

Servizio standardizzato: onere motivazionale nel caso di ricorso al criterio del prezzo più basso.

di Matteo Sgritta

Data di pubblicazione: 12-6-2020

Il servizio è standardizzato quando la lex specialis descrive puntualmente tutti gli elementi, individuando in modo preciso sia la concreta organizzazione del lavoro sia le prestazioni dovute senza lasciare margini di definizione dell'appalto in capo all'iniziativa dell'impresa.

In sostanza, per i servizi standardizzati è consentito scegliere se procedere all'aggiudicazione con l'uno [criterio di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa] o l'altro criterio [criterio del prezzo più basso], ma qualora sia stato scelto il criterio del prezzo più basso occorre darne adeguata giustificazione; se i servizi non sono standardizzati la preferenza va al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Guida alla lettura

Con la sentenza in epigrafe, la Sezione Quinta del Consiglio di Stato offre una definizione di "servizio standardizzato" ai sensi dell'art. 95 del codice dei contratti pubblici.

Il Collegio, in particolare, tra le molteplici questioni esaminate, circoscrive l'ambito della facoltà discrezionale della pubblica amministrazione nella scelta del criterio di aggiudicazione del contratto, chiarendo, a tal fine, che le stazioni appaltanti sono vincolate alla preferenza accordata dalla legge a criteri di selezione che abbiano riguardo non solo all'elemento del prezzo, ma anche ad aspetti di carattere qualitativo delle offerte: ovvero al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Invero, al riguardo il Collegio non pare discostarsi da consolidata giurisprudenza della medesima sezione (Con. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1063; V, 18 febbraio 2018, n. 1099; III, 13 agosto 2018, n. 1609) che, nel fornire i caratteri del "servizio standardizzato", pare nondimeno salvaguardare la facoltà decisionale con cui l'amministrazione soddisfa l'interesse pubblico sotteso al contratto da affidare.

In quest'ottica, occorre tuttavia distinguere tra i diversi servizi da aggiudicare, così come contemplati nell'art. 95 del codice dei contratti.

Più precisamente, *"la preferenza per il criterio di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa diviene obbligatoria per gli appalti di servizi enunciati al 3° comma dell'art. 95"*.

È invece possibile ricorrere al criterio del prezzo più basso per i servizi di cui al 4° comma, tra i quali si collocano proprio i “*servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato*”.

In questo caso, però, il ricorso al criterio basato sul solo prezzo (ovvero a quello del prezzo più basso), ai sensi del 5° comma dell’art. 95, impone alla stazione appaltante una “*adeguata motivazione*”.

In altri termini, **per “i servizi standardizzati” è consentito scegliere se procedere all’aggiudicazione con l’uno o l’altro criterio di aggiudicazione, ma qualora sia stato scelto il criterio del prezzo più basso occorre offrirne un’adeguata giustificazione.**

Al contrario, precisa la Corte: se i servizi non sono standardizzati, la preferenza deve essere accordata al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

In questa prospettiva, dunque, appare decisivo stabilire quando si è in presenza di servizio standardizzato.

Sulla questione, il Collegio ritiene che “*tale sia un servizio che, per sua natura ovvero per la prestazione richiesta dalla stazione appaltante all’affidatario negli atti di gara, non possa essere espletato che in unica modalità*”. In altri termini, tale ipotesi ricorre allorché sia impossibile “*una reale comparazione tra la qualità delle offerte in sede di giudizio*”.

In effetti, in più occasioni - osserva la Sezione Quinta -, la giurisprudenza ha avuto modo di specificare che il servizio è standardizzato quando la *lex specialis* descrive in modo puntuale tutti gli elementi, e cioè allorché risultino specificati in modo preciso sia **la concreta organizzazione del lavoro sia le prestazioni dovute.**

Nell’esaminare, in particolare, il servizio oggetto della controversia (servizio sostitutivo di quello ferroviario), la Corte offre anche alcune considerazioni di carattere applicativo: si esclude, per la precisione, che sia standardizzato il servizio che non sia “*per sua natura*” espletabile in unica modalità; allo stesso modo, non può definirsi standardizzato il servizio che lasci “*ampi margini all’iniziativa imprenditoriale*” nella definizione della prestazione oggetto dell’appalto, ovvero nella determinazione del contenuto dell’offerta.

