

Edilizia e Territorio

Tar Lazio: mai massimo ribasso per i servizi ad alta intensità di lavoro, anche se standardizzati

La pronuncia risolve uno dei dubbi interpretativi sollevati dal nuovo codice appalti

Roberto Mangani

4 gennaio 2015 - Ai fini dell'affidamento di un appalto di servizi ad alta intensità di manodopera è illegittimo l'utilizzo del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, in quanto in contrasto con la previsione contenuta all'articolo 95, comma 3 del Dlgs 50/2016 che per questa tipologia di servizi impone il ricorso esclusivamente al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Tale previsione ha infatti un rilievo autonomo, e come tale deve considerarsi prevalente sull'altra disposizione contenuta al successivo comma 4, che per i servizi con caratteristiche standardizzate (lettera b) – tra i quali potrebbero rientrare anche i servizi ad alta intensità di manodopera - consente l'utilizzo del criterio del prezzo più basso.

Sotto il profilo dell'interesse a ricorrere, questo sussiste anche in capo ai soggetti interessati all'appalto che tuttavia non abbiano presentato formale domanda di partecipazione alla gara. Infatti, la scelta da parte dell'ente appaltante di un criterio di aggiudicazione che il potenziale concorrente ritiene illegittimo deve considerarsi immediatamente lesiva della posizione giuridica di quest'ultimo, in quanto influisce direttamente sulle valutazioni in merito alla determinazione del prezzo da offrire.

Sono queste le principali affermazioni contenute nella **pronuncia del Tar Lazio, Sez. III ter, 13 dicembre 2016, n. 12439**, che presenta un notevole interesse trattandosi del primo intervento giurisprudenziale che si occupa in maniera organica della disciplina – non sempre lineare – dell'articolo 95 del Dlgs 50 relativa ai criteri di aggiudicazione da utilizzare per l'affidamento degli appalti di servizi.

Il caso

Un ente appaltante aveva svolto una procedura di gara per l'affidamento del servizio di reception, portierato e sorveglianza armata presso le proprie sedi. Nel bando era previsto che il criterio di aggiudicazione fosse il prezzo più basso.

I precedenti affidatari del servizio, pur non avendo presentato domanda di partecipazione alla gara, ricorrevano presso il giudice amministrativo, contestando l'operato dell'ente appaltante sotto molteplici profili. La principale censura riguardava proprio il criterio di aggiudicazione prescelto, che i ricorrenti ritenevano illegittimo sulla base della disposizione contenuta al comma 3 dell'articolo 95 che, per i servizi ad alta intensità di manodopera, impone l'utilizzo in via esclusiva del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (miglior rapporto qualità/prezzo).

Il quadro normativo

La controversia portata all'attenzione del giudice amministrativo trae origine dal complesso delle previsioni – non sempre lineari – che l'articolo 95 del Dlgs 50 detta in materia di criteri di aggiudicazione degli appalti.

Il comma 2 sancisce la regola di carattere generale che indica come criterio di aggiudicazione da utilizzare in via ordinaria quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o dell'elemento prezzo o costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia che prende in considerazione il costo del ciclo di vita.

Il successivo comma 4 individua invece le seguenti ipotesi – da ritenersi tassative – in cui, in deroga alla regola generale, può essere utilizzato il criterio del prezzo più basso:

- a) lavori di importo pari o inferiore a 1 milione di euro;
- b) servizi e forniture con carattere standardizzato o le cui condizioni sono definite dal mercato;
- c) servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno carattere innovativo.

A completamento del quadro si pone la previsione del comma 3, che impone il ricorso obbligatorio al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento dei seguenti servizi: a) servizi sociali, di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché servizi ad alta intensità di manodopera, ritenendosi tali quelli in cui il costo della manodopera è pari ad almeno il 50% dell'importo totale del contratto; b) servizi di ingegneria e architettura e altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo superiore a 40.000 euro.

