

Ancora sui criteri di aggiudicazione previsti dall'art 95, commi 3 e 4, d.lgs. 50/2016

di Maria Isotta Fermani

Data di pubblicazione: 25-2-2019

Il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il comma 3, che disciplina i casi di esclusivo utilizzo del generale criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali v'è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera, ed il comma 4 (casi di possibile utilizzo del residuale criterio del minor prezzo, tra i quali v'è quello dei servizi ripetitivi e non aventi natura tecnica), è di specie a genere.

Pertanto, ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 (servizi ad alta intensità di manodopera) sussiste un obbligo speciale di adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio fatta in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall'entità dello sforzo motivazionale dell'amministrazione.

In attesa dell'Adunanza Plenaria, chiamata a pronunciarsi sulla questione a seguito di una recente rimessione da parte della Terza Sezione del Consiglio di Stato^[1], la sentenza in epigrafe si occupa dell'ambito applicativo dei criteri di aggiudicazione previsti dall'art 95, comma 3 e comma 4, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50^[2].

La pronuncia si sofferma sul rapporto che sussiste, nell'ambito dell'art. 95, tra il comma 3 (che disciplina i casi di esclusivo utilizzo del generale criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali v'è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 (casi di possibile utilizzo del residuale criterio del minor prezzo, tra i quali v'è quello dei servizi ripetitivi e non aventi natura tecnica)^[3].

Sulla questione si riscontra l'esistenza di oscillazioni giurisprudenziali, onde la rimessione all'Adunanza Plenaria.

In particolare, si registrano due contrapposti orientamenti circa i presupposti che legittimano la stazione appaltante a ricorrere al criterio cd. del minor prezzo, ovvero a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Secondo una prima interpretazione^[4], le prestazioni in oggetto rientrerebbero tra i servizi di natura tecnica e intellettuale che l'art. 95, comma 3, lett. b) del Codice dei Contratti Pubblici impone di aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Infatti, si ritiene che, in considerazione dell'utilizzo sempre più massiccio, negli interventi di manutenzione periodica e di revisione degli automezzi, di sofisticati sistemi informatici di diagnostica dei guasti, sono richiesti, proprio in ragione di tale impiego, un grado di specializzazione sempre più accurato ed approfondito e una professionalità tecnica più

elevata. Conseguentemente, non sono riscontrabili nei suddetti interventi i requisiti di standardizzazione e di ripetitività.

In sostanza, a fronte di guasti e/o malfunzionamenti e/o usura delle autovetture, il personale è chiamato a svolgere un'attività "complessa" con valutazioni che consentano di individuare la causa genetica e, dunque, le tipologie di intervento da adottare.

Il notevole range di discrezionalità attribuito ai singoli offerenti circa le modalità di organizzazione per l'esecuzione del servizio rende le offerte ontologicamente eterogenee e, quindi, logicamente insuscettibili di essere graduate attraverso il mero criterio del prezzo più basso.

Secondo altro orientamento^[5], invece, verrebbe in rilievo un servizio non ad alta intensità di manodopera. Invero, a prescindere dall'impiego di strumenti di diagnostica e dalle connesse abilitazioni e specializzazioni dei meccanici e degli altri tecnici addetti alle officine, è prevalente il prezzo dei ricambi sulla componente della manodopera. In particolare, in base a tale indirizzo, assume valenza significativa la predefinizione delle condizioni da parte della Stazione appaltante (con puntuale determinazione nel capitolato d'oneri delle caratteristiche della prestazione) con esclusione della possibilità di individuare un elemento diverso dal prezzo dei detti ricambi, come indicato nei listini, e dal costo orario della manodopera, come determinato dalle associazioni di categoria. La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, chiarito che il servizio è standardizzato quando la *lex specialis* descrive puntualmente tutti gli elementi, individuando in modo preciso sia le prestazioni, sia la concreta organizzazione del lavoro, senza lasciare margini di definizione dei contenuti dell'appalto in capo all'iniziativa dell'impresa.

