



Sull'obbligo di ricorrere al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nel caso di servizi ad alta intensità di manodopera

Gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera ai sensi degli artt. 50, comma 1, e 95, comma 3, lett. a), del codice dei contratti pubblici sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand'anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo codice.

Materia: appalti / disciplina

Publicato il 21/05/2019

N. 00008/2019REG.PROV.COLL.

N. 00001/2019 REG.RIC.A.P.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1 di Adunanza plenaria del 2019, proposto da

Elisicilia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Borgia e Giuseppe Innocenti, con domicilio digitale come da p.e.c. da registri di giustizia;

contro

GSA – Gruppo Servizi Associati s.p.a., in persona del presidente del consiglio di amministrazione e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Ponti, Luca De Pauli e Luca Mazzeo, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Manfredi 5;

nei confronti

Azienda Socio Sanitaria Territoriale – A.S.S.T. della Valle Olona, in persona del direttore generale e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Avolio, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Tortolini 30;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Associazione Nazionale delle Imprese di Sorveglianza Antincendio – A.N.I.S.A., in persona del presidente e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Brugnoletti e Paolo Caruso, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Bertoloni n. 26/b;

Associazione Nazionale Imprese di Pulizia e Servizi Integrati, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Raffaello Perfetti, con domicilio digitale tratto da p.e.c. registri di giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 1872/2018, resa tra le parti, concernente la procedura negoziata, ai sensi dell'art. 63, commi 1 e 2, lettera c), del codice dei contratti pubblici, per l'affidamento del servizio di vigilanza antincendio a favore dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale – A.S.S.T. della Valle Olona

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di GSA – Gruppo Servizi Associati s.p.a e dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale – A.S.S.T. della Valle Olona;

Vista la sentenza non definitiva della III Sezione in data 5 febbraio 2019, n. 882;

Visti gli atti di intervento dell'Associazione Nazionale delle Imprese di Sorveglianza Antincendio – A.N.I.S.A. e dell'Associazione Nazionale Imprese di Pulizia e Servizi Integrati;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 aprile 2019 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Innocenti, Borgia, De Pauli, Mazzeo, Luciano, Brugnoletti, Caruso e Perfetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

§ - 1. Con la sentenza non definitiva in epigrafe la III Sezione di questo Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 1, cod. proc. amm., la questione, oggetto di contrasti di giurisprudenza, relativa a quale criterio di aggiudicazione debba applicarsi nelle procedure di affidamento di appalti pubblici di servizi, nel caso in cui questi contratti abbiano contemporaneamente caratteristiche di alta intensità di manodopera e siano standardizzate. La questione origina dal fatto che l'art. 95 del codice dei contratti pubblici, approvato con decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, prevede due criteri antitetici: quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, e quello del minor prezzo, rispettivamente ai sensi del comma 3, lett. a), per i servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'art. 50, comma 1, ovvero quei contratti «nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto»; e al comma 4, lett. b), per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate.

§ - 2. La III Sezione ha rimesso la questione nell'ambito di una controversia avente ad oggetto gli atti della procedura negoziata, ai sensi dell'art. 63, commi 1 e 2, lettera c), del codice dei contratti pubblici, indetta dall'Azienda Socio Sanitaria Territoriale – A.S.S.T. della Valle Olona per l'affidamento del servizio di vigilanza antincendio.

In questa controversia il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia – sede di Milano, adito in primo grado dalla GSA – Gruppo Servizi Associati s.p.a., ha annullato gli atti di gara, a causa del fatto che l'amministrazione aveva previsto il criterio di aggiudicazione del minor prezzo anziché quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il giudice di primo grado ha in particolare affermato che il rapporto tra i due criteri di aggiudicazione «è di specie a genere», tale per cui in presenza di servizi ad alta intensità di manodopera «scatta (...) un obbligo speciale di adozione del criterio dell'o.e.p.v. (offerta economicamente più vantaggiosa, n.d.e.) che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio fatta in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall'entità dello sforzo motivazionale dell'amministrazione».

