

Aggiudicazione con il criterio del minor prezzo secondo il nuovo codice dei contratti pubblici. Prime oscillazioni giurisprudenziali.

di Arturo Levato

Data di pubblicazione: 6-3-2017

Ferma la generalizzata applicabilità del criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa -di cui al comma 3, art. 95, D. Lgs. n. 50/2016- la percorribilità della diversa opzione del minor prezzo, di cui al successivo comma 4, potrà intervenire soltanto all'interno delle fattispecie in esso tassativamente delineate: altrimenti potendo venire in considerazione una generalizzata derogabilità che, evidentemente, non trova fondamento alcuno nella lettera e nella ratio legis.

Guida alla lettura.

Un'azienda ospedaliera indice una procedura negoziata ai sensi dell'art. 63, D. Lgs. 50/2016, per l'affidamento del servizio di prelievo, raccolta, evacuazione e smaltimento dei rifiuti sanitari, disponendone l'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, ex art. 95 dello stesso D. Lgs. 50/2016.

Avverso detto provvedimento insorge la società ricorrente.

Il T.a.r. scruta il gravame, soffermandosi sulla censura tesa a contestare la scelta, operata dall'intimata azienda ospedaliera, relativa all'individuazione del criterio del prezzo più basso ai fini dell'aggiudicazione.

Nella delineata prospettiva, l'adito Collegio richiama l'art. 95, comma 2, D. Lgs. n. 50/2016, a mente del quale *"salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96"*.

I successivi commi 3 e 4 stabiliscono, rispettivamente, che: *"Sono 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; b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo superiore a 40.000 euro”;

“Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo: a) per i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo; b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato; c) per i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo”.

Evidenzia quindi il g.a. che è insorta una *querelle* interpretativa sul nesso intercorrente fra le menzionate disposizioni.

Segnatamente, **la giurisprudenza è divisa sulla circostanza se, “fermo il rapporto regola-eccezione intercorrente tra i commi 2 e 4 dell’art. 95, D. Lgs. n. 50/2016... il comma 3 abbia introdotto una previsione ulteriormente derogatoria (e dunque autonoma), nel senso che per i casi ivi indicati non sarebbe mai possibile utilizzare il criterio del minor prezzo, o se, al contrario, esso costituisca una mera specificazione del co. 2 (in punto di metodiche di aggiudicazione), risultando di conseguenza derogabile nelle ipotesi del co. 4”.**

Sul punto, **un primo orientamento ritiene che “l’unica interpretazione ammissibile, perché costituzionalmente orientata, delle previsioni in esame appare quella che assegna portata autonoma, e natura inderogabile, al comma 3”** (in tal senso, T.a.r. Lazio, Roma, 13 dicembre 2016, n. 12439).

Seconda una distinta tesi, di contro, “le prescrizioni dei commi 3 e 4 dell’art. 95 D. Lgs. n. 50/2016, si trovano in rapporto di complementarità” (T.a.r. Abruzzo, L’Aquila, 13 gennaio 2017 n. 30).

In particolare, si osserva come, nella premessa che *“il criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa è quello che la stazione appaltante deve di regola seguire”*, il comma 4 dell’art. 95 *“prevede una deroga al sistema delineato dai commi 2 e 3 ..., ammettendo il criterio del minor prezzo, tra l’altro, per l’affidamento di “servizi e forniture di importo inferiore alla soglia di cui all’articolo 35, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo”*: con la conseguenza che, *“qualora l’appalto rientri in uno dei casi di cui al quarto comma del citato art. 95 è aggiudicabile con il criterio del massimo ribasso”*.

Ove, poi, l’appalto presenti *“entrambe le caratteristiche, nel senso che, in forza del suo oggetto, rientra tanto nell’ambito di applicazione del terzo comma, tanto nell’ambito di*

applicazione del quarto comma, la previsione di esclusività del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa cede il passo alla possibilità di aggiudicare l'appalto al massimo ribasso".

Dato conto del contrasto ermeneutico, il Collegio ritiene preferibile l'interpretazione che conferisce valenza derogatoria alla previsione di cui al comma 4 dell'art. 95, rispetto alla generale indicazione di cui al precedente comma 3.