Il Consiglio di Stato conclude, alla luce delle considerazioni che precedono, che nel caso di specie non risulta censurabile l'adozione del criterio del prezzo più basso ai fini dell'aggiudicazione della gara. Infatti, ha ritenuto che le specifiche prestazioni oggetto di appalto hanno natura standardizzata e ripetitiva, essendo connotate dalla routinarietà degli interventi e prive di carattere altamente specialistico (sì da non poter essere qualificate come servizi di natura tecnica o intellettuale). Inoltre, la Stazione appaltante ha provveduto ad una totale predefinizione nella *lex specialis* delle condizioni che le imprese concorrenti possono proporre (ovvero lo sconto in percentuale sui prezzi di listino dei pezzi di ricambio, conosciuti e fissati dai tariffari presenti sul mercato, predeterminando in misura fissa anche il costo orario della manodopera), senza riconoscere significativi margini qualitativi del servizio appaltato. Comunque, non ricorre nella specie l'affidamento di un servizio ad alta intensità di manodopera tale da imporre l'obbligatorio ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A questo punto, è auspicabile che quanto prima l'Adunanza Plenaria intervenga con una pronuncia al riguardo chiarificatrice.

[1] Cons. Stato, Sez III, 5 febbraio 2019, n. 882, in questa Rivista, 8 febbraio 2019, con nota di L. Grassucci.

[2] Art. 95, comma 3:

“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, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a);

b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro;

comma 4: Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo:

a) fermo restando quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera d), per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro, quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo; in tali ipotesi, qualora la stazione appaltante applichi l'esclusione automatica, la stessa ha l'obbligo di ricorrere alle procedure di cui all'articolo 97, commi 2 e 8;

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 fino a 40.000 euro, nonché per i servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro e sino alla soglia di cui all'articolo 35 solo se caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo

[3] Nel caso di specie, alla Stazione appaltante veniva contestato l'affidamento del “*servizio di riparazione veicoli*” sulla base del criterio del minor prezzo ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. c) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, utilizzato sull'assunto che si trattava di esecuzione di prestazioni standardizzate, non aventi natura tecnica e intellettuale.

[4] Tar Lombardia Brescia, Sezione I, 18 dicembre 2017, n. 1449.

[5] Tar Toscana, 9 gennaio 2018, n. 1609.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 18/02/2019

N. 01099/2019REG.PROV.COLL.

N. 02984/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2984 del 2018, proposto da:
Consorzio Parts & Services, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni, n. 26/B;

contro

Ministero della Difesa e Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri – Centro Unico Contrattuale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12 sono *ope legis* domiciliati;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana – Firenze, Sezione II, n. 00028/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e del Comando Generale

dell'Arma dei Carabinieri;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2018 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Massimiliano Brugnoletti e Verdiana Fedeli per l'Avvocatura Generale dello Stato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri – Centro Unico Contrattuale (di seguito “*il Comando Generale*” o “*Stazione appaltante*”) ha indetto, con bando pubblicato sulla G.U.R.I. in data 15 settembre 2017, una procedura ristretta per l'affidamento del “*servizio di riparazione veicoli gestiti dal Comando Legione Carabinieri della Toscana per l'anno 2018*”, suddiviso in otto lotti, per un importo complessivo di euro 460.000,00, da aggiudicarsi al criterio del minor prezzo ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. c) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Il Bando di gara prevedeva che il costo della manodopera fosse fisso e stabiliva la retribuzione oraria in euro 16,54, non soggetto a ribasso, mentre la lettera di invito specificava che l'offerta economica sarebbe consistita in tanti sconti in percentuale sui prezzi di listino degli altrettanti pezzi di ricambio e che il prezzo complessivo offerto sarebbe stato comprensivo dei costi della sicurezza specifici e del costo della manodopera.

