L'appalto ad alta intensità di manodopera

Consiglio di Stato - Sentenza 5 febbraio 2019, n. 882

N. 882/2019 Reg. Prov. Coll.
N. 6603 Reg. Ric.
ANNO 2018

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

sul ricorso numero di registro generale 6603 del 2018, proposto dalla società E. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Innocenti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

G. S.p.A.,, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Ponti, Luca De Pauli, Luca Mazzeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luca Mazzeo in Roma, via Eustachio Manfredi 5;

nei confronti

Azienda Socio Sanitaria Territoriale Asst della Valle Olona, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Avolio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il dr. Alfredo Placidi, in Roma, via Barnaba Tortolini n. 30;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 01872/2018 del 26/07/2018.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società G. S.p.A. e dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale Asst della Valle Olona;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2019 il Cons. Umberto Maiello e uditi per le parti gli avvocati Giuseppe Innocenti, Luca De Pauli, Luca Mazzeo e Marcello Fortunato su delega dell'avv. Vincenzo Avolio;

Visto l'art. 36, comma 2, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. Con il mezzo in epigrafe la società E. S.r.l. chiede la riforma della sentenza n. 1872/2018 del 26/07/2018, con la quale il T.A.R. per la Lombardia, Milano - Sez. IV, dopo aver rilevato l'improcedibilità dei motivi di doglianza articolati avverso l'utilizzo del metodo della procedura negoziata ex art 63 comma 2 lett. c) del d. lgs. 50/2016, ha accolto il ricorso n. r.g 1318/2018, per come integrato dai motivi aggiunti, proposto dalla società G. s.p.a. (d'ora in avanti anche G.) avverso gli esiti della gara avente ad oggetto il servizio di vigilanza antincendio.

1.1. Segnatamente, il giudice di prime cure ha valorizzato le doglianze attoree articolate avverso l'opzione organizzativa della stazione appaltante di avvalersi del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso in luogo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a tali fini muovendo dall'assunto che, per l'appalto de quo, essendo "ad alta intensità di manodopera", si imporrebbe, comunque, ai sensi dell'art. 95 comma 3 del d. lgs. n. 50/2016, il criterio di aggiudicazione dell'O.E.P.V. e non quello del prezzo più basso anche laddove l'appalto fosse caratterizzato, come nel caso di specie, da "prestazioni standardizzate".

2. Avverso tale sentenza l'appellante, con il mezzo qui in rilievo, deduce che:

a) l'Amministrazione, contrariamente a quanto ritenuto, non era affatto tenuta ad applicare alla procedura de qua il criterio di aggiudicazione dell'o.e.p.v., potendosi qui ragionevolmente fare applicazione, in ragione della tipologia della commessa da aggiudicare, del disposto di cui all'art. 95 comma 4 lett. b) del d. lgs. 50/2016, che ammette "..per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate e le cui condizioni sono definite dal mercato.." l'utilizzo del criterio del prezzo più basso. Il decisum avversato non terrebbe, invero, conto della peculiarità del servizio di vigilanza antincendio la cui conformazione organizzativa ed esecutiva all'interno delle strutture sanitarie è già compiutamente definita dal D.M. 19/3/2015, e qui ulteriormente implementata dalla puntuale disciplina contenuta nel capitolato tecnico. L'Amministrazione, nella procedura de qua, nella propria lettera di invito e nel capitolato tecnico, all'articolo 4, avrebbe puntualmente indicato le condizioni tecniche richieste per l'esecuzione del servizio, specificando in dettaglio i tempi, le modalità e il numero di operatori ed in genere il contenuto della prestazione. Peraltro, l'estrema urgenza, evidenziata dall'Amministrazione con il legittimo ricorso alla procedura ex art 63 comma c) del d. lgs. 50/2016, renderebbe ancor più confacente al caso di specie il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso;

b) infine, la sentenza di primo grado rifletterebbe un profilo di intrinseca contraddittorietà nella parte in cui ha ritenuto ammissibile il capo di domanda poi accolto, pur avendo concluso, rispetto ad altri motivi di censura, incentrati sulla pretesa insussistenza dei presupposti per l'indizione di una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, per la (parziale) inammissibilità della domanda (recte improcedibilità), a tali fini opponendo l'acquiescenza maturata in ragione della intervenuta partecipazione alla gara.

