

# **Criteria di aggiudicazione e appalti pubblici aventi ad oggetto servizi connotati da alta intensità di manodopera e, nel contempo, aventi caratteristiche standardizzate**

*di Elena Cogo*

*Data di pubblicazione: 17-1-2024*

1. E' rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, la seguente questione pregiudiziale: "se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli artt. 49 e 56 del Trattato sul funzionamento dell'unione europea, nonché il principio euro-unitario di proporzionalità e l'art. 67, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'art. 95, commi 3, lettera a), e 4, lettera b), del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, nonché nell'art. 50, comma 1, del medesimo decreto legislativo, come anche derivante dal principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 21 maggio 2019, n. 8, secondo la quale, in caso di appalti aventi ad oggetto servizi con caratteristiche standardizzate ed al contempo ad alta intensità di manodopera, è vietata all'amministrazione aggiudicatrice la previsione, quale criterio di aggiudicazione, di quello del minor prezzo, anche nell'ipotesi in cui la legge di gara abbia cura di prevedere il ribasso sul solo aggio o utile potenziale di impresa, con salvezza dei costi per la manodopera".

## **Il Consiglio di Stato**

### **in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

### **ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 3990 del 2023, proposto da

Mara soc. coop. r.l., in relazione alla procedura CIG 9351659124, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Mario Pagliarulo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

***contro***

Ministero della Difesa, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Gruppo Samir Global Service s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo, n. 323;

***per la riforma,***

*previa sospensione cautelare,*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Roma, sez. I, n. 6259/2023, 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 di Gruppo Samir Global Service s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 ottobre 2023 il Cons. Antonino Masaracchia e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Pagliarulo, Tozzi e l'avvocato dello Stato Cesaroni;

**I) FATTO**

1. – Con determina a contrarre del 14 luglio 2022, oggetto di pre-informazione sul supplemento della *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea* 2021/S 253-672319, del 29 dicembre 2021, il Ministero della difesa ha indetto una procedura aperta in ambito UE, ai sensi dell'art. 60 dell'(allora vigente) decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), per l'appalto del servizio di manovalanza occasionale ed urgente connessa, e non, ai trasporti per le esigenze centrali e periferiche, e non, del Ministero stesso, anno 2023 (gara n. 3144713), rinnovabile per tre anni, suddivisa in nove lotti.

Il presente giudizio ha ad oggetto la procedura relativa al lotto n. 6 (CIG 9351659124 – codice NUTS ITH41), riguardante “*Aeronautica Militare area nord*”, per un importo di euro 532.786,89 (importo totale presunto a base di gara: euro 5.200.565,31 al netto di IVA e/o di altre imposte e contributi di legge). Ai fini della soglia comunitaria, e quindi ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. n. 50 del 2016, il valore del lotto – comprensivo di somme per eventuali rinnovi – è stato indicato dal disciplinare di gara in complessivi euro 3.463.114,72, al netto di IVA (e il valore complessivo dell'appalto, sempre ai fini della soglia comunitaria, è stato indicato in euro 33.803.674,52, al netto di IVA).

La legge di gara ha previsto il criterio di aggiudicazione del minor prezzo, ai sensi dell'art. 95,

comma 4, lettera b), del d.lgs. n. 50 del 2016, trattandosi di servizio con caratteristiche standardizzate. Il ribasso avrebbe dovuto essere proposto solo sull'aggio posto a base d'asta e, in proposito, l'art. 17, secondo capoverso, del disciplinare di gara precisava quanto segue: *“tenuto conto che lo sconto percentuale richiesto avverrà solo sull'aggio, rimarranno invariati i costi per la manodopera in quanto le retribuzioni dei lavoratori impiegati sono corrisposte in base al contratto collettivo di categoria. Pertanto, sono fatte salve le finalità di cui all'art. 50 D.Lgs. 50/2016 volte sostanzialmente a garantire i livelli occupazionali e a tutelare i lavoratori attraverso l'applicazione dei CCNL”*.