Argomenta, nello specifico, come "ferma, infatti, la generalizzata applicabilità del criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa -di cui al comma 3- la percorribilità della diversa opzione di cui al successivo comma 4 potrà intervenire soltanto all'interno delle fattispecie in esso tassativamente delineate: altrimenti potendo venire in considerazione una generalizzata derogabilità che, evidentemente, non trova fondamento alcuno nella lettera e nella ratio legis".

Ciò chiarito, il T.a.r. rileva come l'utilizzazione del criterio del minor prezzo formi comunque oggetto -sempre al ricorrere delle fattispecie indicate nella medesima previsione di legge- di una facoltà, in capo alla stazione appaltante, e giammai di un obbligo.

Conseguentemente, laddove la fattispecie contrattuale sia sussumibile all'interno della declaratoria di che trattasi, l'Amministrazione *potrà* -ma non *dovrà*- procedere all'aggiudicazione della gara con il criterio del minor prezzo ma, in tale ipotesi sulla medesima incomberà l'obbligo di dare adeguata motivazione della scelta effettuata.

Trasponendo i suindicati principi alla fattispecie, il g.a. rileva come la gara si caratterizzi per l'astratta sussumibilità alla lett. b), comma 4, dell'art. 95 (*servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate*), piuttosto che con riferimento alla fattispecie di cui alla lett. c) dello stesso comma (*i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, caratterizzati da elevata ripetitività*).

Tuttavia, la stazione appaltante ha omesso di osservare la prescrizione dettata dal comma 5 dello medesimo art. 95, alla stregua della quale *"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"*.

In ragione di ciò, il ricorso è ritenuto fondato.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 57 del 2017, proposto da Medieco Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Francesca Idone ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso legale, in Reggio Calabria, alla via Paolo Pellicano n. 19

contro

il Grande Ospedale Metropolitano "Bianchi Melacrino Morelli", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Giorgio Vizzari, per il presente giudizio elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo, in Reggio Calabria, alla via Rausei n. 38

nei confronti di

Ecologia Oggi S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Bevilacqua, con domicilio eletto presso Massimo Privitera, in Reggio Calabria, via F.G. Melacrinò n. 47;

per l'annullamento

- della procedura negoziata senza pubblicazione del bando indetta dall'Azienda Ospedaliera Bianchi-Melacrino-Morelli con provvedimento prot. 72 del 2 gennaio 2017, avente ad oggetto il Servizio di prelievo, raccolta, evacuazione, smaltimento dei rifiuti sanitari di cui al D.P.R. 254/2003 e del relativo Capitolato Tecnico allegato alla lettera di invito;

- della determina n.49 del 2017 emessa dall'Azienda Ospedaliera Bianchi-Melacrino-Morelli, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva del servizio in questione, in favore della ditta Ecologia Oggi spa, con decorrenza dal 1° febbraio 2017, successivamente prorogato in capo alla ricorrente (con nota prot. 1897 del 26 gennaio 2017) fino al 28 febbraio 2017;

- dell'unico verbale di gara tenutasi in seduta pubblica in data 18 gennaio 2017, nel corso del quale è stata esaminata l'offerta della controinteressata e di seguito è stata disposta l'aggiudicazione in capo ad essa;

- nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale

E PER LA DECLARATORIA DI NULLITÀ E/O INEFFICACIA

del contratto di appalto, ove nelle more stipulato, tra l'Amministrazione aggiudicatrice e la controinteressata.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Grande Ospedale Metropolitano "Bianchi-Melacrino-Morelli" di Reggio Calabria e di Ecologia Oggi S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2017 il dott. Roberto Politi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Espone parte ricorrente che il Grande Ospedale Metropolitano "Bianchi-Melacrino-Morelli" ha indetto, in data 2 gennaio 2017, una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara (per un importo annuo presunto di € 500.000,00 IVA esclusa), ai sensi dell'art. 63 del D.Lgs. 50/2016, per l'affidamento del servizio di prelievo, raccolta, evacuazione e smaltimento dei rifiuti sanitari di cui al D.P.R. 254/03 e al D.Lgs. 152/2006, secondo le modalità e condizioni del Capitolato Tecnico allegato alla lettera d'invito.