3. Si sono costituiti in giudizio l'Azienda Socio Sanitaria Territoriale - ASST della Valle Olona, con memoria adesiva alle tesi dell'appellante, e la G. s.p.a. che ha invece concluso per il rigetto dell'appello, eccependo altresì l'inammissibilità del mezzo, per la mancata impugnazione degli ulteriori atti (id est proroga del precedente servizio) assunti dalla stazione appaltante e, per effetto dei quali, quest'ultima avrebbe prestato acquiescenza alla sentenza del T.A.R., eseguendola immediatamente e senza riserve.

3.1. Con successiva memoria del 4.9.2018 l'ASST della Valle Olona ha, anzitutto, rappresentato l'eccezionale esigenza di salvaguardare la piena effettività del servizio antincendio, anche in considerazione della impraticabilità di opzioni organizzative alternative. La suddetta Azienda aveva, infatti, provato ad assicurare copertura al servizio de quocon un nuovo affidamento temporaneo (sempre con procedura negoziata e con criterio del prezzo più basso, nuovamente aggiudicata ad E.) della durata di un mese ma il Tar territorialmente competente aveva sospeso, con decreto cautelare, tale determinazione, richiamando, a tali fini, il decreto cautelare presidenziale di questa Sezione che, in vista dell'udienza camerale fissata, evidenziava la necessità di mantenere la "res litigiosa adhuc integra".

La suddetta Azienda ha eccepito, altresì, l'inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio (proposto da G. s.p.a.) evidenziando che l'applicazione del diverso criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non recherebbe alcun beneficio alla controparte trattandosi di servizi in larga parte standardizzati rispetto ai quali sarebbe, comunque, preponderante la componente prezzo, di talchè il mero interesse strumentale alla riedizione della gara non varrebbe ad integrare l'interesse ad agire.

3.2. Le parti, in vista dell'udienza di trattazione, hanno depositato ulteriori memorie in cui hanno ribadito le proprie tesi.

3.3. La società G. s.p.a., nei suoi atti difensivi, ha ripetutamente sollecitato il Collegio, in ragione delle oscillazioni giurisprudenziali registratesi in subiecta materia, a deferire la relativa quaestio iuris all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, insistendo da ultimo in tale richiesta con istanza rivolta al Presidente del Consiglio di Stato ai sensi dell'articolo 99 comma 2 del c.p.a., versata nel presente giudizio il 14.1.2019.

3.4. In sede cautelare, la Sezione, con ordinanza n. 4269/2018 del 7.9.2018, dopo aver dato atto di contrastanti orientamenti giurisprudenziali, ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata, accordando prevalenza, in una valutazione comparativa delle contrapposte esigenze ed in ossequio al disposto di cui all'articolo 120 comma 8 ter del c.p.a., alla opzione di conservazione degli atti di gara onde assicurare immediata operatività al servizio qui in rilievo e, dunque, soddisfare le esigenze imperative connesse all'interesse generale all'esecuzione del contratto.

All'udienza del 24.1.2019 l'appello è stato trattenuto in decisione.

4. Preliminarmente, in rito, vanno disattese, siccome infondate, le eccezioni sollevate dalle parti e volte ad impedire l'approdo della res iudicanda ad una decisione di merito.

4.1. Segnatamente, priva di pregio si rileva, anzitutto, l'eccezione di inammissibilità dell'appello che, nel costrutto giuridico della G. s.p.a., conseguirebbe alla mancata impugnativa degli atti con cui la stazione appaltante, disponendo la prosecuzione del servizio con il fornitore uscente, avrebbe prestato acquiescenza alla sentenza del T.A.R., eseguendola immediatamente e senza riserve.