§ - 3. Sull'appello dell'aggiudicataria Elisicilia s.r.l., secondo cui in virtù delle caratteristiche di standardizzazione sarebbe invece consentito per il servizio di vigilanza antincendio il ricorso al criterio del minor prezzo, la Sezione III ha quindi deferito in sede nomofilattica la questione del rapporto tra i due criteri di selezione delle offerte, su cui ha registrato pronunce di Tribunali amministrativi e di Sezioni giurisdizionali di questo Consiglio di Stato contrastanti: un primo orientamento di tenore analogo alla sentenza qui appellata (tra cui principalmente, presso la giurisprudenza d'appello, il precedente della medesima Sezione di cui alla sentenza del 2 maggio 2017, n. 2014 e della V Sezione, 16 agosto 2018, n. 4945); un più recente indirizzo che ha invece attribuito al criterio del minor prezzo per servizi con caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), dell'art. 95 «valenza derogatoria» rispetto alla ipotesi di servizi ad alta

intensità di manodopera (la Sezione rimettente cita in particolare la sentenza della stessa III Sezione del 13 marzo 2018, n. 1609).

§ - 4. Dopo il deferimento all'Adunanza plenaria sono intervenute in opposizione all'appello di Elisicilia le associazioni nazionali delle imprese di sorveglianza antincendio – A.N.I.S.A. e delle imprese di pulizia e servizi integrati.

§ - 5. In replica l'appellante ha eccepito l'inammissibilità di entrambi gli atti di intervento.

DIRITTO

§ - 1. Rispetto alla questione di diritto sottoposta dalla III Sezione a questa Adunanza plenaria è pregiudiziale quella concernente l'ammissibilità degli interventi in opposizione all'appello delle associazioni di categoria sopra menzionate, che Elisicilia contesta per i seguenti profili:

- per mancanza di «rappresentatività della categoria» dell'Associazione nazionale delle Imprese di Sorveglianza Antincendio, a causa del «numero esiguo di iscritti, appena 32, come la stessa dichiara», e per il fatto che la posizione della stessa associazione sul punto di diritto deferito all'Adunanza plenaria, favorevole all'adozione del solo criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è contraria a quella invece sostenuta da «aziende leader del settore della vigilanza antincendio», tra cui la stessa appellante Elisicilia;

- per l'analoga situazione in cui verserebbe l'Associazione Nazionale Imprese di Pulizie e Servizi Integrati, a causa della mancanza di un interesse omogeneo riferibile all'intera categoria di operatori economici del settore sottostante al suo intervento.

§ - 2. Così riassunte le contestazioni relative agli interventi, l'Adunanza plenaria li reputa entrambi ammissibili.

§ - 3. Non consta infatti che all'interno delle associazioni intervenienti, ed in particolare tra le imprese ad esse rispettivamente aderenti, vi siano posizioni contrastanti sulla questione di diritto posta dalla Sezione rimettente nella presente sede nomofilattica. Per stessa ammissione della Elisicilia il contrasto su tale questione si pone infatti tra le medesime associazioni ed essa appellante, che tuttavia non è iscritta a nessuna di queste due.

§ - 4. Esclusa nei termini ora descritti l'ipotesi di conflitto di interessi, che secondo la costante giurisprudenza amministrativa priva di legittimazione ad intervenire gli enti collettivi (cfr. tra le altre: Cons. Stato, Ad. plen. 2 novembre 2015, n. 9), deve precisarsi che una simile situazione conflittuale non può essere desunta dall'esistenza di posizioni differenziate all'interno della medesima categoria di operatori economici o professionali, quando ad intervenire nel giudizio amministrativo non sia un ente preposto alla rappresentanza istituzionale di quest'ultima.

Nel contestare la legittimazione ad intervenire delle due associazioni Elisicilia muove dall'errata premessa secondo cui queste sarebbero investite della rappresentanza dell'intera categoria di operatori di un settore economico e che pertanto ad essa sia riferibile tale condizione dell'azione giurisdizionale. Una simile prospettiva può tuttavia addirsi al caso degli ordini professionali, per i quali una rappresentanza così estesa ha fondamento nella legge, ma non anche alle associazioni di imprese, il cui potere rappresentativo ha invece origine nel contratto istitutivo dell'ente collettivo, dacché la sua limitazione alle sole imprese liberamente iscritte a quest'ultimo.

§ - 5. In base alla considerazione ora svolta il requisito dell'omogeneità dell'interesse fatto valere in giudizio attraverso l'intervento in adesione o per opporsi ad un ricorso giurisdizionale amministrativo deve essere accertato nell'ambito della sola base associativa, oltre che in relazione alla natura della questione controversa in giudizio e alla sua riconducibilità agli scopi statuari dell'ente (con riguardo a quest'ultimo profilo si rinvia ancora al precedente dell'Adunanza plenaria poc'anzi citato). Sulla base dei rilievi ora svolti non può ritenersi sfornita della legittimazione ad intervenire in giudizio un'associazione di imprese quando, incontestata da un lato la rilevanza della questione per le finalità statuarie di entrambe le due associazioni intervenienti, su cui non vi sono questioni da parte dell'appellante, non risulta dall'altro lato che alcuno degli operatori economici che ad essa partecipi abbia assunto iniziative di carattere giurisdizionale contrastanti con l'intervento in giudizio dell'ente collettivo.