In conclusione, il Collegio definisce in questo modo i termini della questione: **l’amministrazione che opti per il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso è tenuta ad una “motivazione rafforzata”, e cioè ad un “onere motivazionale più stringente”**; allo stesso tempo, il Consiglio esclude che tale onere motivazionale possa coincidere **con la mera descrizione del servizio**, perché in tale caso si eluderebbe il predicato normativo posto dall’art. 95 del codice dei contratti: si avrebbe cioè solo “*una finizione*”, e dunque un supporto giustificativo inconsistente, perché soltanto apparente.

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 7706 del 2019, proposto da

E.A.V. s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Armenante e Donato Lettieri, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Annalisa Di Giovanni in Roma, via di San Basilio, 61;

contro

Autoservizi Meridionali s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Rutigliano, con domicilio eletto presso il suo studio in Parma, B.go S. Brigida, 1;

nei confronti

Della Penna Autotrasporti s.p.a., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione Terza, n. 03952/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autoservizi Meridionali s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 maggio 2020 il Cons. Federico Di Matteo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato il 19 febbraio 2019, E.A.V. – Ente autonomo Volturno s.r.l., società in house della Regione Campania, indicava una procedura di gara per l'affidamento dei “servizi automobilistici sostitutivi occasionali” per il caso di impossibilità di funzionamento del servizio ferroviario.

Il criterio di aggiudicazione era quello del prezzo più basso; nel Capitolato speciale venivano indicate le tratte oggetto di sostituzione (art. 1), le caratteristiche del servizio (art. 2), definito per sua natura “non programmabile né definibile nel tempo”, le risorse tecniche da impiegare (art. 8).

Espletate le operazioni di gara con provvedimento 10 aprile 2019 il contratto era aggiudicato alla Della Penna Autotrasporti s.p.a., con un ribasso del 13,13 per cento, a fronte del ribasso del 10,14 per cento della Autostrade meridionali s.r.l..

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania Autostrade meridionali s.r.l. domandava l'annullamento del bando di gara e del disciplinare per violazione dell'art. 95, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50: sosteneva l'illegittimità della scelta dell'amministrazione di aggiudicare il servizio con il criterio del prezzo più basso trattandosi di servizio non standardizzato, le cui condizioni non sono definite dal mercato ed essendo l'importo a base di gara superiore alla soglia dell'art. 35 d.lgs. n. 50 del 2016.

Con altro motivo di ricorso era contestata l'aggiudicazione per anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria ritenuta inidonea a coprire i costi del servizio, ivi inclusi i costi della manodopera.

2.1. Il giudizio di primo grado, nel quale si costituiva solo E.A.V. s.r.l., era concluso dalla sentenza sez. III, 17 luglio 2019 n. 3952, di accoglimento del ricorso ed annullamento degli atti impugnati.

Il tribunale, ritenuto di dover procedere all'esame delle censure a partire da quelle rivolte al bando, riteneva fondato il primo motivo in quanto, pur concordando con l'amministrazione resistente sul carattere standardizzato del servizio, che, quindi, non imponeva l'utilizzo del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, era mancata l'esplicita motivazione delle ragioni di preferenza del criterio del prezzo più basso, dovuta secondo l'art. 95, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016.

3. Propone appello E.A.V. s.r.l.; si è costituita in giudizio Autoservizi meridionali s.r.l. che ha proposto anche appello incidentale. Le parti hanno presentato memorie ex art. 73 cod. proc. amm..

All'udienza del 7 maggio 2020 la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo dell'appello principale E.A.V. s.r.l. contesta la sentenza di primo grado per "Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell'art. 119 e ss. del cpa": l'appellante lamenta che il giudice di primo grado abbia ritenuto ricevibile il ricorso introduttivo del giudizio sebbene tardivamente proposto.

Sostiene, infatti, che, per essere diretto a contestare gli atti di indizione della gara e la *lex specialis*, il ricorso doveva essere proposto entro trenta giorni dalla pubblicazione del bando avvenuta il 19 febbraio 2019; poiché il ricorso era stata notificato il 19 aprile 2019 andava ritenuto tardivo.

1.1. Il motivo è infondato.

Autostrade meridionali s.r.l. ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione a Della Penna autotrasporti s.p.a. unitamente al bando di gara sostenendo l'illegittimità della scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso a fronte di un servizio non standardizzato.