Sul punto, è agevole opporre che la dedotta acquiescenza siccome riferibile alla sola stazione appaltante non varrebbe di certo ad elidere l'interesse dell'odierna appellante quanto alla coltivazione del mezzo qui in rilievo, tanto più che le determinazioni medio tempore assunte - dettate dalla contingente situazione indotta dalla pronuncia di primo grado - si spiegano nell'ottica emergenziale di dover interinalmente assicurare copertura al servizio in argomento, rimanendo esse, in apice, condizionate dai possibili sviluppi del contenzioso in atto, come poi di fatto verificatosi già a seguito della svolta fase cautelare.

4.2. Inoltre, ed in senso inverso rispetto a quello appena esplorato, e cioè quanto alla pretesa irritualità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, nemmeno hanno pregio le argomentazioni difensive rassegnate dall'ASST della Valle Alona, e fatte proprie anche dall'appellante, volte a sollecitare una declaratoria di inammissibilità della domanda spiegata in prime cure da G. s.p.a. siccome fondata su un interesse meramente strumentale, volto cioè

alla rinnovazione della procedura selettiva con applicazione di un diverso criterio di aggiudicazione.

Sul punto deve rilevarsi che la mentovata tesi non può essere condivisa in quanto prende abbrivio da una premessa evidentemente erronea, secondo cui anche nell'alternativa opzione di utilizzo del criterio dell'o.e.p.v. gli unici fattori di selezione resterebbero comunque inevitabilmente ancorati al parametro del prezzo, venendo in rilievo prestazioni standardizzate.

Di contro, va qui decisamente contestata la condizione logica di partenza su cui si fonda il suindicato costrutto dal momento che l'oggetto del contendere è giustappunto incentrato sulla divisata necessità di doverosa introduzione di concorrenti parametri di scrutinio dell'offerta incentrati non solo sul prezzo ma anche su profili di natura qualitativa, evenienza questa che, in ragione di variabili non suscettive di affidabili ed obiettive prognosi, rende assolutamente non prevedibile lo sviluppo del confronto concorrenziale quanto alle possibilità di aggiudicazione della gara. Tanto è sufficiente a concludere per l'infondatezza dell'eccezione qui in rilievo dal momento che, ai fini dell'ammissibilità dell'impugnativa, nel processo amministrativo, è in genere sufficiente l'interesse strumentale del partecipante ad una gara pubblica di appalto ad ottenere la riedizione dell'intera gara o di un suo solo segmento (cfr. da ultimo Consiglio di Stato sez. III, 22/06/2018, n. 3861).

4.3. Del pari, va disattesa l'eccezione di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della domanda spiegata dalla G. s.p.a., eccezione sollevata dall'odierna appellante ed incentrata sul fatto che, in ragione della sospensione della esecutività della sentenza di prime cure, cui ha fatto seguito la riespansione dell'aggiudicazione annullata con il suddetto provvedimento, E., odierna appellante, avrebbe di fatto quasi ultimato l'esecuzione del servizio affidatole per la durata di sei mesi.

Di contro, e ferma restando l'attuale vigenza del rapporto contrattuale, occorre soggiungere che la procedura negoziata qui in contestazione aveva ad oggetto l'affidamento del servizio nelle more dell'espletamento della nuova gara (ossia per sei mesi eventualmente prorogabili di altri sei), di talchè nemmeno può dirsi imminente l'esaurimento del suddetto rapporto, senza contare la permanenza dell'interesse alla definizione nel merito del presente giudizio in vista anche degli effetti conformativi della presente decisione.

5. Quanto al merito, l'appello è in parte infondato, come di seguito meglio evidenziato, dovendosi, per il resto, rimettersi gli atti all'Adunanza Plenaria affinchè si pronunzi - nell'esercizio delle proprie prerogative istituzionali di nomofilachia - sulla questione centrale dell'odierna res iudicanda, allo stato dibattuta e controversa, risolvendo il contrasto formatosi nella giurisprudenza di settore.

5.1. Rileva, anzitutto, il Collegio come non sia suscettivo di favorevole apprezzamento il motivo di gravame articolato avverso il capo della decisione appellata che ha (implicitamente) ritenuto ammissibili le doglianze veicolate, in prime cure, dalla società G. s.p.a. avverso l'opzione organizzativa della stazione appaltante di privilegiare per il governo della procedura selettiva de qua il criterio del prezzo più basso.