§ - 6. L'appellante pretende invece di desumere la legittimazione ad intervenire delle due associazioni di imprese dalla loro rispettiva rappresentatività nell'ambito del rispettivo settore professionale. Il criterio così ipotizzato introduce tuttavia una valutazione di carattere quantitativo, rilevante in ipotesi ai fini dell'ammissione delle stesse alle sedi della contrattazione collettiva, ma non coerente con la natura delle odierne intervenienti di associazioni di diritto privato e pertanto non necessaria perché queste ultime possano perseguire gli scopi statuari di tutela degli interessi degli operatori economici ad esse aderenti.

§ - 7. Superata la questione dell'ammissibilità degli interventi si può procedere ad esaminare il punto di diritto sottoposto ai sensi del sopra richiamato art. 99, comma 1, cod. proc. amm. all'esame dell'Adunanza plenaria, sopra sintetizzato, in base al quale va stabilito quale sia il criterio di selezione delle offerte da applicare per appalti pubblici di servizi che, come ormai accertato dalla Sezione III con la sentenza non definitiva del 5 febbraio 2019, n. 882, abbiano contemporaneamente caratteristiche di alta intensità di manodopera – ovvero il cui costo per tale voce dell'offerta sia «pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto» (art. 50, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, sopra richiamato) – e standardizzate.

La questione si colloca nel contesto delle disposizioni di cui si compone l'art. 95 del codice dei contratti pubblici, relativo ai «Criteri di aggiudicazione dell'appalto» (così la rubrica).

Vengono in rilievo in particolare i commi:

- 2, il quale enuncia la regola secondo cui le stazioni appaltanti aggiudicano gli appalti («procedono all'aggiudicazione», recita la norma) «sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa», individuato secondo l'alternativa «del miglior rapporto qualità/prezzo» - corrispondente al tradizionale criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui al previgente quadro normativo (cfr. il considerando 89 della direttiva 2014/24/UE) - o «sulla base dell'elemento prezzo o del costo», quest'ultimo integrato dalla «comparazione costo/efficacia», sulla base degli elementi previsti nel successivo art. 96;

- 3, per il quale «Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo» i servizi ivi previsti, tra cui quelli «ad alta intensità di manodopera» (lettera a);

- 4, che invece facoltizza le stazioni appaltanti («Può essere utilizzato») a ricorrere al «criterio del minor prezzo» per aggiudicare i contratti ivi elencati, tra cui «i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate» (lettera b);

- 5, che per quest'ultima ipotesi onera le stazioni appaltanti a dare un'«adeguata motivazione».

§ - 8. Come già rilevato dalla Sezione rimettente, dall'analisi dell'art. 95 del codice dei contratti pubblici si ricava che nell'ambito della generale facoltà discrezionale nella scelta del criterio di aggiudicazione, a sua volta insita nell'esigenza di rimettere all'amministrazione la definizione delle modalità con cui soddisfare nel miglior modo l'interesse pubblico sotteso al contratto da affidare, le stazioni appaltanti sono nondimeno vincolate alla preferenza accordata dalla legge a criteri di selezione che abbiano riguardo non solo all'elemento prezzo, ma anche ad aspetti di carattere qualitativo delle offerte.

Più precisamente, la preferenza in questione:

- è in primo luogo desumibile dal comma 2 dell'art. 95 del codice dei contratti, attraverso la previsione di due criteri di aggiudicazione in cui hanno rilievo aspetti di carattere qualitativo, e cioè il «miglior rapporto qualità/prezzo» e il criterio con a base il «costo» dell'opera, bene o servizio acquisito «seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita», che ai sensi del successivo art. 96 tenga conto degli oneri per l'amministrazione legati all'acquisizione, alla manutenzione, ai consumi energetici in fase di utilizzo, alle «esternalità ambientali» e a quelli connessi al «fine vita»;

- è inoltre espresso sia al comma 3 del medesimo art. 95, con l'obbligo di fare ricorso per gli appalti di servizi ivi elencati al solo criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, sia – all'opposto – attraverso l'obbligo di motivazione ai sensi del comma 5, laddove invece l'amministrazione opti per il criterio del massimo ribasso nelle ipotesi invece previste nel comma 4.

