali - estranei comunque all'intrinseca natura della prestazione che l'amministrazione ha diritto di ricevere - possano presentare situazioni di rischio, per ragioni organizzative o di altra matrice. È infatti la natura in sé della prestazione a richiedere, ai fini del rapporto con la stazione appaltante e in sede di gara, l'apprestamento delle cautele necessarie a salvaguardare la sicurezza dei lavoratori.

Il che non appare irragionevole né discriminatorio. Infatti è conforme a logica e non va contro precetti costituzionali il prevedere una conformazione degli obblighi in materia di sicurezza modulata sull'oggetto della prestazione, e non estesa a tutti i potenziali rischi che possano venire in rilievo *a latere* o a monte di essa. In effetti, tutte le attività, anche quelle con un contenuto più spiccatamente *intellettuale*, possono implicare o incontrare rischi per la sicurezza. Ma non è irragionevole limitare gli obblighi di tutela - ai fini della gara - alle sole attività il cui rischio discenda direttamente dal contenuto intrinseco della prestazione eseguita in favore dell'amministrazione.

5. In via ulteriormente subordinata l'appellante deduce con il quinto motivo che la sentenza, una volta dichiarata la nullità di alcune clausole del disciplinare di gara, avrebbe dovuto caducare per intero la procedura: di qui l'errore in cui essa è incorsa limitandosi ad annullare i provvedimenti d'esclusione e aggiudicazione, oltretutto dichiarare inefficace il contratto.

5.1. Il motivo è infondato.

5.1.1. Come già s'è evidenziato (*retro, sub § 3.1.1*), la declaratoria di nullità degli artt. 6.1.1 e 9.3, lett. *i*) del disciplinare è avvenuta in specie - in coerenza con le domande e prospettazioni della- in via incidentale, ai (soli) fini dell'annullamento del provvedimento d'esclusione, con effetto limitato alla posizione della ricorrente e funzionalmente alla sua riammissione alla gara.

Il che non dà luogo alla riedizione dell'intera gara, bensì del solo segmento successivo all'annullato provvedimento d'esclusione come suindicato (cfr. *retro, sub § 3.1.2*), non essendovi per converso un'impugnazione intesa a caducare in via principale le clausole della *lex specialis*, così da provocarne in termini generali la demolizione *erga omnes* e determinare la rinnovazione di tutta la procedura di gara.

Di qui l'infondatezza del motivo.

6. In conclusione, per le suesposte ragioni l'appello va respinto.

6.1. Le spese di lite, secondo criterio di soccombenza, vengono poste a carico dell'appellante in favore della societàe liquidate come in dispositivo, mentre vanno compensate nei confronti dell'..... quale appellata che ha aderito parzialmente all'impugnazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge;

condanna l'appellante alla rifusione delle spese di lite in favore dellas.r.l., liquidandole nella misura di € 5.000,00, oltre accessori di legge, e le compensa fra le altre parti.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2020,
tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 6, d.-l. n. 18 del 2020,
convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020

L'ESTENSORE

**IL
PRESIDENTE**

IL SEGRETARIO