



Ha natura di concessione di servizi il contratto di affidamento dei servizi di ristorazione mediante distributori automatici nelle istituzioni scolastiche.

Per servizio di ristorazione mediante distributori automatici si intende la gestione economico-funzionale del servizio di ristoro a mezzo di distributori automatici di alimenti, bevande e altri generi di conforto da collocarsi presso i locali dell'Istituzione; tale servizio comprende anche lo svolgimento di attività accessorie quali, a titolo esemplificativo, la consegna, l'installazione e la messa in esercizio dei distributori nonché la manutenzione. In tal caso, così come nel più ampio servizio di ristorazione mediante bar, accanto all'affidamento del servizio, l'Istituzione concede al gestore l'utilizzo degli spazi interni necessari all'esercizio dell'attività (concessione di bene pubblico), con specifico riferimento alle aree nelle quali è ubicato il bar o, come nel caso di specie, sulle quali vengono installati i distributori. Il contratto di affidamento dei servizi in oggetto si qualifica in termini di "concessione di servizi", in quanto determina l'assunzione in capo all'affidatario del rischio operativo legato alla sua gestione. L'affidamento deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti. Il concessionario di servizi può essere remunerato, a seconda delle specificità del singolo affidamento: dall'utenza; mediante canone o pagamento da parte dell'Amministrazione; mediante contributo pubblico; attraverso una remunerazione in diritti. Nel caso di specie, il concessionario è remunerato dall'utenza e tale forma di remunerazione si sostanzia nel cash flow derivante allo stesso dalla erogazione di servizi presso l'utenza (c.d. sfruttamento economico del servizio). Tale forma di remunerazione, che, in definitiva, deriva dalla vendita dei servizi resi al mercato, è infatti connaturata ai cc.dd. servizi caldi, nei quali si configura un rischio operativo in capo al privato sul lato della domanda, ai sensi di quanto previsto dall'art. 165, c. 1, del d.lgs. n. 50 del 2016. Pertanto, nel caso di specie, la fattispecie contrattuale è da qualificarsi come una concessione di servizi, che l'Istituto scolastico intende affidare a terzi, tramite installazione di distributori automatici di bevande e snack, accompagnata da

una concessione d'uso di spazio pubblico (nell'ambito delle sedi del Liceo). Infatti, anche a voler prescindere dalla espressa qualificazione di concessione di servizi fornita dalla stazione appaltante, l'oggetto della gara è costituito da un contratto a titolo oneroso con cui la stazione appaltante affida ad un operatore economico la gestione di un servizio riconoscendo a titolo di corrispettivo il diritto di gestire il servizio, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dello stesso, per cui l'oggetto della gara rientra esattamente nella definizione di concessione di servizi scolpita dal codice dei contratti pubblici all'art. 3, c.1, lett. vv). Il servizio in discorso ha indubbiamente una rilevanza pubblica, in quanto, pur estraneo alle funzioni istituzionale dell'Amministrazione aggiudicatrice, ne costituisce comunque un'utilità accessoria, in favore degli utenti del servizio pubblico scolastico, vale a dire dei docenti, del personale impiegatizio, degli studenti e dei visitatori, sicché può ritenersi strumentale alle esigenze connesse alla continuità della presenza in sede del personale, nonché degli utenti del vero e proprio servizio pubblico scolastico.

Qualora si tratti di una concessione di servizi e non di un contratto passivo di appalto per lavori, servizi o forniture, la diversa struttura giuridica del negozio non comporta la dovuta applicazione della norma di cui all'art. 95, c. 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, vista l'evidente differenza strutturale ed il peso economico assunto nei secondi dal costo del lavoro. Nel caso di specie, in particolare, la componente "umana" del servizio assume rilievo minimo, riducendosi alle attività che richiedono la presenza fisica di prestatori di lavoro nell'adempimento degli obblighi del contraente previsti dal bando (rifornimento dei distributori automatici e sostituzione degli stessi in caso di guasti irreparabili, pulizia, rimozione giornaliera dei rifiuti e manutenzione ordinaria e straordinaria dei distributori e degli impianti, nonché pulizia delle aree antistanti), le quali, da considerare in relazione alla tipologia di servizio gestito, richiedono evidentemente una minima applicazione di personale. L'incidenza delle prestazioni di lavoro, invece, potrebbe assumere maggiore consistenza nella diversa ipotesi di affidamento di "servizio di ristorazione mediante bar", in cui sarebbe necessario prevedere la presenza di uno o più cuochi e di altro personale a carattere continuativo, ma nel "servizio di