2. Con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana Consorzio Parts & Services (di seguito “*Consorzio*”), il quale aveva presentato domanda di partecipazione alla gara previo invio di una lettera di contestazione alla Stazione appaltante, ha impugnato il bando e gli atti presupposti e conseguenti, articolando plurime censure di violazione di legge (in particolare degli articoli 95, commi 3, 4 e 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, 51 e 45 del medesimo decreto e 60 del d.lgs. n. 56 del 2017), eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, irragionevolezza manifesta, violazione del principio di tassatività delle clausole immediatamente escludenti e del principio di non discriminazione, domandando, oltre all'annullamento degli atti impugnati, la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto tra la Stazione appaltante e l'aggiudicataria.

In dettaglio, la ricorrente contestava (con i primi due motivi di diritto) la scelta del criterio di aggiudicazione del minor prezzo e le motivazioni poste dalla Stazione appaltante a fondamento della sua adozione, giustificata nel bando a ragione del fatto che, da un lato, i pezzi di ricambio “*presentassero caratteristiche fisse e standard e prezzi conosciuti e fissati da tariffari presenti sul mercato*” e, dall'altro, che detto costo fosse “*superiore e prevalente sul*

costo della manodopera occorrente". Inoltre, il Consorzio lamentava l'incapienza dell'importo indicato per la manodopera (terzo motivo), allegando anche una relazione che illustrava le varie voci di costo influenti sul calcolo finito della manodopera, nonché la suddivisione in lotti con presenza dell'officina *in loco* (quarto motivo).

Si costituivano in giudizio il Ministero della Difesa (di seguito "*il Ministero*") e il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, chiedendo la reiezione del ricorso a ragione della sua infondatezza.

3. Con la sentenza in epigrafe, il Tribunale amministrativo ha ritenuto infondati i motivi di censura dedotti, rilevando come, per un verso, non fosse illegittimo nella fattispecie in esame il ricorso al criterio di aggiudicazione del minor prezzo (previsto dal punto IV.2.1. del bando) stante "*il carattere ormai standardizzato*" del servizio oggetto di affidamento (risultando altresì adeguata e coerente la motivazione resa nella *lex specialis* a riguardo della scelta di detto criterio), per altro verso che le previsioni del bando sul costo orario della manodopera (pari ad euro 16,54, importo non soggetto a ribasso) non presentassero i profili di anomalia lamentati, e ha respinto, pertanto, il ricorso del Consorzio.

4. Per la riforma della sentenza il Consorzio ha proposto appello, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia per i seguenti motivi di diritto: "*1) Errores in iudicando. Violazione dell'articolo 95, comma 3, 4 e 5 d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, irragionevolezza manifesta; 2) Errores in iudicando. Violazione dell'articolo 95, commi 4 e 5, d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, irragionevolezza manifesta. Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida Anac, n.2; 3) Errores in iudicando. Violazione del principio di tassatività delle clausole immediatamente escludenti e violazione del principio di non discriminazione. Eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, irragionevolezza manifesta. Anomalia costo manodopera*".

4.1. Si sono costituite le Amministrazioni appellate, illustrando le proprie tesi difensive nelle memorie depositate con cui hanno eccepito l'inammissibilità del gravame per difetto di interesse (per avere il Consorzio impugnato clausole del bando non immediatamente escludenti né lesive del suo interesse a partecipare alla gara) e l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse (non avendo l'appellante impugnato tempestivamente con motivi aggiunti il provvedimento di aggiudicazione) e hanno chiesto, comunque, il rigetto dell'appello proposto in quanto infondato.

4.2. Nelle more del giudizio è intervenuta l'aggiudicazione definitiva (disposta con provvedimento del 14 marzo 2018), impugnata autonomamente dal Consorzio dinanzi al T.a.r. Toscana.

4.3. Alla Camera di Consiglio del 17 maggio 2018, l'appellante ha rinunciato alla domanda cautelare incidentalmente proposta e all'udienza pubblica del 22 novembre 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. Vanno preliminarmente esaminate le eccezioni di inammissibilità e di improcedibilità del ricorso sollevate dalle Amministrazioni appellate (eccezioni non scrutinate dal primo giudice stante la ritenuta infondatezza nel merito nel ricorso introduttivo e per le quali non si rendeva perciò necessaria la proposizione di un'impugnazione incidentale, difettando ogni statuizione sul punto nella sentenza di prime cure).