I servizi ad alta intensità di manodopera

Sulla base di questo quadro normativo il Tar Lazio ha affrontato la questione oggetto della controversia, che riguarda il criterio di aggiudicazione da utilizzare per l'affidamento del servizio di portierato e sorveglianza, che rientra tra i servizi ad alta intensità di manodopera.

Proprio in quanto tale, tale servizio dovrebbe essere obbligatoriamente affidato utilizzando il criterio dell'offerta

Edilizia e Territorio

economicamente più vantaggiosa, secondo quanto previsto dal comma 3 dell'articolo 95.

Nel contempo – come rilevato dall'ente appaltante – il servizio in questione può anche considerarsi avente caratteristiche standardizzate, con la conseguenza che opererebbe la facoltà riconosciuta agli enti appaltanti dal successivo comma 4, lettera b), di ricorrere al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso.

In sostanza viene in rilievo un'apparente contraddizione – o quanto meno una disarmonia – del quadro normativo delineato dall'articolo 95 nell'ipotesi in cui il servizio da affidare sia nel contempo ad alta intensità di manodopera e a carattere standardizzato.

In questa ipotesi, infatti, si pone la questione centrale su cui si è appunto pronunciato il giudice amministrativo, e che può essere sintetizzata nei seguenti termini: per l'affidamento dei servizi ad alta intensità di manodopera vale comunque la previsione del comma 3 – con la conseguenza che gli stessi debbono essere affidati ricorrendo obbligatoriamente al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - ovvero nell'ipotesi in cui tali servizi abbiano anche carattere standardizzato può operare la previsione del comma 4, lettera b), che consente l'utilizzo del criterio del prezzo più basso?

In sostanza, si tratta di stabilire se la qualifica di servizio ad alta intensità di manodopera abbia carattere assorbente, nel senso di prevalere sulla contestuale sussistenza del carattere standardizzato del servizio medesimo.

Sotto il profilo del quadro normativo delineato dall'articolo 95, tale questione si traduce nello stabilire quale grado di rilievo si intende attribuire alla previsione del comma 3. Si tratta cioè di valutare come si debba collocare tale norma nell'ambito delle regole che complessivamente disciplinano i criteri di aggiudicazione. Occorre quindi stabilire se alla richiamata previsione vada attribuito un ruolo autonomo e di disciplina compiuta, come tale prevalente anche sul comma 4, con la conseguenza che i servizi ad alta intensità di manodopera, ancorché aventi caratteristiche standardizzate, debbano sempre essere affidati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; ovvero se la disposizione del comma 3 vada letta come parte di un quadro più ampio, nel senso che la sua applicazione deve essere coordinata con la previsione del successivo comma 4, con l'effetto di consentire che quest'ultima incida sulla prima, e cioè permetta di utilizzare anche il criterio del prezzo più basso nell'ipotesi in cui il servizio, ancorché ad alta intensità di manodopera, abbia comunque caratteristiche standardizzate.

Il Tar Lazio, pur riconoscendo che sotto il profilo dell'interpretazione letterale delle norme potrebbe risultare preferibile la seconda soluzione, finisce in realtà per aderire alla prima sulla base di considerazioni di natura sistematica, che attengono sostanzialmente a una lettura delle disposizioni del D.lgs. 50 operata alla luce dei contenuti della legge delega.

Tra i criteri di delega vi è infatti quello che prevede che per i servizi ad alta intensità di manodopera l'aggiudicazione può avvenire esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, escludendo in ogni caso l'applicazione del criterio del prezzo più basso (articolo 1, comma 1, lettera g).

Di conseguenza, secondo il giudice amministrativo l'unica interpretazione possibile per superare la disarmonia esistente tra le disposizioni contenute ai commi 3 e 4 dell'articolo 95 è quella che privilegia una lettura delle stesse alla luce dei criteri fissati nella legge delega, essendo tale lettura l'unica costituzionalmente orientata in quanto idonea a evitare un possibile profilo di eccesso di delega.