ristorazione mediante distributori automatici" è intuitivamente esiguo. Pertanto, richiedere per la gestione di un servizio con tali caratteristiche l'indicazione separata dei costi di manodopera e degli oneri di salute e di sicurezza, si rivelerebbe un inutile e dannoso formalismo, in quanto lesivo del principio del favor participationis cui sono ispirate le procedure ad evidenza pubblica.

l'inciso "per quanto compatibili" di cui all'art. 164, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 deve essere interpretato nel senso che non è compatibile con il sistema della scelta del contraente, disegnato in sede europea e nazionale, l'applicabilità dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 all'affidamento di una concessione di servizi in cui, come nel caso in esame, l'elemento della prestazione lavorativa risulti di scarsa incidenza.

Materia: concessioni / disciplina

Pubblicato il 24/03/2021

N. 00247/2021REG.PROV.COLL.

N. 00826/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA
REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 826 del 2020, proposto dalla Trinacria Vending S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Stallone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Nunzio Morello, n. 40;

contro

il Liceo Classico Empedocle - Agrigento, il Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, l'Ufficio Scolastico Regionale Sicilia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Palermo, via Valerio Villareale, n. 6;

nei confronti

la Stima S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Gitto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sede di Palermo, Sezione Terza, n. 1107 del 27 maggio 2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, del Liceo Classico Statale "Empedocle" di Agrigento e dell'Ufficio

Scolastico Regionale Sicilia;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Stima S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2021, svoltasi in collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, il Cons. Roberto Caponigro;

Vista la richiesta di passaggio in decisione senza discussione presentata dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, con nota di carattere generale a firma dell'Avvocato Distrettuale del 2 febbraio 2021;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Liceo Classico Statale Empedocle di Agrigento, con avviso pubblico del 21 giugno 2019, ha bandito una gara per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione automatica di bevande, calde e fredde, e prodotti alimentari preconfezionati presso le proprie sedi, per un periodo di 36 mesi, a far data dal 1° settembre 2019 e fino al 31 agosto 2022.

Alla gara, hanno partecipato sette imprese, tra cui l'appellante Trinacria Vending, in origine aggiudicataria.

L'aggiudicazione definitiva in favore della Trinacria Vending è stata annullata in autotutela per un errore nell'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta economica, per cui l'aggiudicazione è stata disposta in favore della Stima s.r.l., con collocazione

dell'appellante in seconda posizione.

Di talché, la Trinacria Vending ha impugnato la detta aggiudicazione, deducendo che la Stima avrebbe omesso di indicare nella propria offerta sia i costi relativi alla sicurezza e salute, sia quelli relativi alla manodopera da sostenere per l'esecuzione dell'appalto, in violazione dell'obbligo imposto dall'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016.

2. Il ricorso è stato respinto dal Tar per la Sicilia, Sede di Palermo, Sezione Terza, con la sentenza 27 maggio 2020, n. 1107, avverso la quale la Trinacria Vending ha proposto il presente appello, articolando i seguenti motivi di impugnativa:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016. Impossibilità di qualificare la procedura bandita dalla stazione appaltante come semplice "contratto attivo".

L'affermazione secondo cui il codice dei contratti non si applicherebbe, se non nei suoi principi essenziali, all'affidamento in esame, poiché lo stesso rientrerebbe nel novero dei contratti attivi sarebbe conseguenza di un ragionamento viziato da diversi errori interpretativi, vale a dire la portata dell'art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016, la nozione di contratti ivi contenuta e la natura dell'affidamento di cui si discute, che costituirebbe evidentemente una concessione di servizi.