La gara per il lotto n. 6 è stata aggiudicata a Mara s.c.r.l., odierna appellante, che ha offerto un ribasso del 100%. Anche un'altra concorrente, la Gruppo SAMIR Global Service s.r.l., aveva offerto un ribasso del 100%; e parimenti aveva fatto un'altra concorrente ancora. Tuttavia, la gara è stata aggiudicata a Mara per sorteggio (cfr. verbale di sorteggio del 15 settembre 2022, depositato agli atti del primo grado).

## II) IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO

2. – La Gruppo SAMIR Global Service s.r.l. ha dunque impugnato, dinnanzi al Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per il Lazio, l'atto di aggiudicazione in favore della rivale, insieme a tutti i verbali di gara, al disciplinare e al bando di gara (laddove interpretabili in modo non escludente per la società Mara), alla determina a contrarre e alla *lex specialis*, alla richiesta di giustificazioni circa l'anomalia dell'offerta (di cui al prot. n. 0020793, dell'8 novembre 2022, e documentazione connessa), nonché al verbale n. 1081 del 15 settembre 2022, avanzando altresì le domande di declaratoria di inefficacia del contratto, nelle more eventualmente stipulato, e di accertamento del proprio diritto al subentro nell'esecuzione della commessa. La ricorrente ha avanzato censure contro l'offerta presentata dall'aggiudicataria e, in subordine, volte all'annullamento dell'intera gara.

Nel giudizio così instaurato, si è costituita la società aggiudicataria Mara, la quale ha presentato ricorso incidentale, sostenendo l'illegittimità dell'offerta della ricorrente.

3. – Con l'appellata sentenza 11 aprile 2023, n. 6259, il TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, ha accolto il ricorso principale del Gruppo SAMIR, nel limite dell'interesse da questo azionato, e, per l'effetto, ha annullato il bando di gara limitatamente al lotto n. 6; ha inoltre dichiarato improcedibile il ricorso incidentale di Mara e ha compensato le spese di lite tra le parti.

## III) IL GIUDIZIO DI APPELLO

4. – Con l'appello oggi in decisione, Mara ha domandato la riforma della sentenza di prime cure, previa sua sospensione cautelare. Ha affidato l'appello a due motivi. La società Gruppo SAMIR Global Service s.r.l. ha proposto appello incidentale.

Con il primo motivo, in particolare, l'appellante principale ha dedotto la violazione dell'art. 95, comma 3, lettera a), del d.lgs. n. 50 del 2016, sostenendo che la regola ivi contemplata – che non consente la scelta del criterio del minor prezzo per gli appalti con alta intensità di manodopera – non varrebbe per quei contratti che, come nella specie, presentino anche caratteristiche standardizzate. Qualora intesa diversamente, tale previsione – a giudizio dell'appellante – si porrebbe in contrasto con il diritto UE e, in particolare, con l'art. 67 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (Testo rilevante ai fini del SEE). La richiamata norma UE, osserva l'appellante, persegue l'obiettivo di favorire la migliore qualità delle prestazioni (ciò, peraltro, in linea con la risoluzione del 25 ottobre 2011, sulla modernizzazione degli appalti pubblici, n. 2011/2048[INI], prodromica all'approvazione della direttiva del 2014) e segna la preferenza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; pur in tale prospettiva, tuttavia, la previsione interna violerebbe il principio di proporzionalità, in quanto andrebbe oltre quanto necessario per il raggiungimento degli scopi indicati dalla direttiva, ben potendosi ammettere il criterio del prezzo più basso in caso di beni o servizi altamente standardizzati, non apprezzandosi, in tale ipotesi, alcuna reale necessità di acquisire offerte tecniche differenziate. L'appellante ha chiesto, pertanto, che il Collegio sollevi apposita questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di giustizia UE.

5. – Con sentenza parziale n. 10496 del 2023, questo Collegio ha:

(i) respinto l'appello incidentale;

(ii) respinto il secondo motivo dell'appello principale;

(iii) riservato l'esame del primo motivo dell'appello principale, all'esito della decisione della Corte di giustizia UE sulla questione pregiudiziale che si solleva con la presente ordinanza.