Nella prospettazione dell'appellante, l'acquiescenza della ricorrente alla lex specialis, fatta palese dalla sua partecipazione alla gara, avrebbe dovuto condurre ad una declaratoria di inammissibilità della domanda anche per il profilo di contestazione qui in rilievo (afferente alla scelta del criterio di aggiudicazione al prezzo più basso), secondo peraltro quanto già rilevato dal medesimo giudice rispetto alle (altre) censure che involgevano la tipologia di gara prescelta (procedura negoziata).

Orbene, in disparte la statuizione di parziale inammissibilità del ricorso di primo grado, non fatta oggetto di gravame e, dunque, qui non sindacabile, è di tutta evidenza che, nel solco di una oramai consolidata giurisprudenza, confermata di recente dalla decisione dell'Adunanza plenaria del Cons. St., del 26 aprile 2018, n. 4 su una vicenda, peraltro, di contenuto analogo a quella qui in rilievo, nelle controversie aventi ad oggetto gare di appalto, la legittimazione al ricorso è correlata ad una situazione differenziata e meritevole di tutela, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione, di talchè i soggetti legittimati ad impugnare le clausole del bando di gara non aventi portata escludente sono soltanto gli operatori economici che hanno partecipato o, almeno, hanno manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura di gara.

Appare di tutta evidenza, quindi, come la partecipazione alla gara costituisse, per l'odierna appellata, G. s.p.a., il veicolo necessario per poter far ritualmente emergere la contestazione della lex specialis sotto il profilo qui in rilievo.

6. Le residue ragioni di doglianza, come sopra anticipato, involgono la distinta quaestio iuris legata alla corretta esegesi del disposto di cui all'articolo 95 del d. lgs. 50/2016, rubricato "criteri di aggiudicazione dell'appalto", segnatamente quanto al perimetro di applicazione della previsione derogatoria di cui al comma 4 lettera b), nella parte in cui consente di utilizzare il criterio del minor prezzo per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, e di cui è necessario esplorare la concreta predicabilità anche nel caso vengano, al contempo, in rilievo servizi ad alta intensità di manodopera (regolati nella distinta previsione di cui al comma 3 lettera a) dell'articolo 95 cit.).

Non sono, invero, qui fatti oggetto di specifica e argomentata contestazione, in punto di fatto, i predicati qualitativi che assurgono ad elementi specializzanti di entrambe le suindicate fattispecie normative e dati rispettivamente, da un lato, dalla natura standardizzata del servizio posto a base di gara (inteso come servizio, almeno nella maggior parte, non modificabile su richiesta della stazione appaltante anche in quanto conformato da norme cogenti) e, dall'altro, dalla sua qualificazione come ad alta intensità di manodopera, il cui costo è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto.

Sul tema, qui controverso, si registrano, infatti, contrasti giurisprudenziali, che impongono di acquisire l'avviso dell'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'art. 99 del codice del processo amministrativo.

6.1. La piana lettura dell'articolo 95 comma 2° del codice dei contratti riflette con immediatezza la netta preferenza espressa dall'impianto regolatorio in esso compendiato per il criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo oppure sulla base dell'elemento prezzo o del costo seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita.

Ed, invero, nel porre la regola generale secondo cui le stazioni appaltanti (fatte salve "le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici") "procedono all'aggiudicazione [...] sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata.." il legislatore, in chiara discontinuità con il precedente assetto regolatorio di cui al d. lgs 163/06, assegna a tale criterio di selezione la dignità giuridica di metodo ordinario e generale di aggiudicazione, lasciando, al contempo, emergere, di contro, il palese sfavore per il criterio del prezzo più basso, cui resta riservato un rilievo del tutto residuale, circoscritto a fattispecie tipizzate e, peraltro, soggetto ad un rigoroso obbligo di motivazione. Il comma 5 dell'articolo 95 prevede espressamente che " Le stazioni appaltanti che dispongono l'aggiudicazione ai sensi del comma 4 ne danno adeguata motivazione e indicano nel bando di gara il criterio applicato per selezionare la migliore offerta".