I "contratti attivi" cui allude l'art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016 sarebbero quelli in cui l'Amministrazione non pretende altro che la prestazione monetaria ed il maggior equivoco in cui sarebbe incorso il Tar riguarderebbe l'averne impropriamente esteso la

nozione di "contratti attivi" anche a contratti rientranti nel novero delle concessioni di servizi diversi da quelli menzionati dall'art. 17.

In definitiva, il riferimento ai contratti attivi di cui all'art. 4 dovrebbe essere letto in combinato disposto con l'art. 17 del codice e non potrebbe giammai essere inteso come esteso alle concessioni di servizio regolamentate dalla parte terza del codice.

Nel caso di specie, non si sarebbe in presenza di una semplice locazione, ma di una concessione di servizi, ossia di un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale la stazione appaltante affida ad un operatore economico la gestione di servizi riconoscendo a titolo di corrispettivo il diritto di gestire il servizio oggetto del contratto, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione.

D'altra parte non andrebbe neppure sottovalutato il *nomen iuris* attribuito dalla stazione appaltante alla procedura di gara.

Nel caso di specie, l'utilizzo dei locali sarebbe solo un elemento strumentale al servizio di ristoro svolto, accessorio e dipendente da esso.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 164, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016.

La sentenza appellata non terrebbe conto del fatto che la natura di concessione di servizi del contratto imporrebbe l'applicabilità alla fattispecie dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, che obbliga l'operatore economico ad 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.

Se i destinatari della disposizione sono i dipendenti dell'operatore economico, non vi sarebbe ragione per cui dovrebbero essere tutelati i dipendenti degli appaltatori e non quelli dei concessionari e l'applicabilità dell'art. 95, comma 10, del codice degli appalti alle concessioni di servizi alle concessioni di servizio sarebbe stata di recente confermata dal Consiglio di Stato.

Sul valore dell'affidamento.

La stazione appaltante, nell'avviso di selezione, avrebbe indicato come il valore dell'affidamento sia superiore alla soglia di € 40.000 previsto dall'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Sulla violazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016.

La sentenza impugnata, partendo dall'erroneo presupposto dell'inapplicabilità dell'art. 95 del codice degli appalti alla controversia in esame, avrebbe conseguentemente errato nel non ritenere che la controinteressata sarebbe dovuta essere esclusa dalla procedura per l'omessa indicazione dei costi della manodopera e della sicurezza nella propria offerta economica.

3. Il Liceo Classico Empedocle di Agrigento, il Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca e l'Ufficio Scolastico Regionale Sicilia si sono costituiti in giudizio per resistere all'appello.

4. La Stima, s.r.l. ha contestato la fondatezza delle argomentazioni dedotte, concludendo per la reiezione

dell'appello.

5. Alla udienza pubblica del 24 febbraio 2021, svoltasi in collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, la causa è stata trattenuta per la decisione.

6. L'appello è infondato e va di conseguenza respinto, per cui va confermato, sia pure con diversa motivazione, l'esito del giudizio di primo grado.

6.1 Il giudice di primo grado ha respinto il ricorso avendo ritenuto non applicabile alla fattispecie la previsione di cui all'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 in ragione del carattere attivo, e non passivo, del contratto prefigurato dal bando impugnato.

Il Collegio, sulla base di un diverso itinerario argomentativo, condivide la conclusione della non applicabilità al caso di specie del richiamato art. 95, comma 10.

6.2. Il contratto oggetto del bando non può essere qualificato *sic et simpliciter* come contratto attivo, ma costituisce una concessione di servizi, per cui, con riferimento alla qualificazione del rapporto, si rivela fondata la prima doglianza, la quale, però, come si vedrà *infra*, non è idonea a determinare di per sé l'accoglimento dell'appello.