La questione del termine per l'impugnazione del bando di gara nel caso sia oggetto di contestazione il criterio di aggiudicazione prescelto è stata affrontata dall'Adunanza plenaria nella sentenza 26 aprile 2018, n. 4.

L'Adunanza plenaria, in continuità con il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, ha confermato che in via generale i bandi di gara e le lettere di invito vanno impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione poiché sono questi che (oltre consentire di identificare in concreto il soggetto leso) rendono attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato e che fanno eccezione alcune ipotesi in cui è consentita l'immediata impugnazione del bando entro il termine di cui all'art. 120, comma 5, cod. proc. amm.; si tratta dei casi in cui: a) si contesti in radice l'indizione della gara; b) si contesti che una gara sia mancata per aver l'amministrazione proceduto ad affidamento diretto; c) siano impuguate le clausole del bando con carattere immediatamente escludente.

Si è così concluso che non può essere imposto al concorrente di impugnare immediatamente la clausola del bando che prevede il criterio di aggiudicazione ove la ritenga errata poiché "versandosi nello stato iniziale ed embrionale della procedura, non vi sarebbe infatti né prova né indizio della circostanza che l'impugnante certamente non sarebbe prescelto quale aggiudicatario; per tal via, si imporrebbe all'offerente di denunciare la clausola del bando sulla scorta della preconizzazione di una futura ed ipotetica lesione, al fine di tutelare un interesse (quello strumentale alla riedizione della gara), certamente subordinato rispetto all'interesse primario (quello a rendersi aggiudicatario), del quale non sarebbe certa la non realizzabilità."

In conclusione la ricorrente ha correttamente atteso il provvedimento di aggiudicazione per l'impugnazione, nel termine decorrente dalla comunicazione di questo, anche del bando di gara.

2. Con il secondo motivo di appello si contesta "Error in iudicando. Vizio di ultrapetizione (art. 112 cpc e art. 39 cpa)". Il giudice avrebbe annullato il provvedimento in ragione di un vizio non prospettato in ricorso: a fronte della contestazione del ricorrente sulla scelta del criterio di

aggiudicazione del prezzo più basso anziché dell'offerta economicamente più vantaggiosa per essere il servizio non standardizzato, il giudice avrebbe disposto l'annullamento per aver ritenuto non motivata la scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso pur confermando il carattere standardizzato del servizio.

2.1. Il motivo è infondato.

Fermo quanto si dirà in sede di esame dell'appello incidentale sul carattere standardizzato del servizio, va qui precisato che, letto il primo motivo di ricorso, trova conferma la tesi di Autostrade meridionali s.r.l. di aver contestato anche l'omissione della motivazione a supporto della scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso.

In sostanza, la ricorrente ha rimesso al giudice di primo grado l'esame complessivo del tratto dell'azione amministrativa relativo alla scelta discrezionale del criterio di aggiudicazione dell'appalto; il giudice di primo grado, pertanto, ha pronunciato nei limiti del motivo di appello proposto.

3. Il terzo motivo di appello è diretto a far valere "Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comm 5, cdc. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e irragionevolezza": assume l'appellante che il giudice di primo grado avrebbe errato nel ritenere applicabile all'appalto per cui è causa la disposizione contenuta nell'art. 95, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per la quale le stazioni appaltanti che scelgano quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso sono tenute a darne adeguata motivazione; tale regola, infatti, troverebbe applicazione solamente per gli appalti nei settori ordinari e non anche per quelli nei settori speciali, come quello in esame, per aver l'art. 133 del codice (oltre a richiamare nel primo comma le disposizioni contenute in numerosi articoli, tra i quali, appunto, l'art. 95) ribadito nel sesto comma che "Gli enti aggiudicatori ...aggiudicano l'appalto secondo i criteri di cui agli articoli 95 e 97", con l'intento di consentire l'aggiudicazione dell'appalto anche nei settori speciali con il criterio alternativo del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, senza, però, alcun ulteriore onere a carico degli enti aggiudicatori, ivi compreso l'onere motivazionale.