Tanto premesso occorre soffermarsi ora sulla latitudine applicativa del comma 4° dell'articolo 95 nella parte in cui prevede che può essere utilizzato il criterio del minor prezzo, tra gli altri, per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato (cfr. lettera b). Tanto in ragione del fatto che, a mente della previsione di cui al comma 3° sempre del divisato articolo 95, devono essere sempre aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a).

Da qui il punto di diritto controverso che mira a sciogliere, sul piano esegetico, il nodo dato dalla relazione di antinomia che si pone tra i due soprarichiamati precetti onde chiarire se il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il comma 3 (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali vi è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali vi è quello dei servizi standardizzati), sia di specie a genere o viceversa.

I diversi approdi giurisprudenziali, che qui si intende ricomporre attraverso l'ausilio dell'Adunanza Plenaria, fanno invero registrare un significativo contrasto nella definizione della corretta interazione che deve porsi tra i due precetti, essendo stato il suddetto rapporto di antinomia vicendevolmente definito di genere a specie e, dunque, risolto con affermazioni di principio tra loro inconciliabili.

7. Un primo orientamento giurisprudenziale muove dal valore semantico delle proposizioni normative qui in rilievo e da una lettura sistemica e coordinata dell'articolo 95 del d. lgs 50 del 2016 con le vincolanti coordinate fissate dal legislatore delegante (legge 11/2016) per giungere ad escludere in subiecta materia il ricorso al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso.

Segnatamente, e prendendo abbrivio da tali premesse, si è ritenuto che il rapporto tra il comma 3 ed il comma 4 dell'articolo 95 debba essere declinato come di specie a genere: ove ricorrano cioè le fattispecie di cui al comma 3 (tra cui le prestazioni ad alta intensità di manodopera) si pone, dunque, un obbligo speciale e cogente di adozione del criterio dell'"offerta economicamente più vantaggiosa che, sovrapponendosi e irrigidendo la ordinaria preferenza per tale criterio prevista in via generale dal codice, non ammetterebbe giammai deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4 ed indipendentemente dallo sforzo motivazionale compiuto dall'amministrazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 2014 del 2 maggio 2017; Cons. Stato, Sez. V, 16.8.2018, n. 4945, nella parte in cui ha richiamato la cogenza del disposto di cui all'articolo 95 comma 3; TAR Lazio, Roma, Sezione Terza Ter, n. 12439 del 12.12.2016; Sezione Seconda Ter n. 11323 del 15.11.2016).

Ed, invero, fermo il rapporto regola/eccezione intercorrente tra i commi 2 e 4, il successivo comma 3 avrebbe introdotto - come fatto palese dall'utilizzo dell'avverbio esclusivamente - una previsione ulteriormente derogatoria e dunque autonoma, a mente della quale dovrebbe ritenersi esclusa, a priori, la possibilità di affidare i servizi "ad alta intensità di manodopera" mediante criterio del prezzo più basso, imponendosi invece come esclusivo il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

Il suddetto approdo esegetico sembrerebbe trovare ulteriore conferma nel fatto che quella appena esposta costituirebbe l'unica soluzione ermeneutica costituzionalmente compatibile, scontando quella alternativa, incline ad ammettere una deroga nel caso di prestazioni standardizzate, un contrasto frontale

con le vincolanti coordinate ricavabili dalla legge delega (l. n. 11/2016 cit.). Com'è noto, l'art. 1, co. 1, lett. ff), l. cit. indica, tra i "principi e criteri direttivi specifici", l'utilizzo, per l'aggiudicazione, del "criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa", con riferimento all'"approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita" e al "«miglior rapporto qualità/prezzo» valutato con criteri oggettivi ...", prevedendo altresì la "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..".

Al contempo, la successiva lett. gg), dettata, fra gli altri, in riferimento ai contratti relativi ai servizi "ad alta intensità di manodopera", e definiti come quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto, precisa che l'aggiudicazione può avvenire "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".