#### *IV) L'INDIVIDUAZIONE DELLA FATTISPECIE CONTROVERSA E LA NORMATIVA APPLICABILE.*

6. – La questione controversa, che residua dopo la decisione parziale del presente giudizio di appello, attiene alla necessità che una gara pubblica di appalto (nel caso, per l'affidamento di un servizio, avente ad oggetto prestazioni di manovalanza connessa al trasporto di cose), caratterizzata da alta intensità di manodopera, ma al contempo avente caratteristiche standardizzate, debba svolgersi secondo il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa oppure se, invece, rimanga un margine di apprezzamento, in capo alla stazione appaltante, in merito alla possibile scelta del criterio del minor prezzo.

Le rilevanti disposizioni nazionali prevedono quanto segue:

- l'art. 95, comma 3, lettera a), del d.lgs. n. 50 del 2016 (*ratione temporis* applicabile all'appalto per cui è causa) dispone quanto segue: “*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;*

*b-bis) i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo”;*

- a loro volta, le norme richiamate dalla lettera a) stabiliscono che (art. 50, comma 1): “*Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto*”; e che (art. 36, comma 2, lettera a, in materia di contratti sotto soglia UE, comunque privo di rilievo nella presente controversia, che si riferisce ad un appalto sopra soglia): “*Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità: a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta. La pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento non è obbligatoria*”;

- l'art. 95, comma 4, lettera b), del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce quanto segue:

*“Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo: [...] b) per 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, lettera a)”.*

Tale ultima eccezione è stata introdotta, nel testo di legge, dall'art. 1, comma 20, lettera f), numero 3), del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 (Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici), convertito, con modificazioni, in legge 14 giugno 2019, n. 55.

La legge, tuttavia, non offre una definizione di servizi (o forniture) aventi “caratteristiche standardizzate”, ma può ritenersi che abbia voluto far riferimento, quantomeno per ciò che riguarda i servizi, a prestazioni connotate da elevata ripetitività e prive di elementi personalizzabili (ad esempio di portata tecnologica o innovativa), in relazione alle quali è

difficilmente immaginabile un apporto del concorrente tale da alterare l'aspettativa a una prestazione uniforme; dal che, per ragioni di economicità e speditezza nella procedura, si consente l'utilizzo del criterio del minor prezzo, non avendo particolare ragion d'essere quello che si articola lungo il confronto competitivo sulla migliore qualità tecnica.

7. – Dal quadro normativo nazionale che precede, emerge dunque che per i servizi o le forniture aventi caratteristiche standardizzate l'amministrazione è facoltizzata ("può") a prevedere il criterio del minor prezzo (art. 95, comma 4, lettera *b*, del d.lgs. n. 50 del 2016); ciò, tuttavia, con l'espressa eccezione dei "servizi ad alta intensità di manodopera", per i quali cioè il costo della manodopera è pari almeno alla metà dell'importo totale del contratto (come avviene nella fattispecie oggetto del presente giudizio). In quest'ultima ipotesi la lettera *a*) del medesimo art. 95, comma 3, impone esclusivamente il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, competente nell'ordinamento interno a dirimere le controversie giurisprudenziali nell'applicazione delle norme e a enunciare i relativi principi di diritto (ai sensi dell'art. 99 del codice del processo amministrativo, di cui all'Allegato 1 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, "Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo"), è stata chiamata ad esaminare – a margine di una controversia che, come nel presente caso, aveva ad oggetto un appalto con caratteristiche standardizzate, ma al contempo ad alta intensità di manodopera – il rapporto tra la previsione dell'art. 95, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, che impone il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per i servizi ad alta intensità di manodopera, e la previsione del comma 4 della stessa disposizione, che consente l'utilizzo del criterio del minor prezzo per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate. Ciò, prima ancora che il legislatore, nel 2019, intervenisse sul testo del menzionato comma 4, lettera *b*), mediante l'aggiunta dell'eccezione concernente i servizi ad alta intensità di manodopera.