L'aggiudicazione è avvenuta con il criterio del prezzo più basso, ai sensi dell'art. 95 dello stesso D.Lgs. 50/2016.

Queste le censure dedotte con il presente mezzo di tutela:

I. Violazione degli artt. 35, 36 e 63 del D.Lgs. 50/2016. Eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, irragionevolezza manifesta. Violazione degli artt. 50 e 95 comma 3 del D.Lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 67 della direttiva 2014/24/UE e dell'art.82 della direttiva 2014/25/UE. Eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, irragionevolezza manifesta.

Nell'osservare come l'intimata Azienda abbia disposto, quale strumento di selezione pubblica, il ricorso alla procedura negoziata ai sensi dell'art. 63 del D.Lgs. 50/2016 (fissando quale prezzo per l'aggiudicazione l'importo complessivo di € 500.000,00, di cui € 490.000,00 soggetti a ribasso ed € 10.000,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso), rileva parte ricorrente l'illegittimità di siffatta modalità selettiva, trattandosi di un appalto di servizi sopra soglia comunitaria, per il quale è assolutamente escluso il ricorso alla procedura negoziata di cui all'art. 63 del D.Lgs. 50/2016.

Soggiunge parte ricorrente che la stessa Amministrazione procedente ha individuato, quale

criterio di aggiudicazione, il meccanismo del prezzo più basso, che si rivelerebbe adottato in difetto di motivazione ed in violazione rispetto a quanto stabilito dall'art. 95 dello stesso D.Lgs. 50/2016.

La scelta dell'Azienda Ospedaliera di indire una procedura negoziata con il criterio del solo prezzo, sarebbe illegittima per difetto assoluto di motivazione e per violazione del comma 5 dell'art. 95 in trattazione, ove è espressamente previsto che il criterio del miglior rapporto qualità-prezzo costituisce la regola e che al criterio del solo prezzo o del solo costo, le stazioni appaltanti possono ricorrere solo in via residuale e previa adeguata motivazione, nel caso di specie inesistente.

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del D.Lgs. 50/2016. Eccesso di potere per illogicità manifesta, irragionevolezza, carenza di motivazione e di istruttoria e sviamento.

Evidenza poi parte ricorrente come l'aggiudicataria Ecologia Oggi S.p.A. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, non avendo indicato, nella relativa offerta economica, i costi relativi alla cd. sicurezza aziendale o interni: in proposito rammentando che, nelle nuove procedure di gara indette ai sensi del D.Lgs. 50 del 2016 (nuovo Codice degli appalti), l'indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale costituisce un preciso e ineludibile obbligo legale, che le imprese concorrenti sono sempre tenute a rispettare nella presentazione dell'offerta economica (risultando, peraltro, inapplicabile il soccorso istruttorio alle ipotesi di incompletezza o di irregolarità essenziali afferenti l'offerta tecnica ed economica).

III. Violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 95 del D.Lgs. 50/2016. Eccesso di potere per illogicità manifesta, irragionevolezza, carenza di motivazione e di istruttoria e sviamento. Mancanza di presupposti per il ricorso al soccorso istruttorio.

L'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendale comporta l'esclusione dalla gara di Ecologia Oggi, anche nel caso in cui (come quello di cui è interesse) l'obbligo d'indicazione di tali oneri non sia stato previsto dalla *lex specialis*.

La mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali costituisce, infatti, causa di esclusione dalla gara, in quanto la relativa omissione non può essere sanata nemmeno con il ricorso al soccorso istruttorio.

IV. Violazione di legge. Violazione dell'art. 50 del D.Lgs. 50/2016 per mancata indicazione della clausola sociale nell'offerta rimasta aggiudicataria. Indeterminatezza dell'offerta aggiudicataria.