La procedura di gara bandita dal Liceo Classico Empedocle di Agrigento ha ad oggetto "l'affidamento in concessione del servizio" di distribuzione automatica di bevande, calde e fredde, e prodotti alimentari preconfezionati, presso le sedi del Liceo.

Il servizio comprende le seguenti attività:

- trasporto, installazione e messa in funzione dei distributori nelle sedi cui sono destinati, all'inizio del servizio o, nel corso del contratto, quando richiesto dall'Amministrazione;
- gestione, rifornimento e manutenzione dei distributori per tutta la durata del contratto;
- disinstallazione, rimozione e ritiro dei distributori al termine del servizio o, nel corso del contratto, quando richiesto dall'Amministrazione.

Le argomentazioni dell'appellante in merito sono persuasive, in quanto non si è in presenza di una mera locazione di spazi, ma di una concessione di servizi.

6.2.1. In linea generale, occorre considerare che, per servizio di ristorazione mediante distributori automatici (servizio coincidente con quello oggetto della procedura di gara), si intende la gestione economico-funzionale del servizio di ristoro a mezzo di distributori automatici di alimenti, bevande e altri generi di conforto da collocarsi presso i locali dell'Istituzione; tale servizio comprende anche lo svolgimento di attività accessorie quali, a titolo esemplificativo, la consegna, l'installazione e la messa in esercizio dei distributori nonché la manutenzione.

In tal caso, così come nel più ampio servizio di ristorazione mediante bar, accanto all'affidamento del servizio, l'Istituzione concede al gestore l'utilizzo degli spazi interni necessari all'esercizio dell'attività (concessione di bene pubblico), con specifico riferimento alle aree nelle quali è ubicato il bar o, come nel caso di specie, sulle quali vengono installati i

distributori.

Il contratto di affidamento dei servizi in oggetto, secondo una consolidata giurisprudenza, si qualifica in termini di "concessione di servizi", in quanto determina l'assunzione in capo all'affidatario del rischio operativo legato alla sua gestione (*ex multis*: Cons. Stato, III, 3 agosto 2020, n. 4910; Cons. Stato, III, 18 giugno 2020, n. 3905; Cons. Stato, VI, ordinanza 6 dicembre 2019, n. 6073; Cons. Stato, V, 28 marzo 2019, n. 2065; Cons. Stato, III, 11 gennaio 2018, n. 127; Cons. Stato, VI, 16 luglio 2015, n. 3571; Cons. Stato, VI, 14 ottobre 2014, n. 5065).

Il rischio operativo si sostanzia essenzialmente in:

- rischio di domanda, in quanto il concessionario ottiene il proprio compenso non già dall'Istituzione ma dagli utenti che fruiscono del Servizio stesso (acquistando le bevande e gli alimenti offerti dal bar o dai distributori automatici), con conseguente rischio connesso alle possibili oscillazioni dei volumi di domanda;
- rischio di disponibilità, in quanto il concessionario deve gestire il servizio, garantendo i livelli prestazionali stabiliti nel contratto, trovando in caso contrario applicazione le penali pattuite nel contratto medesimo.

L'affidamento deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti.

Il concessionario di servizi può essere remunerato, a seconda

delle specificità del singolo affidamento: dall'utenza; mediante canone o pagamento da parte dell'Amministrazione; mediante contributo pubblico; attraverso una remunerazioni in diritti.

Nella fattispecie in esame, il concessionario è remunerato dall'utenza e tale forma di remunerazione si sostanzia nel *cash flow* derivante allo stesso dalla erogazione di servizi presso l'utenza (c.d. sfruttamento economico del servizio).

Tale forma di remunerazione, che, in definitiva, deriva dalla vendita dei servizi resi al mercato, è infatti connaturata ai cc.dd. servizi caldi, nei quali si configura un rischio operativo in capo al privato sul lato della domanda, ai sensi di quanto previsto dall'art. 165, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016.

6.2.2. Pertanto, il Collegio, sulla base delle descritte coordinate ermeneutiche, ritiene che la fattispecie contrattuale in esame possa qualificarsi come una concessione di servizi, che l'Istituto scolastico intende affidare a terzi, tramite installazione di distributori automatici di bevande e snack, accompagnata da una concessione d'uso di spazio pubblico (nell'ambito delle sedi del Liceo).