§ - 9. La preferenza attribuita dal codice dei contratti pubblici a criteri non basati sul solo elemento del prezzo è poi coerente con i principi e criteri direttivi previsti dalla legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, per l'attuazione delle direttive sugli appalti pubblici del 2014, tra cui la direttiva europea 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, sui contratti di appalto pubblico.

L'art. 1, comma 1, lett. ff) della legge delega prevede l'«utilizzo (...) del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita e includendo il «miglior rapporto qualità/prezzo» valutato con criteri oggettivi sulla base degli aspetti qualitativi, ambientali o sociali connessi all'oggetto dell'appalto pubblico». Ad esso fa seguito la seguente precisazione: «regolazione espressa dei criteri, delle caratteristiche tecniche e prestazionali e delle soglie di importo entro le quali le stazioni appaltanti ricorrono al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta».

Nella medesima linea si colloca la successiva lettera gg), recante il criterio direttivo secondo cui l'aggiudicazione dei contratti pubblici «relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché a quelli di servizi ad alta intensità di manodopera» deve essere disposta «esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come definita dalla lettera ff)», con esclusione «in ogni caso» del solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo «inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta». In termini analoghi è poi formulato il criterio direttivo previsto dalla lettera fff) del medesimo art. 1, comma 1, della legge delega.

§ - 10. I criteri direttivi così previsti dalla legge delega costituiscono a loro volta attuazione dell'art. 67 della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici.

E' infatti la disposizione di diritto sovranazionale ora richiamata ad avere integrato l'alternativa tradizionale tra offerta economicamente più vantaggiosa e minor prezzo, prevista dall'art. 53 della previgente direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 (relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi), con un ulteriore criterio di selezione delle offerte con a base il costo, secondo «un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita». L'ultimo capoverso del paragrafo 2 del medesimo art. 67 ha quindi riconosciuto al legislatore nazionale la facoltà di prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici «non possano usare solo il prezzo o il costo come unico criterio di aggiudicazione» o di «limitarne l'uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalto».

§ - 11. E' poi nell'ambito del margine di apprezzamento discrezionale così attribuito al legislatore nazionale che il codice dei contratti pubblici ha da un lato escluso la possibilità di fare ricorso a qualsiasi criterio di aggiudicazione con a base il prezzo o il costo per i servizi previsti nel comma 3 dell'art. 95; e dall'altro lato ha consentito per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate, ai sensi del comma 4, lett. b),

del medesimo art. 95, di impiegare il criterio del massimo ribasso, purché di ciò sia data adeguata motivazione.

§ - 12. Come poi deducono le associazioni di imprese intervenienti, la preferenza per criteri che consentano alle amministrazioni di valutare ai fini dell'aggiudicazione di appalti pubblici aspetti di carattere qualitativo va fatta risalire agli indirizzi di politica generale delle istituzioni sovranazionali, a partire dalla «strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» denominata “Europa 2020” (di cui alla comunicazione COM/2010/2020 del 3 marzo 2010 della Commissione europea), per l'attuazione della quale gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale (cfr. considerando n. 2 della direttiva 2014/24/UE). Nella comunicazione ora richiamata la Commissione europea ha infatti formulato l'obiettivo di conseguire una «crescita inclusiva», finalizzata a promuovere «la coesione economica, sociale e territoriale», ed inoltre una crescita «intelligente», per sviluppare un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione, e «sostenibile», in grado di migliorare l'efficienza nell'utilizzo delle risorse e che sia «più verde e più competitiva». Nell'ambito della coesione economica e sociale proprie dell'obiettivo di crescita intelligente si colloca quindi la promozione di migliori condizioni del lavoro nell'impresa, sotto il profilo della sicurezza sui luoghi di lavoro e del trattamento economico dei relativi addetti.