Al riguardo, l'Adunanza plenaria ha evidenziato che la *ratio* dell'imposizione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per gli affidamenti di servizi ad alta intensità di manodopera, è quella di perseguire gli obiettivi – preminenti, secondo la Costituzione e il diritto UE, nel settore dei contratti pubblici – di tutela del lavoro. Al contempo, ha avvertito che detti obiettivi non possono essere sacrificati alle esigenze di carattere tecnico e alle determinazioni discrezionali dell'amministrazione. Nella risoluzione dell'apparente antinomia tra i commi 3 e 4 dell'art. 95, è stato, quindi, statuito il seguente principio di diritto: "*gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera ai sensi degli artt. 50, comma 1, e 95, comma 3, lett. a), del codice dei contratti pubblici sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand'anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo codice*" (sentenza 21 maggio 2019, n. 8).

8. – In applicazione di tale principio, come ulteriormente confermato dalla successiva giurisprudenza amministrativa di primo grado, il TAR Lazio, nell'ambito della presente controversia, ha quindi ritenuto che l'appalto per cui è causa – proprio perché è ad alta intensità di manodopera, pur se con caratteristiche standardizzate – avrebbe dovuto necessariamente prevedere il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più

vantaggiosa. Di conseguenza, il TAR ha ritenuto illegittima la clausola della *lex specialis* che prevedeva il criterio di aggiudicazione del minor prezzo e, per l'effetto, ha annullato l'intera gara.

Nel dettaglio, infatti, la gara di appalto per cui è causa – da un lato – è volta all'affidamento di servizi di “*manovalanza occasionale*”, aventi caratteristiche pacificamente standardizzate, consistenti in mere “*operazioni di carico e scarico, composizione e scomposizione colli, appillaggio e disappillaggio dei materiali in arrivo ed in partenza, spostamento dei materiali e quant'altro definito manovalanza comune per la necessità di magazzini, opifici, enti, mezzi navali e/o aeroporti militari ed enti militari*” (cfr. art. 17, pag. 33, del disciplinare di gara), da rendersi in favore del Ministero della difesa. La medesima gara – dall'altro lato – è caratterizzata, altrettanto pacificamente, dall'alta intensità di manodopera, consistente nella forza lavoro da dedicarsi alle descritte operazioni di carico, scarico e trasporto di cose: che il costo della manodopera sia, nel caso, pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto, secondo la definizione dell'art. 50, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016, è un dato di fatto nella specie pacifico e non controverso tra le parti.

9. – Parte appellante critica le conclusioni cui è giunto il TAR, sostenendo che, in relazione alle previste operazioni meramente materiali e di movimentazione di colli – operazioni che, per loro natura, sono ripetitive e standardizzate – non potrebbe apprezzarsi alcuna effettiva necessità di far luogo all'acquisizione di offerte tecniche differenziate, con inutile aggravio della procedura di gara e in violazione del principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione.

Nel caso di specie, peraltro – come fa notare l'appellante –, il ribasso in sede di offerta doveva avvenire non su un prezzo base comprensivo dei costi della manodopera, quanto piuttosto, esclusivamente, sull'aggio; quest'ultimo da calcolarsi, tuttavia, già al netto dei costi della manodopera. L'art. 17 del disciplinare di gara, al penultimo capoverso, stabiliva invero quanto segue: “*Infatti, pur prevedendo l'aggiudicazione al minor prezzo, tenuto conto che lo sconto percentuale richiesto avverrà solo sull'aggio, rimarranno invariati i costi per la manodopera in quanto le retribuzioni dei lavoratori impiegati sono corrisposte in base al contratto collettivo di categoria. Pertanto, sono fatte salve le finalità di cui all'art. 50 D.Lgs. 50/2016 volte sostanzialmente a garantire i livelli occupazionali e a tutelare i lavoratori attraverso l'applicazione dei CCNL*”.

Il ribasso, quindi, poteva avvenire solo sull'utile potenziale di impresa, con invarianza dei costi per la manodopera: ciò che lasciava, dunque, intatte le garanzie connesse alle necessarie tutele dei lavoratori impiegati nell'appalto. In tal modo, osserva l'appellante, si assicurava protezione sia per le esigenze della pubblica amministrazione appaltante, sia per le condizioni economiche e di sicurezza del lavoro.

