

**NOTA A CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE TERZA,  
SENTENZA NON DEFINITIVA 5 febbraio 2019, n. 882**

*Sul rapporto tra i criteri di aggiudicazione dell'appalto: quesiti insoluti.*

*Si attende il responsum dell'Adunanza Plenaria.*

**A cura di GAIA TROISI**

**SOMMARIO: 1. Predire il futuro, analizzando il passato: l'affidamento dei «servizi ad alta intensità di manodopera» secondo il T.A.R. . – 2. L'approdo in Consiglio di Stato: interessi antitetici “a rapporto”. – 3. L'irremovibilità *pro tempore* da «specie» a «genere»: un omaggio alla tradizione. – 4. I cavalieri del comma 4 e la valorizzazione di un *tertium genus*. – 5. L'atteso verdetto in sede Plenaria.**

**1. Predire il futuro, analizzando il passato: l'affidamento dei «servizi ad alta intensità di manodopera» secondo il T.A.R. .**

L'oggetto dello studio corrente si rivolge a un *decisum* in tema di appalti pubblici, meritevole di aggiudicarsi un ruolo esemplare sul podio delle questioni di rilevante attualità in seno alla giurisprudenza amministrativa.

Data la particolare complessità avvolta intorno ad essa, la *quaestio* in analisi è tuttora in cerca di una puntuale definizione, in attesa di un risolutivo riscontro dell'Adunanza Plenaria.

Per consentire al lettore un'agevole comprensione dello scritto, ancorché di calarsi adeguatamente nel contesto “ambientale” e normativo di riferimento, si rende opportuno, a parere della scrivente, ripercorrere succintamente i punti salienti della pronuncia resa dal Giudice di prime cure.

Con ricorso giurisdizionale innanzi al T.A.R. territorialmente competente, la ricorrente G.S.A. S.p.a. censurava i provvedimenti emessi dalla stazione appaltante – Azienda Socio Sanitaria Territoriale della V.D.O. – in esecuzione di una procedura negoziata preordinata all'affidamento di un servizio di vigilanza antincendio.

Tra i motivi del gravame emergeva ridondante la violazione dell'art. 95, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, a fronte del quale, in vista di un affidamento di un servizio «ad alta intensità di manodopera», s'imporrebbe l'adesione cogente al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Malgrado ciò, la stazione appaltante aveva erroneamente posto fine ai lavori di gara concludendo per l'aggiudicazione in favore della E. S.r.l. – odierna appellante – avvalendosi del concorrente criterio del minor prezzo *ex art.* 95, comma 4.

La *ratio* delle determinazioni cui era addivenuta l'amministrazione aggiudicatrice albergava nella considerazione che il servizio conteso fosse connotato da “elevata ripetitività”, altrimenti noto sotto l'epitaffio di servizio standard<sup>1</sup>.

Il Giudice di prime cure, destinatario del ricorso, accoglieva di buon grado le censure mosse dalla ricorrente, all'uopo rilevando che il rapporto tra le due disposizioni insite nell'art. 95 si collocherebbe nel solco da «specie» a «genere».

Ne discende che in ordine all'affidamento dei servizi in oggetto – nei quali, si ricorda, il costo della manodopera è pari almeno al cinquanta per cento dell'importo totale del contratto<sup>2</sup> – graverebbe un onere speciale e inderogabile per la P.A. di procedere con l'aggiudicazione dell'appalto mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ancorché questi siano permeati di “elevata ripetitività”.

## **2. L'approdo in Consiglio di Stato: interessi antitetici “a rapporto”.**

Giunta alla soglia di Palazzo Spada, l'appellante E. S.r.l. deduceva che la stazione appaltante – in dispregio di quanto ritenuto dal Giudice di prime cure – non era in alcun modo vincolata a un solo tassativo parametro di aggiudicazione.

D'altronde, in virtù della singolare tipologia riconducibile alla commessa pubblica *de qua*, ragionevolmente l'Amministrazione poteva e aveva dato corso a una soluzione alternativa descritta nella stessa norma regolatrice della fattispecie, la quale ammette (“*per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate e le cui condizioni siano definite dal mercato*”)<sup>3</sup> l'opportunità di dar séguito al criterio del prezzo più basso.

---

<sup>1</sup> *Cfr.* Art. 95, comma 4, d.lgs. n. 50/2016.

<sup>2</sup> Art. 50, d.lgs. n. 50/2016.

<sup>3</sup> Art. 95, comma 4, d.lgs. n. 50/2016.

Sicché, la sentenza gravata avrebbe trascurato la peculiarità del servizio antincendio, il cui assetto organizzativo ed esecutivo appare compiutamente definito dal D.M. 19.3.2015, ancorché dettagliatamente implementato dalla disciplina contenuta nel capitolato tecnico.

### **3. L'irremovibilità *pro tempore* da «specie» a «genere»: un omaggio alla tradizione.**

In via preliminare il Collegio adito, attesa la gracile natura del contrasto, sollevava l'opportunità di promuovere l'intervento dell'Adunanza Plenaria.

A tal fine, conferiva prioritario riscontro alla patente attenzione legislativa verso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in luogo del secondo parametro di aggiudicazione del minor prezzo.

In subordine, puntava il fulcro della propria riflessione sul nodo esegetico avvolto intorno alla controversa relazione tra le due disposizioni offerte dall'art. 95 d.lgs. n. 50/2016, interrogandosi sul se tale rapporto sia da ricondurre al *genus* di «specie» a «genere» (come interpretato in primo grado dal T.A.R.) o se, per contro, residuino in concreto margini per una lettura contraria.

Sul punto, il Collegio ripercorreva i solchi significativi di un primo indirizzo giurisprudenziale<sup>4</sup> di rango “conservatore”, teso a consolidare un'ermeneutica testuale, aderente alla prima opzione interpretativa.