In questo quadro, con specifico riguardo al settore dei contratti pubblici, nella risoluzione del 25 ottobre 2011 sulla modernizzazione degli appalti pubblici (2011/2048(INI)), prodromica all'approvazione delle direttive del 2014, il Parlamento europeo ha manifestato l'avviso che il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso «non debba più essere il criterio determinante per l'aggiudicazione di appalti», ma debba essere sostituito «in via generale con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa in termini di benefici economici, sociali e ambientali, tenendo conto dei costi dell'intero ciclo di vita dei beni, servizi o lavori di cui trattasi», salvo mantenere il primo «quale criterio decisivo in caso di beni o servizi altamente standardizzati», così da stimolare «l'innovazione e gli sforzi per ottenere la massima qualità e il massimo valore, promuovendo pertanto il rispetto dei criteri della strategia Europa 2020» (punto n. 13). L'indirizzo è stato ribadito a posteriori nella risoluzione del 4 ottobre 2018 sul pacchetto sulla strategia in materia di appalti pubblici (2017/2278(INI)), in cui il Parlamento europeo ha valutato con favore il fatto che «molti Stati membri abbiano adottato misure per l'uso di criteri di qualità (compreso il miglior rapporto qualità/prezzo)», ed ha quindi incoraggiato il ricorso a «criteri diversi dal semplice prezzo più basso, tenendo conto di aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali» (punto n. 12).

§ - 13. La preferenza per criteri non incentrati sul solo prezzo è poi espressa nei considerando della direttiva 2014/24/UE, e precisamente:

- al considerando 90, in cui al fine di conseguire l'obiettivo di «incoraggiare maggiormente l'orientamento alla qualità degli appalti pubblici» si formula la seguente raccomandazione: «dovrebbe essere consentito agli Stati membri di proibire o limitare il ricorso al solo criterio del prezzo o del costo per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa qualora lo ritengano

appropriato» (raccomandazione poi trasfusa sul piano precettivo nella facoltà di scelta attribuita agli Stati membri dal sopra citato art. 67, paragrafo 2, ultimo capoverso, della direttiva);

- considerando 92, in cui, nel ribadire che le amministrazioni aggiudicatrici «dovrebbero essere incoraggiate a scegliere criteri di aggiudicazione che consentano loro di ottenere lavori, forniture e servizi di alta qualità che rispondano al meglio alle loro necessità», si precisa che la selezione non «dovrebbe basarsi solo su criteri che prescindono dai costi», ma anche su un «approccio costo/efficacia, come ad esempio la determinazione dei costi del ciclo di vita»;

- considerando 93, in cui si afferma che anche nell'ipotesi di prezzi di beni o servizi definiti da normative nazionali dovrebbe comunque rimanere ferma la possibilità di «valutare il rapporto qualità/prezzo sulla base di fattori diversi dal solo prezzo o dalla sola remunerazione».

§ - 14. Il ricorso a criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici basati non sul solo prezzo, e quindi non orientati in via esclusiva a fare conseguire all'amministrazione risparmi di spesa, ma idonei a selezionare le offerte anche sul piano qualitativo, in funzione di un miglioramento tecnologico, di un più efficiente utilizzo delle risorse energetiche e – per venire al caso oggetto del presente giudizio – della tutela delle condizioni economiche e di sicurezza del lavoro, può dunque essere ascritto agli obiettivi di politica generale sovranazionale, poi recepiti nelle direttive del 2014 sui contratti pubblici; ed infine a livello nazionale con il codice dei contratti pubblici.

Con specifico riguardo alla tutela delle condizioni economiche e di sicurezza del lavoro va quindi precisato che il ricorso a criteri in grado di valorizzare aspetti di carattere qualitativo è motivato dall'esigenza di assicurare una competizione non ristretta al solo prezzo, foriera del rischio di ribassi eccessivi e di una compressione dei costi per l'impresa aggiudicataria che possa andare a scapito delle condizioni di sicurezza sui luoghi di lavoro e dei costi per la manodopera, in contrasto con gli obiettivi di coesione sociale propri dell'obiettivo di crescita inclusiva enunciato dalla Commissione europea.

§ - 15. Peraltro, nella medesima direzione finora considerata convergono imperativi di matrice costituzionale, espressi dal principio secondo cui l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto «con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41, comma 2), finalizzato a conciliare le esigenze della crescita economica, per la quale l'intervento pubblico mediante l'affidamento di contratti d'appalto costituisce un rilevante fattore, con quelle di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori e delle loro condizioni contrattuali.

§ - 16. Dall'analisi sinora svolta può dunque affermarsi che il comma 3 dell'art. 95 si pone ad un punto di convergenza di valori espressi in sede costituzionale e facoltà riconosciute a livello europeo ai legislatori nazionali, per la realizzazione dei quali nel codice dei contratti pubblici il miglior rapporto qualità/prezzo è stato elevato ad criterio unico ed

inderogabile di aggiudicazione per appalti di servizi in cui la componente della manodopera abbia rilievo preponderante.