9.1. – In chiave di diritto dell'Unione, la parte appellante richiama il disposto dell'art. 67, paragrafo 2, ultimo capoverso, della direttiva 2014/24/UE, a norma del quale “*Gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici non possano usare solo il prezzo o il costo come unico criterio di aggiudicazione o limitarne l'uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalto*”. Tale previsione andrebbe letta

conformemente al principio di proporzionalità, che è un principio generale del diritto dell'Unione, secondo il quale le norme stabilite dagli Stati membri, nell'ambito dell'attuazione delle disposizioni della direttiva 2014/24/UE, non dovrebbero andare oltre quanto necessario per raggiungere gli scopi perseguiti da quest'ultima.

Rilevante sarebbe, altresì, l'obiettivo di favorire la migliore qualità delle prestazioni, alla luce di quanto afferma il *Considerando* n. 92 della direttiva medesima, in base al quale *“Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate a scegliere criteri di aggiudicazione che consentano loro di ottenere lavori, forniture e servizi di alta qualità che rispondano al meglio alle loro necessità”*. In ordine alla praticabilità del criterio del prezzo più basso, pur a fronte della preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'appellante richiama anche la risoluzione del 25 ottobre 2011, sulla modernizzazione degli appalti pubblici (2011/2048(INI)), prodromica all'approvazione delle direttive del 2014, con la quale il Parlamento europeo, pur ritenendo che *“il criterio del prezzo più basso non debba più essere il criterio determinante per l'aggiudicazione di appalti e che sia necessario sostituirlo in via generale con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa in termini di benefici economici, sociali e ambientali, tenendo conto dei costi dell'intero ciclo di vita dei beni, servizi o lavori di cui trattasi”*, sottolineava, comunque, *“che una simile soluzione non esclude il criterio del prezzo più basso quale criterio decisivo in caso di beni o servizi altamente standardizzati”*.

Il legislatore italiano avrebbe, pertanto, esercitato la facoltà prevista dall'art. 67 della direttiva 2014/24/UE, stabilendo il divieto di utilizzare il criterio del prezzo più basso per la specifica tipologia dei servizi ad alta intensità di manodopera (art. 95, comma 4, lettera *b*, del d.lgs. n. 50 del 2016), ma ciò anche nell'ipotesi in cui l'appalto presenti, al contempo, caratteristiche standardizzate, laddove cioè non rilevano gli aspetti qualitativi delle prestazioni. Imporre, in quest'ultimo caso, il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo eccederebbe manifestamente quanto necessario per conseguire gli obiettivi, prima ricordati, perseguiti dalla direttiva e si porrebbe, pertanto, in contrasto con il principio di proporzionalità.

10. – Il Collegio è dell'avviso che la questione pregiudiziale, così proposta da parte appellante, debba essere sottoposta all'esame della Corte di giustizia UE, viepiù in considerazione delle vesti di giudice di ultima istanza che questo Giudice ricopre, ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Ribadito che è pacifica, tra le parti, la natura dell'appalto *de quo*, avente ad oggetto un servizio ad alta intensità di manodopera, ma al contempo con caratteristiche standardizzate (in relazione alle prestazioni richieste alla forza lavoro, che si connotano per la ripetitività dell'*opus*), la censura dell'appellante che si appunta sulla violazione del principio di proporzionalità assume particolare pregnanza alla luce delle previsioni della legge di gara che, nella specie, stabilivano come criterio di aggiudicazione quello del maggior ribasso, da calcolarsi esclusivamente sull'aggio, con salvezza dei costi per la manodopera.

A ciò deve aggiungersi che, nella presente fattispecie, il rispetto delle condizioni economiche e di sicurezza del lavoro è già stato accertato sia dalla stazione appaltante, in sede di



subprocedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, sia dal Giudice nazionale, che ha respinto i motivi, introdotti dal ricorrente in primo grado, con i quali era stata revocata in dubbio la legittimità dell'offerta dell'aggiudicataria proprio in relazione alla violazione dei minimi salariali.