Infatti, anche a voler prescindere dalla espressa qualificazione di concessione di servizi fornita dalla stazione appaltante, l'oggetto della gara è costituito da un contratto a titolo oneroso con cui la stazione appaltante affida ad un operatore economico la gestione di un servizio riconoscendo a titolo di corrispettivo il diritto di gestire il servizio, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dello stesso, per cui l'oggetto della gara rientra esattamente nella

definizione di concessione di servizi scolpita dal codice dei contratti pubblici all'art. 3, comma 1, lett. vv).

Il servizio in discorso ha indubbiamente una rilevanza pubblica, in quanto, pur estraneo alle funzioni istituzionale dell'Amministrazione aggiudicatrice, ne costituisce comunque un'utilità accessoria, in favore degli utenti del servizio pubblico scolastico, vale a dire dei docenti, del personale impiegatizio, degli studenti e dei visitatori, sicché può ritenersi strumentale alle esigenze connesse alla continuità della presenza in sede del personale, nonché degli utenti del vero e proprio servizio pubblico scolastico.

In altri termini, la natura pubblica del servizio trova fondamento nella sua strumentalità allo svolgimento delle funzioni pubbliche istituzionali dell'Amministrazione scolastica.

Il rilievo pubblico della prestazione è altresì attestato dal fatto che il bando prevede un prezzo massimo sui corrispettivi dei prodotti, premiando in sede di attribuzione di punteggio chi ne abbassa l'importo, riservando all'Amministrazione concedente compiti di vigilanza e controllo, stabilendo che il servizio abbia determinate caratteristiche qualitative e ponendo una consistente serie di obblighi a carico del contraente, tanto che il punto 2, comma 2, del bando prevede come, in caso di ripetute e gravi mancanze da parte dell'affidatario del servizio, espressamente contestate, il contratto potrà essere unilateralmente risolto dal Dirigente Scolastico per inadempienza.

La consolidata giurisprudenza, come già in precedenza

evidenziato, qualifica in tal senso tale tipologia di rapporti contrattuali (*ex multis*: Cons. Stato, III, 14 ottobre 2020; Cons. Stato, V, 28 marzo 2019, n. 2065; Cons. Stato, III, 11 gennaio 2018, n. 127; Cons. Stato, III, 16 luglio 2015, n. 3571).

Da ultimo, sia pure in sede cautelare, è stata ritenuta corretta la qualificazione del contratto di gestione di un punto ristoro in termini di concessione o appalto di servizi, a seconda della traslazione o meno del rischio operativo (cfr. Cons. Stato, VI, ordinanza 6 dicembre 2019, n. 6073)

Nel caso di specie, la traslazione del rischio operativo sul contraente induce a qualificare il contratto come di concessione di servizi.

6.3. Ciò nonostante, il Collegio ritiene non applicabile alla fattispecie la previsione di cui all'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui, 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).

L'art. 164, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone che *"alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II del presente codice, relativamente ... ai criteri di aggiudicazione ..."*.

La questione si pone, in quanto l'art. 95 disciplina i criteri di aggiudicazione dell'appalto, per cui la disposizione potrebbe

essere teoricamente applicabile.

6.3.1. In *limine*, essendo stata la questione dibattuta tra le parti, occorre rilevare che l'art. 36, comma 2, lett. a) non assume rilievo nel caso di specie.

L'art. 36, comma 2, lett. a), infatti, si riferisce ad affidamenti di importo inferiore ad € 40.000, "*mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta*".

Diversamente, il Liceo Classico Empedocle ha indetto una procedura di gara per l'affidamento in concessione del servizio, sicché l'ipotesi rientra nella lett. b), dell'art. 36, che non è contemplata dall'art. 95, comma 10, tra i casi di esclusione.