§ - 17. Sulla base dell'analisi normativa interna ed europea, e della cornice indirizzo politico-legislativo ad esse presupposta, si può dunque pervenire a definire il rapporto tra i commi da 2 a 5 dell'art. 95 in esame nel senso seguente:

- ai sensi del comma 2 le amministrazioni possono aggiudicare i contratti di appalto pubblico secondo il criterio (ora denominato in generale) dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata dal miglior rapporto qualità/prezzo o che abbia a base il prezzo o il costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia;

- in attuazione della facoltà riconosciuta agli Stati membri dalla direttiva 2014/24/UE di escludere o limitare per determinati tipi di appalto il solo prezzo o il costo (art. 67, par. 2, ultimo cpv., sopra citato), e in conformità ai criteri direttivi della legge delega n. 11 del 2016, il comma 3 pone invece una regola speciale, relativa tra l'altro ai servizi ad alta intensità di manodopera, derogatoria di quella generale, in base alla quale per essi è obbligatorio il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo;

- per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate si riepande invece la regola generale posta dal comma 2, con il ritorno alla possibilità di impiegare un criterio di aggiudicazione con a base l'elemento prezzo, e precisamente il «minor prezzo», purché questa scelta sia preceduta da una «motivazione adeguata».

§ - 18. Nell'ipotesi in cui un servizio ad alta intensità di manodopera abbia contemporaneamente caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo art. 95, come nel caso che ha dato origine alla rimessione a questa Adunanza plenaria, vi è un concorso di disposizioni di legge tra loro contrastanti, derivante dal diverso ed antitetico criterio di aggiudicazione rispettivamente previsto per l'uno o l'altro tipo di servizio e dal diverso grado di precettività della norma. Si pone quindi un conflitto (o concorso apparente) di norme, che richiede di essere risolto con l'individuazione di quella prevalente. Il conflitto così prospettato non può che essere risolto a favore del criterio di aggiudicazione del miglior rapporto qualità/prezzo previsto dal comma 3, rispetto al quale quello del minor prezzo invece consentito in base al comma 4 è subvalente.

§ - 19. La soluzione ora espressa (di recente riaffermata dalla V Sezione di questo Consiglio di Stato, con sentenza 24 gennaio 2019, n. 605) è infatti conseguenza diretta di quanto rilevato in precedenza, e cioè del carattere speciale e derogatorio di quest'ultima regola rispetto a quella generale, laddove il criterio del minor prezzo ai sensi del comma 4 ne segna invece il ritorno, con la riaffermazione della facoltà di scelta discrezionale dell'amministrazione di aggiudicare l'appalto secondo un criterio con a base il (solo) prezzo. Il ritorno alla regola generale incontra tuttavia un ostacolo insuperabile nella deroga prevista nel comma 3, che impone alle amministrazioni un obbligo anziché una mera facoltà, per cui per effetto di essa in tanto è possibile aggiudicare i contratti di appalto di servizi con

caratteristiche standardizzate al massimo ribasso in quanto il servizio non abbia nel contempo abbia caratteristiche di alta intensità di manodopera.

§ - 20. Contrariamente a quanto sostiene l'appellante Elisicilia non è per contro predicabile un analogo carattere di specialità del comma 4 del medesimo art. 95 del codice dei contratti pubblici rispetto al precedente comma 3. Infatti, nella misura in cui esso si limita a riaffermare una facoltà di scelta, già consentita in via generale, con la sola precisazione rispetto al comma 2 secondo cui questa facoltà si estende sino al punto di porre a base della selezione delle offerte il solo prezzo senza alcuna comparazione con aspetti di carattere qualitativo delle offerte, la stessa non è in grado di derogare alla norma speciale prevista nel comma 3, in base alla quale nessuna facoltà di apprezzamento discrezionale è invece riconosciuto all'amministrazione.

Pertanto, la tesi posta a base del presente appello attribuirebbe al comma 4 una portata eccedente dai suoi limiti oggettivi, con effetto di deroga alla norma a sua volta derogatoria contenuta nel precedente comma 3. La "deroga della deroga" così ipotizzata sortirebbe quindi l'effetto di impedire che sia invece quest'ultima disposizione ad essere applicata per i servizi ad alta intensità di manodopera con caratteristiche standardizzate. In questo modo gli obiettivi di tutela del lavoro potrebbero essere sacrificati alle esigenze di carattere tecnico e alle determinazioni discrezionali dell'amministrazione, laddove invece sulla base degli indirizzi elaborati in sede europea e dei valori affermati nella Costituzione i primi costituiscono obiettivi primari da perseguire nel settore dei contratti pubblici.