Di poi, e con distinta previsione, compendiata alla lettera fff), il legislatore delegante ha imposto la "previsione di una disciplina specifica per gli appalti pubblici di servizi, diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera, definiti come quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto, prevedendo l'introduzione di «clausole sociali» volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prendendo a riferimento, per ciascun comparto merceologico o di attività, il contratto collettivo nazionale di lavoro che presenta le migliori condizioni per i lavoratori ed escludendo espressamente il ricorso al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta, comunque nel rispetto del diritto dell'Unione europea".

La ribadita e inequivoca presenza di divieti espressi e tassativi ad ipotesi di deroghe all'obbligo della offerta economicamente più vantaggiosa nel caso di appalti ad alta intensità di manodopera, come sopra declinati, escluderebbe, in radice, la possibilità per il legislatore delegato di orientarsi diversamente.

I suddetti rilievi trovano, poi, elementi di conforto nelle seguenti aggiuntive considerazioni:

- opinando diversamente il comma 3 risulterebbe superfluo, in quanto al di fuori delle fattispecie derogatorie di cui al comma 4 si riespanderebbe la regola generale di cui al comma 2;

- le linee guida ANAC - linee guida n. 2, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti offerta economicamente più vantaggiosa, approvate con delibera n. 1005 del 21.9.2016, ed aggiornate al successivo d. lgs 19 aprile 2017, n. 56 con delibera n. 424 del 2 maggio 2018 - nel ricostruire il quadro normativo di riferimento, precisano che "Devono sempre essere aggiudicati sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi della norma generale di cui all'art. 95, comma 3, i contratti relativi a: a) .....i servizi ad alta intensità di manodopera (ovvero quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto - art. 50, comma 1, ultimo periodo), fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera a)".

- ancor più esplicitamente l'Autorità di regolazione ha sviluppato il proprio avviso nelle linee guida n. 10, approvate con delibera n. 462 del 23.5.2018 e relative all'affidamento del servizio di vigilanza privata, ribadendo, anche in tale occasione, che il rapporto fra comma 3 (ricorso all'OEPV per gli appalti ad alta intensità di manodopera) e comma 4 del predetto articolo 95 (possibilità di utilizzo del minor prezzo negli specifici casi contemplati) va interpretato nel senso della prioritaria applicazione del comma 3 e, dunque, ritenendo utilizzabile il criterio del prezzo più basso, ai sensi del comma 4 del citato articolo 95, nelle sole ipotesi in cui il costo della manodopera fosse inferiore al 50% del valore dell'appalto.

Il portato delle suesposte riflessioni indurrebbe a confermare l'opzione esegetica fin qui seguita assecondando il rilievo centrale che, nell'economia del nuovo impianto normativo, il legislatore ha inteso riconoscere al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tanto sulla scorta della stessa spinta rinveniente dalla normativa comunitaria (in particolare la direttiva 2014/24) che, pur non evidenziando puntuali disposizioni idonee a regolare la res controversa qui in rilievo, si fonda sul superamento del c.d. principio di equivalenza dei criteri di aggiudicazione, privilegiando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto all'alternativo criterio del prezzo più basso, con la conseguenza che le ipotesi in cui tale ultimo criterio può trovare applicazione devono ritenersi eccezioni e, dunque, di stretta applicazione.

D'altro canto, è di tutta evidenza come una valorizzazione dell'alternativa chiave di lettura, di seguito esposta, ridimensionerebbe di molto la concreta effettività del divisato principio di rigida gerarchia tra i criteri di aggiudicazione, restringendo sensibilmente il campo operativo di concreta predicabilità del criterio selettivo incentrato (anche) sulla qualità dell'offerta con evidenti ricadute anche di ordine sociale ed economico.

Non può, infatti, essere obliato il dato dell'ampiezza dei settori di mercato potenzialmente interessati dal principio di diritto qui in rilievo, quali ad esempio quello dei servizi di pulizie, portierato, somministrazione e vigilanza, tutti connotati dal prevalente impiego di manodopera e che, al contempo, anche a cagione della standardizzazione dei relativi processi produttivi, riflettono contenuti prestazionali sovente già compiutamente definiti dallo stesso mercato.