5.1. Le eccezioni in rito sono infondate.

5.2. La Sezione rileva come il Consorzio abbia impugnato le clausole del bando inerenti il criterio di aggiudicazione della gara (il minor prezzo in luogo di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa) e il costo della manodopera (sul presupposto che esso fosse gravemente sottostimato e potenzialmente violativo dei minimi di legge), assumendone la lesività in relazione alla *par condicio competitorum* e in quanto asseritamente prescrittive, nella prospettazione di parte appellante, di oneri ragionevoli e impeditivi della partecipazione alla gara (poiché influenti sulla possibilità di formulare un'offerta economica seria, consapevole e affidabile).

5.3. Parimenti infondata risulta l'eccezione di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse avendo il Consorzio impugnato autonomamente il provvedimento di aggiudicazione della gara (senza che fosse necessaria gravare l'aggiudicazione mediante proposizione di motivi aggiunti in appello) e permanendo perciò l'interesse dell'appellante ad ottenere una pronuncia sulla illegittimità e sulla ragionevolezza delle previsioni del bando concernenti il criterio di aggiudicazione scelto dalla Stazione appaltante.

6. Può dunque procedersi all'esame nel merito dei motivi di appello.

7. Il Consorzio appellante torna qui a contestare le previsioni della *lex specialis* in relazione al criterio di aggiudicazione adottato dalla Stazione appaltante e l'adeguatezza delle ragioni esternate a fondamento di tale scelta, nonché in ordine al costo della manodopera posto a base di gara (in quanto gravemente sottostimato) censurando le statuizioni della sentenza di prime cure che avrebbero malamente interpretato i motivi di ricorso dedotti in ordine a entrambi i profili.

7.1. Quanto al criterio di aggiudicazione prescelto ovvero quello del prezzo più basso, il Consorzio appellante censura nuovamente la violazione dell'art. 95, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 ad opera della Stazione appaltante per non avere questa previsto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, erroneamente ritenendo che l'appalto in questione avrebbe ad oggetto l'esecuzione di prestazioni standardizzate e non aventi natura tecnica e intellettuale.

8. L'appello è infondato.

9. In primo luogo, non sono meritevoli di positivo apprezzamento il primo e il secondo motivo di appello, non ravvisandosi, in relazione ai profili ivi dedotti, alcuna erroneità delle motivazioni

recate dalla sentenza impugnata che, correttamente, ha ritenuto non censurabile la scelta del criterio del minor prezzo ai fini della valutazione delle offerte, sulla base della considerazione per cui il servizio oggetto di affidamento (costituito dalla *“rimessa in efficienza di veicoli comuni e loro complessivi, resisi inefficienti per avaria e sinistro”*) sia riconducibile a *“servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato”*, per le quali l’art. 95, comma 4, del Codice dei Contratti pubblici consente il ricorso al criterio del prezzo più basso: ciò in quanto, come bene rilevato dal primo giudice, per un verso, le prestazioni oggetto di affidamento sarebbero prive di carattere altamente specialistico (non potendosi perciò condividere gli assunti contenuti negli elaborati tecnici di parte, depositati in atti, in merito all’alta qualificazione di detta attività), dall’altro esse non potrebbero essere assimilate, tanto più a ragione del sempre più massiccio ricorso a sistemi informatici di diagnostica dei guasti, a servizi di natura tecnica e intellettuale, soggetti all’applicazione esclusiva del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell’art. 95, comma 3, lett. b) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

9.1. La Sezione si è occupata della questione in una recente sentenza (Cons. di Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 605) resa in un giudizio su un caso analogo, in cui parte appellante era lo stesso Consorzio, relativo alla gara bandita da un Comune per l’affidamento del servizio di riparazione, manutenzione e revisione dei mezzi comunali, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo.

In tale precedente, la Sezione ha dato atto dell’esistenza di oscillazioni giurisprudenziali sulla questione in oggetto, che è stata diversamente risolta dai Tribunali amministrativi, registrandosi al riguardo due contrapposti orientamenti.