A quest'ultimo riguardo, va aggiunto che sebbene una simile scelta sia soggetta ad un onere di motivazione rafforzata, secondo quanto previsto dal comma 5 dell'art. 95 d.lgs. n. 50 del 2016, nondimeno, in considerazione della portata del sindacato giurisdizionale di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale dell'amministrazione, si potrebbe determinare se non un'abrogazione in parte qua del comma 3 della medesima disposizione, come sul punto sottolinea l'originaria ricorrente GSA, quanto meno una sua disapplicazione, di fatto, in via amministrativa.

§ - 21. Per superare la descritta aporia cui la tesi l'appellante Elisicilia conduce, quest'ultima prospetta sul piano dell'interpretazione letterale delle norme un diverso grado di specialità interno a quest'ultimo comma dell'art. 95.

In base ad esso dovrebbero essere obbligatoriamente aggiudicati secondo il miglior rapporto qualità/prezzo i soli servizi da esso elencati in modo puntuale, ovvero i contratti di appalto relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, e non anche quelli ad alta intensità di manodopera. Ciò in base all'assunto secondo cui questi ultimi formano un insieme più ampio, definito dal codice mediante una formulazione di carattere generale, che pertanto sarebbe a sua volta derogabile dal comma 4, in ragione della sua natura di norma speciale.

§ - 22. La soluzione interpretativa così prospettata non è tuttavia percorribile.

Infatti, per un verso con essa si scinde un precetto unitario, che obbliga le stazioni appaltanti a ricorrere al criterio di aggiudicazione da ultimo richiamato, senza alcuna distinzione, per tutte le fattispecie di appalti di servizi ivi previste (servizi sociali e di ristorazione collettiva oltre a quelli ad alta intensità di manodopera); e che inoltre si basa sul medesimo fondamento razionale, dato dalla necessità di tutelare persone in condizione di svantaggio sul piano sociale o economico: utenti del servizio nel caso di servizi sociali e di ristorazione collettiva, lavoratori ad esso addetti per quelli ad alta intensità di manodopera. Per altro verso la soluzione in esame porta ad affermare, in contrasto con l'analisi della normativa svolta finora, che la standardizzazione del servizio costituisca elemento specializzante e tale da giustificare la prevalenza del criterio di aggiudicazione del massimo ribasso per esso previsto, laddove questo è oggetto di una semplice facoltà discrezionale e non già di un obbligo, come invece il miglior rapporto qualità/prezzo per i servizi di cui al comma 3.

§ - 23. Ulteriore argomento addotto da Elisicilia a sostegno della tesi della possibilità di aggiudicare un appalto ad alta intensità di manodopera con caratteristiche standardizzate con il criterio del massimo ribasso consiste nel fatto che questa soluzione adottata dal codice dei contratti pubblici non è in contrasto con i criteri direttivi enunciati nella legge delega per l'attuazione delle direttive europee, n. 11 del 2016, sopra richiamata.

§ - 24. Il contrasto è invece evidente e ricavabile dalla formulazione letterale del criterio direttivo enunciato nella lett. gg), a tenore del quale devono essere aggiudicati «esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come definita dalla lettera ff), escludendo in ogni caso l'applicazione del solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta» i contratti d'appalto ivi elencati, tra cui i servizi ad alta intensità di manodopera e gli altri poi riprodotti nell'art. 95, comma 3, lett. a), del codice dei contratti pubblici [come in precedenza rilevato, anche il criterio di cui alla lett. fff), della legge delega si esprime in termini di esclusione del criterio «del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta» per i servizi ad alta intensità di manodopera]. Dalla tesi dell'appellante emerge dunque una possibile violazione dell'art. 76 della Costituzione nel rapporto tra legge di delegazione e decreto delegato, che impone di seguire quella contraria.

§ - 25. Respinte dunque le argomentazioni poste a base dell'appello di Elisicilia, si può dunque pervenire a risolvere la questione di diritto deferita a questa Adunanza plenaria nei termini seguenti: «gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera ai sensi degli artt. 50, comma 1, e 95, comma 3, lett. a), del codice dei contratti pubblici sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand'anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo codice».