3.1. Il motivo è infondato.

L'art. 133 (Principi generali per la selezione dei partecipanti) indica, al primo comma, gli articoli dettati per gli appalti nei settori ordinari applicabili anche "per la selezione dei partecipanti e delle offerte nelle procedure di scelta del contraente nei settori speciali" "per quanto compatibili con le norme di cui alla presente sezione" e tra questi anche l'articolo 95; nel sesto comma, poi, come detto, è specificato che l'aggiudicazione avviene secondo i criteri degli articoli 95 e 97.

Non v'è ragione – né invero l'appellante si dà cura di esporla – per ritenere che il legislatore abbia voluto richiamare solamente alcuni e non tutti i commi dell'articolo 95, né tale può essere la scelta di ribadire nel sesto comma l'utilizzabilità dei due criteri alternativi posti dagli articoli citati; deve, piuttosto, ritenersi che il legislatore abbia voluto estendere agli appalti nei settori speciali la disciplina prevista dagli articoli richiamati per gli appalti nei settori ordinari e,

con l'introduzione della clausola di compatibilità, posto in carico all'interprete di valutare quelle specifiche regole dei primi non applicabili poiché in grado di porsi in contrasto con peculiari disposizioni di settore.

Nel caso di specie, la regola dell'art. 95, comma 5, d.lgs. n. 50 che impone alla stazione appaltante, in caso di scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, di darne adeguata motivazione, non appare per alcun profilo incompatibile con le caratteristiche proprie degli appalti nei settori speciali ed è, per questo, pienamente applicabile.

4. Il quarto motivo di appello va esaminato congiuntamente al motivo posto nell'appello incidentale.

4.1. Lamenta l'appellante principale "Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 5, del cdc. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e irragionevolezza"; riconosciuto il carattere standardizzato del servizio, il giudice di primo grado non avrebbe potuto annullare il bando per omessa motivazione delle ragioni della scelta del criterio del prezzo più basso poiché dette ragioni si ricavano dagli atti di gara e, precisamente, dalla descrizione delle modalità di svolgimento del servizio in grado di confermare l'assenza di qualsiasi profilo di autonomia gestionale in capo all'affidataria.

A queste condizioni, conclude l'appellante, il supporto motivazionale "sarebbe risultato meramente tautologico, se non addirittura ripetitivo del dettato normativo e della relativa previsione", tanto più che l'art. 95 non impone una motivazione aggravata o rafforzata né un modello standard di motivazione o una motivazione – tipo da inserire in uno specifico atto.

4.2. L'appellante incidentale contesta, come già nel ricorso introduttivo del giudizio, il carattere standardizzato del servizio e si duole che il giudice di primo grado l'abbia così qualificato.

Secondo questa tesi, il servizio in affidamento potrebbe essere svolto in modo qualitativamente diversificato a beneficio degli utenti integrando i requisiti minimi previsti dal capitolato speciale d'appalto con ulteriori servizi suscettibili di diversa valutazione.

4.3. Il motivo dell'appello principale è infondato; è fondato, invece, l'appello incidentale.

4.3.1. Secondo l'Adunanza plenaria (sentenza 21 maggio 2019, n. 8) "dall'analisi dell'art. 95 del codice dei contratti pubblici si ricava che nell'ambito della generale facoltà discrezionale nella scelta del criterio di aggiudicazione, a sua volta insita nell'esigenza di rimettere all'amministrazione la definizione delle modalità con cui soddisfare nel miglior modo l'interesse pubblico sotteso al contratto da affidare, le stazioni appaltanti sono nondimeno vincolate alla preferenza accordata dalla legge a criteri di selezione che abbiano riguardo non solo all'elemento prezzo, ma anche ad aspetti di carattere qualitativo delle offerte".

La preferenza per il criterio di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa diviene obbligatoria per gli appalti di servizi enunciati al 3° comma dell'art. 95; resta tale, invece, per i servizi di cui al 4° comma – tra i quali si collocano proprio i "servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per

i servizi ad alta intensità di manodopera di cui al comma 3, lett. a” – ma qualora essa ricada sul criterio del prezzo più basso il 5° comma impone alla stazione appaltante di darne “adeguata motivazione”.

In sostanza, per i servizi standardizzati è consentito scegliere se procedere all’aggiudicazione con l’uno o l’altro criterio, ma qualora sia stato scelto il criterio del prezzo più basso occorre darne adeguata giustificazione; se i servizi non sono standardizzati la preferenza va al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Rilevante, dunque, è stabilire quando si è in presenza di servizio standardizzato.