6.3.2. Tuttavia, il Collegio ritiene che, per differenti ragioni, la fattispecie non rientri nel perimetro applicativo dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016.

In primo luogo, l'art. 164, comma 2, del codice dei contratti pubblici dispone che alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di servizi si applicano "per quanto compatibili", le disposizioni relative ai "criteri di aggiudicazione".

Ora, se è vero che l'art. 95 detta la disciplina dei criteri di aggiudicazione, è altrettanto vero che il comma 10, nel disporre 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, attiene ad un profilo non specificamente riferibile ai criteri di aggiudicazione, per cui l'inciso "per quanto

compatibili" contenuto nell'art. 164, comma 2, deve essere interpretato con particolare cautela, tenendo anche conto dei principi alla base delle procedure ad evidenza pubblica.

In proposito, pur a fronte di pronunce che hanno sostenuto l'applicazione dell'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici alla concessione di servizi per la gestione di un punto ristoro (da ultimo, la richiamata ordinanza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 6073 del 2019), la giurisprudenza è recentemente intervenuta per rilevare che, qualora si tratti di una concessione di servizi e non di un contratto passivo di appalto per lavori, servizi o forniture, la diversa struttura giuridica del negozio non comporta la dovuta applicazione della norma di cui al richiamato art. 95, comma 10, vista l'evidente differenza strutturale ed il peso economico assunto nei secondi dal costo del lavoro (Cons. Stato, V, 24 giugno 2020, n. 4034).

Nel caso di specie, in particolare, la componente "umana" del servizio assume rilievo minimo, riducendosi alle attività che richiedono la presenza fisica di prestatori di lavoro nell'adempimento degli obblighi del contraente previsti dall'art. 11 del bando (rifornimento dei distributori automatici e sostituzione degli stessi in caso di guasti irreparabili, pulizia, rimozione giornaliera dei rifiuti e manutenzione ordinaria e straordinaria dei distributori e degli impianti, nonché pulizia delle aree antistanti), le quali, da considerare in relazione alla tipologia di servizio gestito, richiedono evidentemente una minima applicazione di personale.

L'incidenza delle prestazioni di lavoro, invece, potrebbe

assumere maggiore consistenza nella diversa ipotesi di affidamento di "servizio di ristorazione mediante bar", in cui sarebbe necessario prevedere la presenza di uno o più cuochi e di altro personale a carattere continuativo, ma nel "servizio di ristorazione mediante distributori automatici" è intuitivamente esiguo.

Pertanto, richiedere per la gestione di un servizio con tali caratteristiche l'indicazione separata dei costi di manodopera e degli oneri di salute e di sicurezza, si rivelerebbe un inutile e dannoso formalismo, in quanto lesivo del principio del *favor participationis* cui sono ispirate le procedure ad evidenza pubblica.

La *ratio* dell'evidenza pubblica sia a livello nazionale che sovranazionale, infatti, è volta al migliore utilizzo possibile del danaro e degli altri beni della collettività e alla tutela della libertà di concorrenza tra le imprese.

Di talché, il principio cardine delle gare pubbliche è quello del *favor participationis*, atteso che solo attraverso la più ampia possibile presentazione di offerte da parte degli operatori economici "qualificati" è possibile garantire, da un lato, che l'Amministrazione individui, tra i tanti, il "miglior contraente", dall'altro, l'esplicazione di una piena ed effettiva concorrenza tra le imprese in un mercato libero (cfr. da ultimo, Cons. Stato, IV; 19 febbraio 2021, n. 1483).

Sulla base delle esposte considerazioni, l'inciso "per quanto compatibili" di cui all'art. 164, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 deve essere interpretato nel senso che non è compatibile con il

sistema della scelta del contraente, disegnato in sede europea e nazionale, l'applicabilità dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 all'affidamento di una concessione di servizi in cui, come nel caso in esame, l'elemento della prestazione lavorativa risulti di scarsa incidenza.