La controinteressata – ed aggiudicataria – Ecologia Oggi ha, inoltre, omesso di indicare nella propria offerta economica l'accettazione della clausola sociale ai fini della salvaguardia e stabilità occupazionale del personale impiegato per lo svolgimento del servizio, secondo quanto stabilito dall'art. 50 del D.Lgs. 50/2016: in proposito sottolineandosi come la stessa Azienda Ospedaliera, nel chiarimento prot. 356 del 4 gennaio 2017, abbia chiarito che “*le ditte partecipanti dovranno presentare unitamente all'offerta apposita dichiarazione di accettazione della clausola sociale art. 50 D.Lg. 50/2016*”.

V. Violazione di legge. Violazione dell'art. 80 del D.Lgs. 50/2016 per mancata indicazione nella documentazione amministrativa delle clausole escludenti in capo al direttore tecnico. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Illogicità manifesta, irragionevolezza, carenza di motivazione e sviamento.

Da ultimo, mancherebbero nella documentazione amministrativa presentata da Ecologia Oggi, le dichiarazioni rilasciate ai sensi dell'art. 80 del D.Lgs. 50/2016, da parte del Responsabile Tecnico dell'azienda, in aperta violazione con quanto disposto per legge.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura e declaratoria dell'inefficacia del contratto, ove nelle more eventualmente stipulato, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 e 122 c.p.a.

L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla Camera di Consiglio del 22 febbraio 2017, ai sensi della prima parte del comma 6 dell'art. 120 c.p.a., secondo il quale *"Il giudizio, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente"*.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di ricorso, MEDIECO contesta la scelta, operata dall'intimata Azienda Ospedaliera, relativa all'individuazione del criterio del prezzo più basso ai fini dell'aggiudicazione della suindicata procedura selettiva, avente ad oggetto il Servizio di prelievo, raccolta, evacuazione, smaltimento dei rifiuti sanitari di cui al D.P.R. 254/2003.

Va in proposito preliminarmente osservato come, sulla base della lettera di invito, l'importo posto a base d'asta si ragguagli ad € 490.000,00 annui; al quale va altresì aggiunto l'ammontare di € 10.000,00 (non soggetto a ribasso) per oneri di sicurezza.

2. Ciò posto, si rammenta che l'art. 95 del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (nuovo Codice dei contratti pubblici, applicabile alla vicenda *de qua* non soltanto *ratione temporis*, in quanto la gara è stata pacificamente indetta successivamente all'entrata in vigore del predetto decreto; ma anche in quanto espressamente richiamato nella *lex specialis*) prevede che, *"salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96"* (comma 2).

I successivi commi 3 e 4 stabiliscono, rispettivamente, che:

- se *“Sono 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; b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo superiore a 40.000 euro”

- *“Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo:*

a) per i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo;

b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato;

c) per i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo”.

La giurisprudenza (cfr. T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 13 dicembre 2016 n. 12439) ha avuto modo di interrogarsi sul nesso intercorrente fra le illustrate disposizioni; e, segnatamente, sulla questione se, *“fermo il rapporto regola-eccezione intercorrente tra i commi 2 e 4 ... il co. 3 abbia introdotto una previsione ulteriormente derogatoria (e dunque autonoma), nel senso che per i casi ivi indicati non sarebbe mai possibile utilizzare il criterio del minor prezzo (come ipotizzato dalla ricorrente), o se, al contrario, esso costituisca una mera specificazione del co. 2 (in punto di metodiche di aggiudicazione), risultando di conseguenza derogabile nelle ipotesi del co. 4”.*

Sulla base di una interpretazione di carattere testuale, che trova fondamento nelle disposizioni di cui alla legge di delega n. 11/2016 cit.; e, segnatamente:

- alla lett. ff) dell'art. 1, comma 1, che 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 [...]”* (1° per.), 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 [...]”*

- ed alla successiva lett. gg), per i contratti relativi (tra gli altri) ai servizi *“ad alta intensità di manodopera”*, secondo cui 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";

il giudice laziale è pervenuto alla conclusione che *"l'unica interpretazione ammissibile, perché costituzionalmente orientata (tale cioè da evitare pur ipotizzabili profili di eccesso di delega), delle previsioni in esame appare essere quella che assegna portata autonoma, e natura inderogabile, al co. 3".*

Diversamente, altro orientamento (T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 13 gennaio 2017 n. 30) ha ritenuto, quanto *"al rapporto tra le prescrizioni dei commi 3 e 4 dell'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, che esse si trovano in rapporto di complementarità".*