La pedissequa applicazione delle norme interne, che (grazie a quanto consentito dall'art. 67 della direttiva 2014/24/UE) hanno introdotto il divieto del criterio del massimo ribasso per fattispecie corrispondenti a quella *de qua*, dovrebbe pertanto condurre all'annullamento della gara, per mancata previsione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, oggetto di indiscusso *favor* nelle fonti del diritto UE richiamate dalla parte appellante.

Nel caso di specie, i vantaggi tipici, collegati alla tutela dei lavoratori, che normalmente derivano dall'impiego di tale criterio di aggiudicazione, sono stati ugualmente raggiunti, pur a fronte della contestata previsione, nella legge di gara, del diverso criterio del massimo ribasso, come declinato secondo le condizioni poc'anzi riepilogate. Il ribasso applicato al solo aggio, con salvezza dei costi della manodopera, vieppiù di fronte all'accertamento, in sede amministrativa e giurisdizionale, che non si è avuta alcuna violazione delle tutele che devono assistere le prestazioni di lavoro, conduce dunque a ritenere sproporzionato l'obbligo della previsione del criterio di aggiudicazione del miglior rapporto qualità/prezzo, non venendo in considerazione possibili aspetti di miglioramento tecnico che avrebbero potuto, in tesi, caratterizzare le offerte aventi ad oggetto prestazioni standardizzate.

Ne consegue che la preferenza del diritto UE per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa pare non sposarsi, nella fattispecie *de qua*, con le ragioni che dovrebbero sostenerlo e che, quindi, l'imposizione di quel criterio appare misura palesemente eccessiva, sproporzionata ed ingiustificata.

## V – LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE RIMESSA ALLA CORTE DI GIUSTIZIA.

11. – In considerazione di quanto sopra esposto, stante la rilevanza – ai fini della decisione dell'ultima censura residua, sollevata nell'odierna controversia – della questione di compatibilità della predetta normativa interna con le indicate disposizioni euro-unitarie, il Collegio chiede alla Corte di giustizia UE di pronunciarsi sulla seguente questione pregiudiziale:

*“se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché il principio euro-unitario di proporzionalità e l'art. 67, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'art. 95, commi 3, lettera a), e 4, lettera b), del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, nonché nell'art. 50, comma 1, del medesimo decreto legislativo, come anche derivante dal principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 21 maggio 2019, n. 8, secondo la quale, in caso di appalti aventi ad oggetto servizi con caratteristiche standardizzate ed al contempo ad alta intensità di manodopera, è vietata all'amministrazione*

*aggiudicatrice la previsione, quale criterio di aggiudicazione, di quello del minor prezzo, anche nell'ipotesi in cui la legge di gara abbia cura di prevedere il ribasso sul solo aggio o utile potenziale di impresa, con salvezza dei costi per la manodopera".*

12. – La segreteria della Sezione curerà la trasmissione della presente ordinanza alla cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione europea. In aggiunta alla presente ordinanza la segreteria trasmetterà alla Cancelleria della CGUE anche la seguente documentazione: a) l'intero fascicolo di causa del primo e del secondo grado del giudizio, ivi compresa la sentenza non definitiva n. 10496 del 2023 pronunciata, da questa Sezione, nel presente giudizio; b) il testo integrale degli artt. 36, 50 e 95 del d.lgs. n. 50 del 2016; c) il testo integrale della sentenza dell'Adunanza plenaria 21 maggio 2019, n. 8.

In conseguenza della rimessione alla Corte di giustizia della questione pregiudiziale di cui sopra il presente giudizio viene sospeso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quinta,

rimette alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione e, riservata ogni altra decisione, anche sulle spese, sospende il giudizio.

Dispone che il presente provvedimento, unitamente a copia degli atti di giudizio indicati in motivazione, sia trasmesso, a cura della Segreteria della Sezione, alla Cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Antonino Masaracchia, Consigliere, Estensore

**Guida alla lettura**

Il Consiglio di Stato, nell'ordinanza in commento, torna a confrontarsi con il tema della **corretta identificazione del criterio alla stregua del quale aggiudicare l'affidamento di appalti pubblici aventi ad oggetto servizi con caratteristiche standardizzate e, nel contempo, ad alta intensità di manodopera.**

Preliminarmente, al fine di comprendere in modo compiuto il *thema decidendum*, giova illustrare taluni elementi in fatto che hanno portato alla ordinanza in commento.