9.2. Secondo una prima tesi (cfr. T.a.r. Lombardia Brescia, Sezione I, 18 dicembre 2017, n. 1449), le prestazioni in oggetto rientrerebbero tra i servizi di natura tecnica e intellettuale che l’art. 95, comma 3, lett. b) del Codice dei Contratti Pubblici impone di aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, non potendo ciò escludersi solo in considerazione dell’utilizzo sempre più massiccio, negli interventi di manutenzione periodica e revisione degli automezzi, di sofisticati sistemi informatici di diagnostica dei guasti, richiedendo, anzi, proprio tale impiego un grado di specializzazione sempre più accurato ed approfondito e una professionalità tecnica più elevata, in assenza di standardizzazione e ripetitività dei suddetti interventi: ciò, peraltro, in linea anche con quanto disposto dal legislatore comunitario circa l’uso di tale criterio di aggiudicazione quale obbligatorio e inderogabile per i servizi di natura tecnica e intellettuale per gli appalti con importo superiore a 40.000,00 euro.

Inoltre, le sentenze che si conformano a tale esegesi evidenziano pure come non si potrebbe evincere dall’esame degli atti di gara l’esistenza di un grado di dettaglio delle prestazioni tale da annullare in radice la possibilità di opzioni differenti rispetto alle soluzioni dei problemi, risultando perciò astrattamente ammissibile la possibilità di miglioramenti e aggiunte, così come la facoltà delle imprese partecipanti di introdurre una diversificazione delle modalità di svolgimento del servizio e del contenuto e delle caratteristiche degli interventi (come affermato da T.a.r. Toscana, Sez. I, 8 marzo 2018, n. 356), il che porterebbe, dunque, ad escludere la standardizzazione del servizio del quale manca una piena e previa definizione nella legge di

gara. Si sarebbe dunque in presenza di un'attività "complessa" dove il personale è chiamato a svolgere *"apprezzamenti che, a fronte di guasti e/o malfunzionamenti e/o usura delle autovetture (o di componenti delle stesse), ne individuino la causa genetica e, conseguentemente, le tipologie di intervento suscettibili nel caso concreto di essere adottate. Il notevole range di discrezionalità ...attribuito ai singoli offerenti circa le modalità di organizzazione per l'esecuzione del servizio rende le offerte ontologicamente eterogenee e, quindi, logicamente insuscettibili di essere graduate attraverso il mero criterio del prezzo più basso"* (T.a.r. Lombardia Brescia, Sezione I, 18 dicembre 2017, n. 1449).

La previa definizione delle prestazioni non sarebbe dunque specifica né puntuale né esaustiva, difettando perciò il presupposto in base al quale la giurisprudenza ritiene si possa aggiudicare la gara con il criterio del prezzo più basso, vale a dire la predeterminazione *in toto* delle condizioni tecniche al momento dell'offerta, senza alcuna rilevanza dei contenuti delle offerte formulate dalle concorrenti.

9.4. Secondo altro orientamento, verrebbe invece in rilievo un servizio non ad alta intensità di manodopera nel cui ambito, a prescindere dall'impiego di strumenti di diagnostica e dalle connesse abilitazioni e specializzazioni dei meccanici e degli altri tecnici addetti alle officine, è prevalente il prezzo dei ricambi sulla componente della manodopera, assumendo valenza significativa la predefinizione delle condizioni da parte della Stazione appaltante (con puntuale determinazione nel capitolato d'oneri delle caratteristiche della prestazione) e la circostanza che non sia perciò possibile individuare un elemento diverso dal prezzo dei detti ricambi, come indicato nei listini, e dal costo orario della manodopera, determinato dalle associazioni di categoria (si veda, per tutte, T.a.r. per la Toscana, 9 gennaio 2018, n. 1347). La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, chiarito che il servizio è standardizzato quando la *lex specialis* descrive puntualmente tutti gli elementi, individuando in modo preciso sia le prestazioni sia la concreta organizzazione del lavoro, senza lasciare margini di definizione dei contenuti dell'appalto in capo all'iniziativa dell'impresa (Consiglio di Stato, III, 13 marzo 2018, n. 1609).