Nell'osservare come *"il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa è quello che la Stazione appaltante deve di regola seguire"*, la pronuncia ora in rassegna ha rilevato che il comma 4 dell'art. 95 *"prevede una deroga al sistema delineato dai commi 2 e 3 ..., ammettendo il criterio del minor prezzo, tra l'altro, per l'affidamento di "servizi e forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo"*: con la conseguenza che, *"qualora l'appalto rientri in uno dei casi di cui al quarto comma del citato art. 95 è aggiudicabile con il criterio del massimo ribasso"*.

Ove, poi l'appalto presenti *"entrambe le caratteristiche, nel senso che, in forza del suo oggetto, rientra tanto nell'ambito di applicazione del terzo comma, tanto nell'ambito di applicazione del quarto comma, la previsione di esclusività del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa cede il passo alla possibilità di aggiudicare l'appalto al massimo ribasso"*.

3. Quanto sopra posto, ritiene il Collegio preferibile l'interpretazione che annette carattere specificamente derogatorio alla previsione di cui al comma 4 dell'art. 95 di che trattasi, rispetto alla generale indicazione di cui al precedente comma 3.

Ferma, infatti, la generalizzata applicabilità del criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa – di cui al comma 3 – la percorribilità della diversa opzione di cui al successivo comma 4 potrà intervenire soltanto all'interno delle fattispecie in esso tassativamente delineate: altrimenti potendo venire in considerazione una generalizzata derogabilità che, evidentemente, non trova fondamento alcuno nella lettera e nella *ratio legis*.

Ribadita pertanto (coerentemente con quanto dalla Sezione già affermato con sentenza 30 novembre 2016 n. 1186) la valenza palesemente derogatoria assunta dalla previsione di cui al comma 4, va rimarcato come l'utilizzazione del criterio del minor prezzo formi oggetto (sempre al ricorrere delle fattispecie indicate nella medesima previsione di legge) di una facoltà, in capo alla Stazione appaltante, e giammai di un obbligo.

Conseguentemente, laddove la fattispecie contrattuale sia sussumibile all'interno della declaratoria di che trattasi, l'Amministrazione *potrà* – ma non *dovrà* – procedere all'aggiudicazione della gara con il criterio del minor prezzo: ma, in tale ipotesi – come ribadito anche da ANAC (Linee-guida n. 2, di attuazione del D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50, recanti

“Offerta economicamente più vantaggiosa”, approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n.1005 del 21 settembre 2016) – su di essa incomberà l’obbligo di *“dare adeguata motivazione della scelta effettuata ed esplicitare nel bando il criterio utilizzato per la selezione della migliore offerta (si pensi all’utilizzo di criteri di efficacia nel caso di approccio costo/efficacia anche con riferimento al costo del ciclo di vita). Nella motivazione le stazioni appaltanti, oltre ad argomentare sul ricorrere degli elementi alla base della deroga, devono dimostrare che attraverso il ricorso al minor prezzo non sia stato avvantaggiato un particolare fornitore, poiché ad esempio si sono considerate come standardizzate le caratteristiche del prodotto offerto dal singolo fornitore e non dall’insieme delle imprese presenti sul mercato”*.

4. Ferma l’ineludibilità del corredo motivazionale della scelta da parte dell’Amministrazione appaltante – come sopra precisato – rileva il Collegio come la gara *de qua* si caratterizzi per l’astratta sussumibilità all’interno della fattispecie di cui alla lett. b) del comma 4 dell’art. 95 (*servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate*), piuttosto che con riferimento alla fattispecie di cui alla lett. c) dello stesso comma (*i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di cui all’articolo 35, caratterizzati da elevata ripetitività*).