La vicenda all'origine del provvedimento attenzionato prende le mosse dalla indizione, con determina a contrarre del Ministero della difesa, di una procedura aperta in ambito europeo, ai sensi dell'art. 60 dell'allora vigente Codice dei contratti pubblici, per l'affidamento di un appalto sopra soglia euro-unitaria del servizio di manovalanza occasionale e urgente, connessa o meno ai trasporti per le esigenze centrali e periferiche e non del Ministero stesso, anno 2023, rinnovabile per tre anni e suddivisa in nove lotti.

L'ordinanza in esame involge la procedura relativa al lotto n. 6, che concerne "*Aeronautica Militare area nord*", per un importo di Euro 532.786,89 (importo totale presunto a base di gara: Euro 5.200.565,31 al netto di IVA e/o di altre imposte e contributi di legge). Il Disciplinare di gara, ai fini della soglia euro-unitaria, indi ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. n. 50/2016, indicava il valore del lotto, comprensivo di somme per eventuali rinnovi, in complessivi Euro 3.463.114,72 al netto di IVA, nonché il valore complessivo dell'appalto in Euro 33.803.674,52 al netto di IVA.

A venire in rilievo nella procedura di evidenza pubblica *de qua* è un servizio con caratteristiche standardizzate. Di tal che, la legge di gara optava per il criterio di aggiudicazione del minor prezzo ai sensi dell'art. 95, c. 4, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016. Inoltre, il ribasso avrebbe dovuto essere proposto solo sull'aggio posto a base d'asta; al riguardo, l'art. 17, secondo capoverso, del Disciplinare di gara recava la precisazione che "*tenuto conto che lo sconto percentuale richiesto avverrà solo sull'aggio, rimarranno invariati i costi per la manodopera in quanto le retribuzioni dei lavoratori impiegati sono corrisposte in base al contratto collettivo di categoria. Pertanto, sono fatte salve le finalità di cui all'art. 50 D.lgs. 50/2016 volte sostanzialmente a garantire i livelli occupazionali e a tutelare i lavoratori attraverso l'applicazione dei CCNL*".

Stante le descritte regole di gara, tre dei partecipanti alla selezione pubblica per l'aggiudicazione del lotto n. 6 presentavano quale offerta un ribasso del 100%. L'affidamento dell'appalto di servizi avveniva, così, per sorteggio.

A questo punto, una delle partecipanti che aveva offerto il ribasso del 100%, sostenendo l'illegittimità dell'offerta presentata dall'aggiudicataria e, in subordine, dell'intera gara proponeva ricorso giurisdizionale avverso l'esito della procedura di selezione pubblica avanti il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio. Impugnava l'atto di aggiudicazione, unitamente a tutti i verbali, al disciplinare e al bando di gara, alla determina a contrarre e alla *lex specialis*, alla richiesta di giustificazioni in ordine all'anomalia dell'offerta, avanzando altresì le domande di declaratoria di inefficacia del contratto, nelle more eventualmente stipulato, e di accertamento del proprio diritto al subentro nell'esecuzione della commessa.

Nel giudizio così promosso si costituiva la società aggiudicataria, la quale presentava ricorso incidentale ritenendo, a sua volta, che l'offerta della ricorrente fosse illegittima.

Con sentenza 11 aprile 2023, n. 6259 il Giudice di prime cure accoglieva il ricorso principale e, per l'effetto, annullava il bando di gara limitatamente al lotto n. 6; inoltre, dichiarava improcedibile il ricorso incidentale dell'aggiudicataria e compensava le spese di lite tra le parti.

La società aggiudicataria promuoveva appello domandando la riforma della sentenza resa dal Tar Lazio, previa sua sospensione cautelare; la società ricorrente in primo grado proponeva appello incidentale.