9.5. Nel precedente sopra richiamato la Sezione, nel conformarsi alla seconda esegesi, ha evidenziato che assume rilevanza dirimente, ai fini della soluzione della questione, non tanto ed esclusivamente il carattere ripetitivo e standardizzato delle prestazioni oggetto dell'appalto (certamente riscontrabile nella fattispecie, essendo tutti i lotti caratterizzati da elevata ripetitività perché volti a soddisfare, mediante interventi routinari di riparazione dei veicoli, esigenze generiche e ricorrenti, connesse alla normale operatività della Stazione appaltante, con approvvigionamenti frequenti e continuativi), quanto piuttosto la ricorrenza di un servizio ad alta intensità di manodopera (ipotesi non configurabile nel caso di specie), evenienza quest'ultima che consente certamente di escludere la possibilità del ricorso al criterio del prezzo più basso, imponendo invece quello della offerta economicamente più vantaggiosa.

A tali conclusioni, si perveniva richiamandosi ai principi in materia di scelta del criterio di aggiudicazione da parte della Stazione appaltante affermati dalla giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento a quanto statuito da Cons. Stato, III, n. 2014 del 2 maggio 2017 che, benché attinente ad un appalto con oggetto diverso dal presente, trattandosi nella specie di procedura aperta per l'individuazione di una Agenzia per il Lavoro cui affidare,

per due anni, la somministrazione di personale infermieristico e tecnico-sanitario, ha affermato principi integralmente recepibili anche nella fattispecie qui al vaglio, avendo in quel caso l'Amministrazione adottato il criterio del massimo ribasso proprio sul presupposto, ritenuto assorbente, della ricorrenza di un servizio caratterizzato da "elevata ripetitività" o qualificabile come "servizio con caratteristiche standardizzate il cui costo è assorbito per la quasi totalità dalle retribuzioni del personale"): questo Consiglio ha infatti già avuto modo di chiarire come il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il comma 3 (che disciplina i casi di esclusivo utilizzo del generale criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali v'è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 (casi di possibile utilizzo del residuale criterio del minor prezzo, tra i quali v'è quello dei servizi ripetitivi e non aventi natura tecnica), è di specie a genere. Pertanto, ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 (servizi ad alta intensità di manodopera) sussiste un obbligo speciale di adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio fatta in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall'entità dello sforzo motivazionale dell'amministrazione.

9.6. Alla luce delle considerazioni che precedono, nel caso di specie non risulta censurabile l'adozione del criterio del prezzo più basso ai fini dell'aggiudicazione della gara, non ravvisandosi alcuna violazione a riguardo delle disposizioni di cui all'art. 95, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 non solo perché (come correttamente già ritenuto dal tribunale) le prestazioni oggetto di appalto hanno natura standardizzata e ripetitiva, essendo connotate dalla routinarietà degli interventi e prive di carattere altamente specialistico (sì da non poter essere qualificate come servizi di natura tecnica o intellettuale), ma anche perché, da un lato, la Stazione appaltante ha provveduto ad una totale predefinizione nella *lex specialis* delle condizioni che le imprese concorrenti possono proporre (ovvero lo sconto in percentuale sui prezzi di listino dei pezzi di ricambio, conosciuti e fissati dai tariffari presenti sul mercato, predeterminando in misura fissa anche il costo orario della manodopera), senza riconoscere significativi margini qualitativi del servizio appaltato, e dall'altro non ricorre nella specie l'affidamento di un servizio ad alta intensità di manodopera tale da imporre l'obbligatorio ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In conclusione, per le considerazioni svolte, non può condividersi la tesi del Consorzio appellante in ordine all'elevato grado di specializzazione che sarebbe connesso al servizio di assistenza tecnica erogato dalle officine per la riparazione dei veicoli, tale da necessitare di un intenso e costante aggiornamento, specie in alcuni settori, anche a ragione dell'applicazione sempre più spinta dell'elettronica veicolare (e del conseguente aumento delle informazioni che possono essere fornite dagli strumenti di diagnosi mediante l'utilizzo, da parte di personale altamente qualificato, di sofisticate attrezzature e strumentazioni) e del contenuto tecnologico presente sui mezzi di nuova generazione, tali da richiedere competenze specifiche in rapporto ai diversi requisiti imposti dalle stesse case costruttrici.