La sopra citata deliberazione ANAC dà conto della individuabilità dei tratti differenziali nella configurazione della distinte fattispecie in rassegna, precisando che:

- *“Per servizi e forniture “con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato” devono intendersi quei servizi o forniture che, anche con riferimento alla prassi produttiva sviluppatasi nel mercato di riferimento, non sono modificabili su richiesta della stazione appaltante oppure che rispondono a determinate norme nazionali, europee o internazionali”;*

- *mentre “I servizi e le forniture “caratterizzati da elevata ripetitività” soddisfano esigenze generiche e ricorrenti, connesse alla normale operatività delle stazioni appaltanti, richiedendo approvvigionamenti frequenti al fine di assicurare la continuità della prestazione”.*

Se pure, infatti, il servizio di che trattasi potrebbe prestarsi ad una configurazione in termini di elevata ripetitività, l’importo a base di gara è, quanto alla vicenda all’esame, largamente superiore alla soglia di rilevanza comunitaria, fissata dall’art. 35, comma 1, lett. b) e c) del D.Lgs. 50/2016 (al quale rinvia lo stesso comma 4, lett. c), dell’art. 95), individuata in:

- € 135.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell’allegato III;

- € 209.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali.

Quindi, il sovradimensionamento valoriale dell’appalto in questione rispetto alla suindicata soglia, impone di escludere che la derogabilità consentita dal comma 4 dell’art. 95 rispetto al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa possa operare con riferimento alla (pur astrattamente configurabile) elevata ripetitività delle prestazioni richieste all’aggiudicataria.

Residua dunque, ai fini dell'operatività della disposizione in rassegna, la (sola) ipotesi della standardizzazione del servizio.

A fronte della quale, peraltro, va rilevato come la Stazione appaltante abbia affatto omesso di osservare la prescrizione dettata dal comma 5 dello stesso art. 95, alla stregua della quale *“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”*.

Obbligo motivazionale che, alla stregua di quanto in precedenza diffusamente esposto, si dimostra evidentemente non pretermisibile, segnatamente al fine di precisare i contenuti ed termini della operata valutabilità della prestazione richiesta in chiave di *standardizzazione*: e precludere, conseguentemente, che una asserita – ma non adeguatamente dimostrata – ascrivibilità del servizio di che trattasi a siffatta ipotesi derogatoria del sistema di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa si presti ad una lettura meramente *elusiva* rispetto all'applicazione di tale criterio di scelta del privato contraente.

5. Quanto sopra riportato consente di disattendere le argomentazioni esposte dalla difesa dell'intimato Ospedale reggino con memoria di costituzione depositata in atti alla data del 18 febbraio 2017.

Ferma, infatti, l'esperibilità della procedura negoziata anche con riferimento a gare sopra soglia, non può trovare condivisione l'argomentazione (riferita ai motivi di ricorso *sub II. e III.*) secondo cui *“l'esclusione dalla procedura per la mancata indicazione degli oneri della sicurezza aziendali non risulta espressamente prevista né dai documenti di gara, né dalla normativa nazionale ed europea in materia di appalti pubblici”*.

Se, infatti:

- anche alla luce dei principi europei di certezza e trasparenza, per le gare bandite *prima* del nuovo Codice degli appalti pubblici (di cui al D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50), laddove l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non fosse stato specificato dalla legge di gara e non sia stato contestato che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non poteva essere disposta, se non dopo che lo stesso fosse stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio del potere di soccorso istruttorio (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016 n. 19; e, di seguito, Cons. Stato: sez. III, 9 gennaio 2017 n. 30; sez. V, 28 dicembre 2016 n. 5475, 23 dicembre 2016 n. 5444, 22 dicembre 2016 n. 5423, 15 dicembre 2016 n. 5283, 17 novembre 2016 n. 4755, 7 novembre 2016 n. 4646, 11 ottobre 2016 n. 4182)

- diversamente, laddove la gara – come, appunto, nella fattispecie all'esame – rientri nel campo di applicazione del D.Lgs. 50/2016 (il cui articolo 95, comma 10, così statuisce: *“Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”*), allora viene a configurarsi una disposizione recante un ineludibile obbligo legale da assolvere necessariamente già in sede di predisposizione dell'offerta economica (cfr. T.A.R. Campania,

Salerno, 6 luglio 2016 n. 1604), proprio al fine di garantire la massima trasparenza dell'offerta economica nelle sue varie componenti, evitando che la stessa possa essere modificata *ex post* nelle sue componenti di costo, in sede di verifica dell'anomalia, con possibile alterazione dei costi della sicurezza al fine di rendere sostenibili e quindi giustificabili le voci di costo riferite alla fornitura del servizio o del bene; e, dal momento che *"siffatta dichiarazione configura un elemento essenziale dell'offerta economica non può ritenersi integrabile ex post mediante l'istituto del soccorso istruttorio e comporta l'esclusione dalla gara anche in assenza di una espressa sanzione prevista dalla legge o dal disciplinare"* (T.A.R. Molise, 9 dicembre 2016 n. 513).