§ - 26. In questo senso va dunque composto il contrasto di giurisprudenza venutosi a creare per effetto delle pronunce richiamate dalla Sezione rimettente, in particolare per effetto della sentenza della III Sezione del 13 marzo 2018, n. 1609, in precedenza richiamata, che pure per un servizio di

vigilanza antincendio a favore di un'azienda sanitaria locale, in una controversia tra Elisicilia e GSA, odierne parti litiganti, aveva invece affermato la prevalenza del criterio del massimo ribasso ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. b), del codice dei contratti pubblici (peraltro supponendo che: «la tipologia di cui alla lett. b) del comma 4 dell'art. 95 attiene ad un'ipotesi ontologicamente del tutto differente sia dall'appalto "ad alta intensità di manodopera" di cui all'art.95 comma 3 lett. a) che concerne prestazioni comunque tecnicamente fungibili»; e non già all'esito di un'analisi del rapporto strutturale tra le due diverse disposizioni di legge).

Richiamato il principio poc'anzi espresso, va quindi ribadito che le caratteristiche di servizio ad alta intensità di manodopera della vigilanza antincendio non consentono che lo stesso sia aggiudicato con il criterio del massimo ribasso, benché caratterizzato anche da una forte standardizzazione dello attività in esso comprese.

§ - 27. In applicazione del medesimo principio l'appello di Elisicilia deve essere respinto, senza necessità di restituire alla Sezione rimettente «il resto il giudizio», ai sensi dell'art. 99, comma 4, cod. proc. amm., dal momento che ad esso si è attenuto il Tribunale amministrativo con la sentenza qui impugnata e che le censure contenute nel presente appello si incentrano essenzialmente sulla questione che ha dato origine alla rimessione all'Adunanza plenaria.

§ - 28. Oltre a ciò l'appellante enuclea un profilo di contraddittorietà nella motivazione della sentenza di primo grado, per avere il Tribunale amministrativo innanzitutto dichiarato l'inammissibilità del ricorso di GSA nella parte diretta censurare il ricorso alla procedura negoziata da parte dell'Azienda sanitaria della Valle Olona, per carenza di interesse a contestare una modalità di affidamento che nondimeno non aveva precluso alla ricorrente di concorrervi; e per non avere invece dichiarato inammissibili per la medesima ragione anche le censure relative al criterio di aggiudicazione, poi accolte (§ 1.6 dell'atto di appello).

§ - 29. Senonché nessuna contraddizione è ravvisabile in questi due diversi capi della sentenza di primo grado. Se infatti l'operatore economico che sia stato invitato ad una procedura di affidamento non conforme agli obblighi di evidenza pubblica improntati alla massima partecipazione non può lamentare alcuna lesione della sfera giuridica, donde la carenza di interesse a formulare censure di legittimità al riguardo, non altrettanto può sostenersi nel caso di esito per lo stesso non favorevole della gara, a causa del criterio di valutazione delle offerte prescelto dall'amministrazione. Dall'accertamento dell'illegittimità di quest'ultimo deriva infatti la reintegrazione del suo interesse ad ottenere l'aggiudicazione - il solo rilevante nei giudizi di impugnazione di atti di procedure di affidamento (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 26 luglio 2012, n. 30) - sia pure in via strumentale, attraverso la sua rinnovazione parziale. A quest'ultimo riguardo va precisato che nella presente sede si prescinde dalle vicende intervenute in fase esecutiva del servizio in contestazione nel presente giudizio, in relazione alle quali la Sezione rimettente si è peraltro già pronunciata, respingendo l'eccezione di improcedibilità per sopravvenuta

carenza di interesse del ricorso di GSA (§ 4.3 della sentenza non definitiva del 5 febbraio 2019, n. 882).

Che poi l'interesse di carattere strumentale alla ripetizione della procedura di gara sia sufficiente ad integrare l'interesse ex art. 100 cod. proc. amm. ad agire in sede giurisdizionale è acquisizione ormai pacifica presso la giurisprudenza amministrativa (a livello nomofilattico si ricorda: Cons. Stato, Ad. plen., 10 novembre 2008, n. 11; presso le Sezioni di questo Consiglio di Stato, oltre alla sentenza parziale di rimessione, vanno ricordate della stessa le sentenze 15 novembre 2018, n. 6439, 22 giugno 2018, n. 3861; e della VI Sezione, 18 gennaio 2018, n. 293).

§ - 30. Infine, in ragione dell'esistenza del contrasto di giurisprudenza che hanno dato origine alla rimessione in sede nomofilattica si ravvisano giusti motivi ex art. 92 cod. proc. civ. per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, enuncia il principio di diritto indicato in motivazione; respinge pertanto l'appello e compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Franco Frattini, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Francesco Caringella, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Massimiliano Noccelli, Consigliere

IL PRESIDENTE

Filippo Patroni Griffi

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

Fabio Franconiero