9.7. Né è meritevole di positivo apprezzamento il secondo motivo di appello con cui il Consorzio censura l'assenza di una motivazione adeguata a sorreggere il criterio prescelto, tenuto conto del carattere eccezionale di detto criterio che impone un onere motivazionale ancor più stringente poiché 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”.

9.8. Anche tale assunto è infondato.

In disparte, quanto alla prova dell'assenza di vantaggio per un determinato operatore economico, la mancanza di allegazione dei fatti su cui la Stazione appaltante avrebbe dovuto fornire detta prova posto che non sono dedotti in ricorso elementi specifici da cui desumere che, attraverso il criterio del minor prezzo, il Comune abbia inteso avvantaggiare un determinato concorrente, deve ritenersi nel caso concreto soddisfatto, anche alla luce delle argomentazioni esposte circa la legittimità nel caso di specie dell'utilizzo del criterio di aggiudicazione del minor prezzo, l'obbligo motivazionale in ordine alle ragioni sottese alla scelta di detto criterio di valutazione delle offerte, avendo la Stazione appaltante ben chiarito nel bando che esso era riconducibile alla ritenuta natura standardizzata dei servizi da affidarsi, in quanto i pezzi di ricambio, oggetto dello sconto in percentuale nell'offerta economica formulata dalle imprese, presentano *“caratteristiche fisse e standard e prezzi conosciuti e fissati da tariffari presenti sul mercato”*, precisando altresì che detto costo fosse *“superiore e prevalente sul costo della manodopera occorrente”*.

Pertanto, non risulta censurabile la sentenza di primo grado nella parte in cui ha evidenziato come la motivazione che assiste la previsione del bando relativa al ricorso al criterio di aggiudicazione del minor prezzo sia perfettamente in linea con le Linee guida n. 2 adottate dall'A.N.A.C. (con la deliberazione del 21 settembre 2016, n. 1005) che, da un lato ,prevedono il ricorso esclusivo al criterio qualità prezzo con riguardo ai *“servizi di natura tecnica e intellettuale”* (ipotesi non ricorrente nella fattispecie per le ragioni esposte), dall'altro impongono di dare adeguata motivazione della scelta effettuata, esplicitando nel bando il criterio utilizzato per la selezione della migliore offerta, e di tenere conto in tale definizione *“della struttura del settore merceologico cui afferisce l'oggetto del contratto, delle caratteristiche tecniche dei lavori, beni e servizi rispondenti alle esigenze della stazione appaltante e di quelle che il mercato di riferimento è in grado di esprimere”*.

9.9. Non persuadono, infine, le censure formulate con il terzo motivo di appello, con cui il Consorzio ha contestato nuovamente l'anomalia del costo della manodopera posto a base di gara, pari ad una retribuzione oraria di 16,54 euro, non soggetto a ribasso: nella prospettazione dell'appellante, tale importo sarebbe gravemente sottostimato in quanto si discosterebbe sensibilmente dai costi medi della manodopera in violazione dell'articolo 23, comma 16, del d.lgs. n. 50 del 2016 che ancora il costo del lavoro alle tabelle annuali del Ministero del lavoro e delle politiche sociali (nelle quali tale determinazione è operata sulla base dei valori economici definiti dal contratto collettivo nazionale stipulato tra le organizzazioni sindacali e quelle dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative applicabile, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali) e sarebbe, pertanto, di gran lunga inferiore ai livelli economici minimi per i lavoratori del settore di riferimento (ovvero quelli del settore metalmeccanico).

In tesi, l'assunto del giudice di prime cure sarebbe del tutto erroneo in quanto fondato sul mero richiamo alle tabelle di cui al d.m. 4 marzo 2015 del Ministro del lavoro e sul presupposto

che la retribuzione oraria prevista dal bando rientrasse nei valori previsti dal detto decreto e ricomprendesse anche le voci indicate dal Consorzio ricorrente.