Da qui la conclusione: la previsione contenuta nel comma 3 dell'articolo 95 ha portata autonoma e natura inderogabile, con la conseguenza che l'unico criterio di aggiudicazione utilizzabile per l'affidamento degli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera è l'offerta economicamente più vantaggiosa, con esclusione della possibilità di ricorrere al criterio del prezzo più basso ai sensi del successivo comma 4.

L'interesse a ricorrere

Prima di affrontare la questione centrale relativa al merito della controversia il Tar Lazio ha esaminato anche una questione preliminare attinente alla legittimazione ad agire in capo ai ricorrenti.

Tale questione trae origine dal fatto che i soggetti che hanno presentato ricorso, pur essendo interessati all'affidamento dell'appalto in questione anche in relazione alla titolarità del precedente contratto, non avevano presentato domanda di partecipazione alla gara. Da qui il dubbio sulla sussistenza del loro interesse a ricorrere, alla luce dell'orientamento più tradizionale secondo cui tale interesse si consolida solo in capo a coloro che, avendo appunto partecipato alla gara, hanno una posizione differenziata rispetto alla massa indistinta degli operatori economici potenzialmente interessati all'affidamento.

Al riguardo la pronuncia del Tar Lazio evidenzia come già in precedenza si era contrapposto a questo orientamento consolidato un indirizzo di maggiore apertura, secondo cui ai fini dell'impugnazione del bando non sussiste l'onere di partecipazione alla procedura di gara. Questo indirizzo risponde a una concezione ampliativa della nozione di "clausole del bando immediatamente escludenti", ritenendosi tali non solo quelle che afferiscono alla ritenuta carenza di requisiti soggettivi – che presuppongono necessariamente l'intervenuta partecipazione alla gara - ma anche quelle che attengano alla formulazione dell'offerta, nel senso che rendono la stessa impossibile o quanto meno di incerta determinazione.

Ai fini dell'impugnazione di tali ultime clausole non è richiesta necessariamente la partecipazione alla gara, poiché la loro portata lesiva si manifesta per il solo fatto che il contenuto di dette clausole incide in maniera determinante sulla formulazione dell'offerta. In questo senso, un clausola che preveda il ricorso a un criterio di aggiudicazione che il potenziale concorrente ritiene illegittimo consolida in capo allo stesso l'interesse a ricorrere, anche in mancanza di una preventiva domanda di partecipazione alla gara.

Edilizia e Territorio

Secondo il giudice amministrativo questo indirizzo esce rafforzato dalle innovazioni in materia di tutela giurisdizionale introdotte dal D.lgs. 50. Tali innovazioni riguardano sia la fase cautelare che il giudizio ordinario, per il quale è stato delineato un rito ad hoc, definito addirittura "superspeciale", per le controversie relative alle ammissioni e alle esclusioni dalla procedura di gara.

Le novità del D.lgs. 50 sono tutte preordinate a preconstituire le condizioni per giungere a una decisione il più sollecita possibile delle controversie in materia di procedure di gara. E' allora evidente che in questa logica si deve dare preferenza all'impostazione che consente all'operatore economico interessato all'affidamento di rivolgersi al giudice immediatamente e senza necessità di preventiva partecipazione alla gara, per chiedere la verifica della legittimità di quelle clausole del bando che incidono in maniera determinante sulle valutazioni relative alla formulazione dell'offerta. Rientra senza dubbio in queste clausole quella relativa alla scelta del criterio di aggiudicazione, con la conseguenza che la sua ritenuta illegittimità può essere sollevata davanti al giudice amministrativo anche se il ricorrente non ha formalmente e preventivamente partecipato alla gara.

A ulteriore conferma della correttezza di questa impostazione si pone la previsione contenuta al comma 5 dell'articolo 95, che impone all'ente appaltante l'obbligo di adeguata motivazione in merito alla scelta di avvalersi della facoltà di utilizzare il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso. L'esplicita previsione di tale obbligo implica infatti la possibilità di contestare immediatamente tale scelta, ricorrendo al giudice amministrativo per far valere l'inadeguatezza delle motivazioni adottate con conseguente dichiarazione di illegittimità della scelta effettuata.