Ne discende che la maggior attenzione alle esigenze di protezione sociale a presidio delle quali si pone il criterio di cui all'articolo 95 comma 3 lettera a), e confluita nelle scelte di fondo che connotano l'innovativo assetto normativo sopra lumeggiato, rischierebbe di diventare recessiva in ambiti pur ritenuti dal legislatore particolarmente sensibili esponendo la dinamiche delle gare ad una costante rincorsa al ribasso tutta polarizzata sull'abbattimento del costo del lavoro (ferma comunque l'intangibilità dei trattamenti salariali minimi).

8. Di recente, però, come sopra già anticipato, si è andato affermando un altro orientamento giurisprudenziale incentrato su un'esegesi del suindicato quadro regolatorio alternativa e contrastante con quella sopra richiamata e che, ribaltando il rapporto genere a specie, assegna alla previsione di cui all'articolo 95 comma 4 lett. b) del Dlgs. 50/2016, nella parte in cui ammette "per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate e le cui condizioni sono definite dal mercato" l'utilizzo del criterio del prezzo più basso, una valenza derogatoria rispetto alla stessa previsione speciale di cui al precedente comma 3, concludendo nel senso dell'idoneità della detta previsione derogatoria (ex articolo 95 comma 4 lett. b) del Dlgs. 50/2016) a reggere in via autonoma, e dunque a regolare, ogni appalto caratterizzato da "prestazioni standardizzate", ancorchè "ad alta intensità di manodopera".

Proprio questa Sezione (cfr. Cons. Stato, Sez, III, 13.3.2018, n. 1609), ma l'indirizzo è stato già diffusamente ripreso in altre pronunce di primo grado (tra cui cfr. T.A.R. Sicilia, Sez. III, 20 dicembre 2018, n. 2695; T.A.R. Sicilia, Sez. II, 28 novembre 2018, n. 2519; Tar Puglia - Lecce, Sez. II - sentenza 23 aprile 2018 n. 718; TAR Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 16.8.2018, n. 333;13.1.2017 n. 30) ha, da ultimo, affermato, in riferimento ad una fattispecie sovrapponibile a quella qui in rilievo, peraltro con il coinvolgimento dei medesimi operatori, che "l'art. 95 sul "Criterio di aggiudicazione dell'appalto", al comma 4 lett. b), espressamente consente, in via di eccezione, che "per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato;" possa farsi l'applicazione del criterio del "minor prezzo". Si è in merito ritenuto che "Tale indicazione è palesemente finalizzata a garantire una significativa accelerazione della procedura, soprattutto quando le prestazioni non devono assolutamente differire da un esecutore ad un altro. Il "minor prezzo" resta dunque circoscritto alle procedure per l'affidamento di forniture o di servizi che sono, per loro natura, strettamente vincolate a precisi ed inderogabili standard tecnici o contrattuali, e per le quali non vi è alcuna reale necessità di far luogo all'acquisizione di offerte differenziate. In tali casi può prescindersi da una peculiare e comparativa valutazione della qualità dell'esecuzione, in quanto questa viene fissata inderogabilmente a priori dal committente nell'allegato tecnico".

In sintesi il rapporto tra il comma 3 ed il comma 4 dell'articolo 95 viene così diversamente ricostruito "...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 sia da quelli caratterizzati da "notevole contenuto tecnologico"" o di "carattere innovativo" di cui all'art 95 comma n. 4 lett. c) del codice dei contratti, attinenti tipicamente a prestazioni di contenuto evolutivo".

Per i contratti con caratteristiche standardizzate non vi sarebbe, dunque, alcuna ragione né utilità di far luogo ad un'autonoma valutazione e valorizzazione degli elementi non meramente economici delle offerte, perché queste, proprio perché strettamente assoggettati allo standard, devono assolutamente coincidere tra le varie imprese.

Nell'economia di tale diversa ed alternativa ricostruzione esegetica il profilo del servizio standardizzato costituirebbe, dunque, un elemento "particolarmente" specializzante, di per stesso idoneo a giustificare, nell'impianto regolatorio dell'articolo 95 del codice dei contratti, lo scorporo dalla previsione operativa di cui al comma 3, già di per sé contraddistinta dalla dignità giuridica di norma speciale, di un nucleo ancor più ristretto di fattispecie da sottoporre a disciplina derogatoria.