Ne consegue che l'appello proposto dalla Trinacria Vending s.r.l., pur fondato nel primo motivo, non può trovare accoglimento e deve essere respinto non sussistendo l'obbligo per i concorrenti della specifica indicazione dei costi di manodopera e degli oneri relativi alla sicurezza e alla sicurezza dei lavoratori, sicché l'aggiudicataria non avrebbe potuto essere legittimamente esclusa dalla gara.

6.4. Ad ogni buon conto, anche applicando alla fattispecie l'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici, l'esito della controversia non potrebbe essere differente, in quanto l'Amministrazione non avrebbe potuto escludere la Stima s.r.l. dalla gara senza previamente procedere al soccorso istruttorio. La Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 6069 del 2018, ha rimesso all'Adunanza Plenaria le seguenti questioni, oggetto di contrasti giurisprudenziali:

"se, per le gare bandite nella vigenza del d.lgs. n 18 aprile 2016, n. 50, la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale determini immediatamente e incondizionatamente l'esclusione del concorrente, senza possibilità di soccorso istruttorio, anche quando non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, né vengono in

rilievo profili di anomalia dell'offerta, ma si contesta che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri;

se, ai fini della eventuale operosità del soccorso istruttorio, assuma rilievo la circostanza che la lex specialis richiami espressamente l'obbligo di dichiarare gli oneri di sicurezza".

L'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 8 del 2020, ha rappresentato che la soluzione del quesito interpretativo è stata poi data, in altra vicenda, dalla sentenza della Nona Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 2 maggio 2019, causa C-309/18, ritenuta esaustiva dal supremo consesso, con cui si è affermato:

"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. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice."

La sentenza n. 8 del 2020 dell'Adunanza Plenaria ha ancora sottolineato che:

"La stessa decisione della Corte è stata peraltro già impiegata come canone interpretativo per la soluzione di analoghe vicende, sia dalle Sezioni di questo Consiglio di Stato (si veda Cons. Stato, V, 24 gennaio 2020, n. 604; id., V, 10 febbraio 2020 n. 1008) che dal giudice di prime cure (T.A.R. Lazio, 14 febbraio 2020 n. 1994, data nel giudizio che aveva originato quella rimessione alla CGUE).

In queste occasioni, affermata la dichiarata compatibilità con il diritto europeo degli automatismi espulsivi conseguenti al mancato rispetto delle previsioni di cui all'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici, le questioni residue sono state rivolte unicamente a delineare la portata dell'eccezione alla regola dell'esclusione automatica, collegata all'accertamento in fatto della possibilità di indicare le voci stesse nei modelli predisposti dall'amministrazione".

L'Adunanza Plenaria, quindi, ha "ricordato che la citata sentenza della Nona Sezione, 2 maggio 2019, causa C-309/18, ha demandato al giudice del rinvio di verificare se nel caso di specie «fosse in effetti materialmente impossibile indicare i costi della manodopera conformemente all'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e valutare se, di conseguenza, tale documentazione generasse confusione in capo agli offerenti, nonostante il rinvio esplicito alle chiare disposizioni del succitato codice" (punto 30), al fine di fare eventualmente applicazione del soccorso istruttorio".

Nella fattispecie in esame, la documentazione di gara non prevedeva l'indicazione separata dei costi di manodopera e degli oneri aziendali relativi alla sicurezza e alla salute suoi luoghi di lavoro, per cui, anche ove si fosse ritenuta applicabile la norma di cui all'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, l'Amministrazione concedente avrebbe dovuto applicare l'istituto del soccorso istruttorio, mentre non avrebbe potuto procedere alla diretta esclusione dell'operatore economico.

7. Le spese del giudizio, in ragione dei non sempre univoci indirizzi giurisprudenziali sulle questioni controverse, possono essere eccezionalmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando, respinge l'appello in epigrafe (R.G. n. 826 del 2020) e, per l'effetto, conferma, con diversa motivazione, l'impugnata sentenza di rigetto del ricorso di primo grado.

Compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2021, svoltasi in collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Marco Buricelli, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

Giuseppe Verde, Consigliere

Maria Immordino, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberto Caponigro

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)