Nello stesso senso, si muove anche l'interpretazione recentemente fornita dalla Sez. V del Consiglio di Stato (ordinanza 15 dicembre 2016 n. 5582), secondo cui è legittima l'esclusione da una gara di appalto celebrata nel vigore del D.L.vo n. 50/2016 (nuovo codice degli appalti) di una società che non ha indicato gli oneri per la sicurezza cc.dd. 'interni o aziendali', con conseguente violazione dell'articolo 95 del decreto legislativo n. 50 del 2016", non emergendo *"allo stato profili di incompatibilità fra le disposizioni di diritto interno che impongono ora in modo tassativo tale indicazione e il pertinente paradigma normativo eurounitario"*.

6. Le considerazioni precedentemente esposte persuadono il Collegio della fondatezza dell'esaminato profilo di doglianza: e, con esso, della proposta impugnativa.

Possono, conseguentemente, trovare assorbimento le rimanenti censure dedotte dalla parte ricorrente.

Quest'ultima, quanto ai motivi nell'atto introduttivo rubricati *sub* II., III., IV. e V., ne ha infatti (sollecitato l'esaminabilità; e, conseguentemente) chiesto l'accoglimento in via manifestamente *subordinata* (come è univocamente dato argomentare sulla base di quanto dalla parte stessa indicato nel ricorso: *"Nella denegata ipotesi in cui si considerino superabili le suesposte censure di illegittimità della procedura di gara, comunque l'aggiudicazione operata dall'amministrazione in favore di Ecologia Oggi spa, è viziata ..."*).

Viene, allora, in considerazione l'insegnamento di cui alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 27 aprile 2015, secondo cui:

"a) la parte può graduare, esplicitamente e in modo vincolante per il giudice, i motivi e le domande di annullamento, ad eccezione dei casi in cui, ai sensi dell'art. 34 comma 2 Cod. proc. amm., il vizio si traduca nel mancato esercizio di poteri da parte dell'Autorità per legge competente;

b) non vale a graduare i motivi di ricorso o le domande di annullamento il mero ordine di prospettazione degli stessi;

c) in mancanza di rituale graduazione dei motivi e delle domande di annullamento, il giudice amministrativo, in base al principio dispositivo e di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, è obbligato ad esaminarli tutti, salvo che non ricorrano i presupposti per disporre l'assorbimento

nei casi ascrivibili alle tipologie dell'assorbimento per legge, pregiudizialità necessaria e ragioni di economia”.

7. In accoglimento del motivo di ricorso sub I. (nella parte in cui viene contestato che la *lex specialis* di gara abbia indicato, quale criterio di aggiudicazione, il meccanismo del prezzo più basso), il ricorso merita accoglimento, con riveniente annullamento – riservata, ovviamente, alla precedente Amministrazione la riefusione del potere, nei limiti tracciati dalla valenza conformativa promanante dalla presente pronunzia – degli atti avversati.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei limiti indicati in motivazione; e, per l'effetto, in tali limiti annulla gli atti impugnati.

Condanna il resistente Grande Ospedale Metropolitano “Bianchi Melacrino Morelli”, in persona del legale rappresentante *pro tempore* e la controinteressata Ecologia Oggi S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituitasi in giudizio, al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente Medieco Servizi s.r.l., in ragione, rispettivamente, di € 2.000,00 (Euro duemila/00) e di € 1.000,00 (Euro mille/00), oltre accessori di legge e refusione del contributo unificato, ove versato.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente, Estensore

Filippo Maria Tropiano, Referendario

Donatella Testini, Referendario