Il motivo è infondato.

La Sezione condivide e intende conformarsi all'orientamento giurisprudenziale, consolidatosi in materia già per le gare bandite nella vigenza del precedente Codice degli appalti, secondo il quale nelle gare pubbliche i valori del costo del lavoro indicati nelle tabelle ministeriali costituiscono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che l'eventuale scostamento delle voci di costo da detti valori non legittima di per sé un giudizio di anomalia dell'offerta. In applicazione di tali principi, questa Sezione ha di recente affermato (con riguardo ad una procedura disciplinata dal d.lgs. n. 163 del 2006) che *“in relazione all'esatta quantificazione del costo orario del personale, deve rilevarsi come nelle pubbliche gare un'offerta non può ritenersi anomala per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, occorrendo invece che sussistano discordanze considerevoli e ingiustificate rispetto a tali valori”* (Cons. Stato, V, 5332 del 12 settembre 2018). In sostanza, i costi medi della manodopera, indicati nelle tabelle ministeriali, non assumono valore di parametro assoluto e inderogabile, ma svolgono una funzione indicativa, ben potendo l'impresa concorrente evidenziare una particolare organizzazione imprenditoriale idonea a dimostrare la sostenibilità degli scostamenti (e di eventuali costi inferiori) in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali (Cons. Stato, V, 13 marzo 2014, n. 1176).

Se, dunque, è consentito all'impresa concorrente indicare nella sua offerta un costo della manodopera inferiore a quello individuato nelle Tabelle Ministeriali, rappresentative di una media articolata dei costi del lavoro a livello territoriale, fermo restando il rispetto dei minimi salariali retributivi (costituenti variabili esogene alla struttura aziendale, inglobati nei costi medi indicati nelle tabelle e dovuti al lavoratore nell'entità fissata dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative), senza che per questo la sua offerta sia di per sé considerata anomala (ben potendo l'impresa giustificare nell'eventuale richiesta di spiegazioni da parte della Stazione appaltante le ragioni di tali scostamenti), *a fortiori* non può ritenersi neppure gravemente sottostimato il costo della manodopera posto a base di gara da parte della Stazione appaltante sol perché asseritamente inferiore ai valori economici indicati nelle citate tabelle.

In concreto poi, il costo della manodopera determinato dall'Ente nella fattispecie qui al vaglio è in linea con i costi medi della manodopera nel settore dell'industria metalmeccanica privata e dell'installazione degli impianti di cui al d.m. del 4 marzo 2015 (che prevedono per gli operai una retribuzione oraria ricompresa tra euro 16,54 ed euro 24,22), senza che possano assumere rilievo le diverse previsioni assunte dalle Amministrazioni aggiudicatrici in altre gare che, benché afferenti al medesimo servizio, sono autonome e distinte dalla presente procedura anche con riguardo al luogo di esecuzione del servizio oggetto di affidamento.

Si rivelano poi inconsistenti e comunque superabili le preoccupazioni dell'appellante circa la presunta anomalia del costo della manodopera, in quanto dette valutazioni non potranno che essere compiute in concreto, all'esito dell'espletamento della gara e della valutazione

dell'offerta, soccorrendo, se e quando la Stazione appaltante dovesse intravedere profili che inducano a ritenere un'offerta incongrua, non seria, insostenibile e irrealizzabile, le previsioni di cui agli articoli 95, comma 10, e 97, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, mediante attivazione dei sub-procedimenti ivi indicati e richiesta di puntuali giustificazioni all'operatore economico (fatta salva l'inammissibilità di giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge, come disposto dall'art. 97, comma 6, del Codice dei Contratti pubblici).

10. All'infondatezza dei motivi dedotti consegue il rigetto dell'appello proposto dal Consorzio e l'integrale conferma della sentenza di prime cure.

11. Sussistono giusti motivi, per la novità e complessità delle questioni trattate e per l'esistenza di contrasti giurisprudenziali sulle medesime, per compensare integralmente le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dispone compensarsi integralmente tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella



IL SEGRETARIO