4.3.2. Ritiene il Collegio che tale sia un servizio che, per sua natura ovvero per la prestazione richiesta dalla stazione appaltante all’affidatario negli atti di gara, non possa essere espletato che in unica modalità; in questo caso, in effetti, l’utilizzo del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso è giustificata dall’impossibilità di una reale comparazione tra la qualità delle offerte in sede di giudizio.

In effetti, in più occasioni la giurisprudenza ha avuto modo di specificare che il servizio è standardizzato quando la *lex specialis* descrive puntualmente tutti gli elementi, individuando in modo preciso sia la concreta organizzazione del lavoro sia le prestazioni dovute senza lasciare margini di definizione dell’appalto in capo all’iniziativa dell’impresa (così quasi testualmente Con. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1063; V, 18 febbraio 2018, n. 1099; III, 13 agosto 2018, n. 1609).

4.3.3. Così definito il servizio standardizzato tale non era quello oggetto di affidamento con la procedura di gara de qua: il servizio sostitutivo di quello ferroviario in caso di impossibilità di funzionamento di quest’ultimo.

Valgono al riguardo due considerazioni: svariati sono i servizi che l’operatore può offrire all’utenza e alla stessa amministrazione aggiudicatrice (alcuni sono stati indicati dall’appellante incidentale: il minor tempo di arrivo dei mezzi alla chiamata, più mezzi dotati di servizi ai passeggeri diversamente abili, sistema video a bordo o wi-fi) e ciò vale ad escludere che il servizio sia “per sua natura” espletabile in unica modalità.

Si aggiunga, poi, che l’amministrazione appaltante, negli atti di gara, ha definito l’impegno minimo che l’aggiudicatario del servizio avrebbe dovuto assumere (il numero di autobus e di bus da utilizzare per il servizio e le tratte da coprire con indicazione di chilometraggi ed orari), lasciando, così, ampi margini all’iniziativa imprenditoriale di ciascun offerente.

In conclusione, dunque, il servizio non era standardizzato per la possibilità di porre in comparazione le prestazioni offerte.

4.3.4. Il motivo dell’appello principale è, invece, infondato perché in contrasto con il chiaro dettato normativo per come inteso senza incertezze dalla giurisprudenza amministrativa: l’amministrazione che opti per il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso è tenuta ad una “motivazione rafforzata” ovvero ad un “onere motivazionale più stringente” (così rispettivamente Adunanza plenaria 21 maggio 2019, n. 8 e Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio

2020, n. 1063); non può certo ritenersi che tale onere coincida con la descrizione del servizio senza cadere in una mera finzione.

5. Con ultimo motivo di appello la sentenza è censurata per “Error in iudicando, violazione e falsa applicazione art. 100 cpc e art. 39 cpa”: secondo l’appellante il motivo accolto dal giudice di primo grado non sarebbe supportato da adeguato interesse a ricorrere, non potendosi rinvenire la lesione nella sfera giuridica dal ricorrente che sia in correlazione con la scelta del criterio del prezzo più basso per l’affidamento del servizio.

5.1. Il motivo è infondato.

Autostrade meridionali s.p.a., secondo graduato, aveva interesse a contestare la clausola del bando relativa al criterio di aggiudicazione quale vizio in grado di determinare il travolgimento dell’intera procedura concorsuale e la sua ripetizione. L’interesse strumentale, come noto, vale a supportare la domanda di annullamento da parte del concorrente che abbia partecipato alla gara e che non sia risultato aggiudicatario per vizi relativi all’intera procedura di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2020, n. 2849; VI, 24 luglio 2019, n. 5239; VI, 30 luglio 2018, n. 4673)

6. In conclusione, l’appello principale va respinto e l’appello incidentale accolto, con conseguente accoglimento di ogni censura proposta nel primo motivo del ricorso di primo grado.

Le spese del presente grado del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, respinge l’appello principale e accoglie l’appello incidentale.

Condanna E.A.V. s.r.l. al pagamento delle spese del grado di giudizio, che liquida in € 4.000,00 oltre accessori e spese di legge, a favore di Autostrade meridionali s.p.a..

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