In altri termini, l'elemento della "standardizzazione" consentirebbe di isolare, all'interno del più ampio genus dei servizi caratterizzati dall'alta intensità di manodopera, un particolare sotto insieme che il legislatore, in virtù di tali peculiari caratteristiche che connoterebbero la prestazione come tendenzialmente infungibile dal punto di vista tecnico/qualititativo, avrebbe inteso sottoporre a disciplina differenziata siccome più coerente con le suddette intrinseche caratteristiche.

E tanto, in ragione del fatto che, rispetto alla dimensione ontologica di tali prestazioni, siccome già contenutisticamente definite, non avrebbe senso prescrivere una valutazione di "qualità/prezzo".

Il suddetto approdo esegetico conduce, dunque, alla conclusione secondo cui gli appalti caratterizzati da alta intensità di manodopera vanno sussunti nella previsione di cui al comma 3 lettera a) dell'articolo 95 comma 3 del d. lgs. 50/2016, e dunque restano soggetti al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a meno che, pur essendo contrassegnati dal suddetto profilo caratterizzante (id est alta intensità di manodopera), non evidenzino anche l'aggiuntiva caratteristica della cd. standardizzazione della prestazione, dovendosi, in tale evenienza, fare applicazione del comma 4 lett. b) con conseguente possibilità di applicazione del criterio del minor prezzo.

E' opportuno soggiungere, per completezza espositiva, che questo Consiglio, in sede consultiva (Commissione speciale costituita con d.p.c.s. dell'11

settembre 2017), chiamato ad esprimere il proprio avviso sullo schema di linee guida per l'affidamento del servizio di vigilanza privata (parere n. 1173/2018 del 3.5.2018), dopo aver riportato la posizione dell'ANAC, secondo cui "il rapporto fra comma 3 (ricorso all'OEPV per gli appalti ad alta intensità di manodopera) e comma 4 del predetto articolo 95 (possibilità dell'utilizzo del minor prezzo negli specifici casi contemplati) sarebbe di specie a genere ...", ha così, sul punto, concluso "..questo Consesso rileva solo la confusione tra "genere" e "specie" contenuta nell'ultimo capoverso di pag. 11 dello schema di linee guida", lasciando così ipotizzare una possibile portata derogatoria della previsione di cui al comma 4 rispetto a quella prevista al comma 3.

9. Tanto premesso, e stante il contrasto giurisprudenziale in atto sia in sede di appello che in sede di primo grado, ed avuto altresì riguardo al fatto che il punto controverso di diritto qui in rilievo riveste, per la sua valenza di principio, particolare importanza nel settore degli appalti, il presente ricorso va deferito all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, co. 1, c.p.a..

In conclusione il quesito che si sottopone all'attenzione dell'Adunanza Plenaria è volto a chiarire se il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il comma 3 lettera a (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali, quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 lettera b (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali quello dei servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato), vada incondizionatamente declinato nei termini di specie a genere, con la conseguenza per cui, ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3, debba ritenersi, comunque, predicabile un obbligo cogente ed inderogabile di adozione del criterio dell'o.e.p.v..

In tal senso s'impone il deferimento della relativa questione all'Adunanza Plenaria ai sensi dell'articolo 99 comma 1 del c.p.a., con conseguente riserva di ogni ulteriore residua decisione, anche in ordine alle spese.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, così provvede:

1) respinge l'appello nei limiti indicati in parte motiva;

2) dispone il deferimento all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato rispetto alle questioni per come precisate nei quesiti sopra formulati;

3) riserva ogni ulteriore decisione, anche in ordine alle spese.

Manda alla segreteria della sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al Segretario incaricato di assistere all'Adunanza Plenaria.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini - Presidente

Massimiliano Noccelli - Consigliere

Stefania Santoleri - Consigliere

Giulia Ferrari - Consigliere

Umberto Maiello - Consigliere, Estensore

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL PRESIDENTE EST
Umberto Maiello

Depositata in Segreterai il 5 febbraio 2019