Sicché, al ricorrere delle prestazioni descritte – e, tra queste, i servizi «ad alta intensità di manodopera» – si cristallizzava con crescente enfasi il valore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, *ex art. 95, comma 3 del Codice*.

Un approdo ineludibile, ad avviso del Consiglio di Stato, a causa dell'esclusiva soluzione costituzionalmente orientata di cui si sarebbe fatto portavoce, per nulla incline ad ammettere deroghe di sorta.

Da ultimo, le determinazioni assunte alla base del suesposto ragionamento trovavano conforto nelle Linee Guida<sup>5</sup> dell'ANAC, la quale – riferendosi a un contesto analogo<sup>6</sup> – confermava quanto sinora esposto, ancorché indirizzando un evidente sfavore per il criterio del prezzo più basso.

La stessa Autorità, infatti, aveva opportunamente relegato il raggio applicativo del comma 4 alle sole ipotesi in cui il costo della manodopera fosse inferiore al cinquanta per cento del valore dell'appalto.

---

<sup>4</sup> *cf.* Cons. Stato, Sez. V, 16.8.2018, n. 4945; Sez. III, 2.5.2017, n. 2014; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *Ter*, 12.12.2016, n. 12439; Sez. II *Ter*, 15.11.2016, n. 11323.

<sup>5</sup> *cf.* Linee guida ANAC: *a*) n. 2, approvate con delibera n. 1005 del 21.9.2016 ; *b*) n. 10, approvate con delibera n. 462 del 23.5.2018.

<sup>6</sup> Trattasi, in dettaglio, dell'affidamento di un servizio di vigilanza privata.



#### 4. I cavalieri del comma 4 e la valorizzazione di un *tertium genus*.

Se, da un lato, con la sentenza in commento il Consiglio di Stato riconosceva il meritato credito a un indirizzo giurisprudenziale sino ad allora saldamente radicato, dall'altro non poteva trascurare la sopravvenienza di un rimarchevole *revirement*, recentemente registrato sul tema.

Invero, una fazione contemporanea<sup>7</sup> della giurisprudenza amministrativa aveva ammesso l'opportunità di deroga al novellato comma 3 in favore del successivo comma 4, benché le prestazioni «standardizzate» (oggetto dell'appalto) fossero qualificabili in termini di «alta intensità di manodopera».

L'indirizzo testé evocato aveva altresì esposto i benefici procedurali discendenti dall'aggiudicazione con il minor prezzo.

In dettaglio, si era giunti alla constatazione secondo cui in ordine ai contratti con caratteristiche standardizzate non sarebbe ragionevole tener fede al solo canone “economicamente più vantaggioso” delle offerte, poiché queste ultime devono comunque rispondere a un metro di uniformità tra le varie imprese, non potendo in alcun modo differire da un esecutore all'altro.

In altri termini, la compresenza della “standardizzazione” avrebbe consentito di individuare un *tertium genus* riconducibile all'affidamento dei servizi in discussione, così compendiabile:

- Gli appalti oggetto del corrente studio andrebbero sussunti nella previsione autentica *ex art.* 95, comma 3, salvo che al profilo caratterizzante dell'alta intensità di manodopera segua l'ulteriore peculiarità della standardizzazione della prestazione; in tale ultima circostanza incontrerà indiscussi spazi di intervento il novellato comma 4.

#### 5. L'atteso verdetto in sede Plenaria.

Volgendo al termine del cammino sin qui svolto, con la pronuncia in commento il Consiglio di Stato dispone il deferimento della questione all'Adunanza Plenaria, *ex art.* 99, comma 1, c.p.a., rivolgendo l'insoluto quesito che segue:

- “*Se il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il comma 3, lett. a (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) e il comma 4, lett. b (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo), vada incondizionatamente declinato nei termini di «specie» a «genere», con la conseguenza per cui, ove ricorrano la fattispecie di cui al comma*

---

<sup>7</sup> *cf.* Cons. Stato, Sez. III, 13.3.2018, n. 1609; T.A.R. Sicilia, Sez. III, 20.12.2018, n. 2695; Sez. II, 28.11.2018, n. 2519; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 16.8.2018, n. 333; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 23.4.2018, n. 718; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 13.1.2017, n. 30.



*3, debba ritenersi, comunque, predicabile un obbligo cogente e inderogabile di adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa".*

Nell'attesa di conoscere il responso della Plenaria e i futuri risvolti che la vicenda vorrà assumere, non sarebbe totalmente privo di pregio – ad avviso della scrivente – l'auspicio di una lettura minuziosa delle fattispecie astratte che, con una consueta continuità, interessano l'attività amministrativa sino a giungere a quella giurisdizionale.

Di talché si renderebbe più agevole e pertinente la loro riconducibilità astratta a un dettato normativo concreto, atto a muoversi lungo confini applicativi più estesi e che non trascuri territori inesplorati (quale il criterio del prezzo più basso), ancorché i benefici che potrebbero derivarne.

### **INDICE DELLA GIURISPRUDENZA**

- Cons. Stato, Sez. V, 16.8.2018, n. 4945;
- Cons. Stato, Sez. III, 13.3.2018, n. 1609;
- Cons. Stato, Sez. III, 2.5.2017, n. 2014;
- T.A.R. Sicilia, Sez. III, 20.12.2018, n. 2695;
- T.A.R. Sicilia, Sez. II, 28.11.2018, n. 2519;
- T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 16.8.2018, n. 333;
- T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 23.4.2018, n. 718;
- T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 13.1.2017, n. 30;
- T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *Ter*, 12.12.2016, n. 12439;
- T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II *Ter*, 15.11.2016, n. 11323.