La vincitrice della gara articolava l'appello in una duplice doglianza. Per quanto di interesse, con la prima, lamentava la violazione dell'art. 95, c. 3, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016, *ratione temporis* applicabile all'appalto di cui trattasi, argomentando che la regola *ivi* posta – che non consente la scelta del criterio del minor prezzo per gli appalti con alta intensità di manodopera – non opererebbe per i contratti, quali quello di cui si discorre, che presentino altresì caratteristiche standardizzate. Ad avviso dell'appellante, tale previsione ove interpretata diversamente contrasterebbe con il diritto europeo e, precipuamente, con l'art. 67 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sui contratti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, che persegue l'obiettivo di favorire la migliore qualità delle prestazioni - peraltro, in linea con la risoluzione del 25 ottobre 2011, sulla modernizzazione dei contratti pubblici, n. 2011/2048[INI], prodromica all'approvazione della direttiva del 2014 - e segna il favor per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Inoltre, la disposizione interna violerebbe il principio di proporzionalità, andando oltre quanto necessario per il raggiungimento degli scopi indicati dalla direttiva, ben potendosi ammettere il criterio del prezzo più basso in caso di beni o servizi altamente standardizzati, non apprezzandosi in tale ipotesi alcuna reale necessità di acquisire offerte tecniche differenziate.

Ebbene, muovendo da siffatti convincimenti, l'appellante chiedeva che il Collegio sollevasse apposita questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Con sentenza parziale, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale ha respinto l'appello incidentale e il secondo motivo dell'appello principale; ha riservato l'esame del primo motivo dell'appello principale all'esito della decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sulla questione pregiudiziale *ivi* sollevata.

Brevemente narrati i fatti oggetto della vicenda che ci occupa, ben si può comprendere come **la *quaestio iuris* posta all'attenzione del Consiglio di Stato ruoti intorno alla individuazione del criterio di aggiudicazione alla stregua del quale svolgere una gara pubblica per l'affidamento di un appalto**

**di servizi connotato da alta intensità di manodopera ma, nel contempo, avente**

**caratteristiche standardizzate.** E attenga, in specie, allo scioglimento del dubbio ermeneutico se una procedura a evidenza pubblica di tal fatta, relativa all'affidamento di un appalto di servizi avente a oggetto prestazioni di manovalanza connessa al trasporto di cose, debba essere celebrata secondo **il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero** se residui un margine di apprezzamento, in capo alla stazione appaltante, in ordine alla possibile scelta del **criterio del minor prezzo.** In definitiva, al Consiglio di Stato è richiesto di soffermarsi nuovamente **sul rapporto tra la previsione di cui all'art. 95, c. 3, d.lgs. n. 50/2016,** che imponeva il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per i servizi ad alta intensità di manodopera **e la previsione di cui al comma 4 della medesima disposizione,** che consentiva l'utilizzo del criterio del minor prezzo per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate, **nella particolare ipotesi in cui la legge di gara abbia cura di prevedere il ribasso sul solo aggio o utile potenziale di impresa, con salvezza dei costi per la manodopera.** Non solo. Al Collegio è richiesto di **valutare se debba essere sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia la questione pregiudiziale** afferente alla compatibilità con il diritto euro-unitario di una normativa, quale quella italiana, che in caso di appalti pubblici aventi ad oggetto servizi con caratteristiche standardizzate e ad alta intensità di manodopera **vieta all'amministrazione aggiudicatrice la previsione, quale criterio di aggiudicazione, di quello del minor prezzo, anche nell'ipotesi** poc'anzi richiamata **in cui la legge di gara abbia cura di prevedere il ribasso sul solo aggio o utile potenziale di impresa, con salvezza dei costi per la manodopera.**

Nell'intento di fornire una risposta al primo dei menzionati interrogativi il Consiglio di Stato, nell'ordinanza in commento, ha cura anzitutto di richiamare il quadro normativo che assume rilievo *in subiecta materia*. Prendendo le mosse dalla disciplina nazionale, rammenta l'art. 95, c. 3, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016, *ratione temporis* applicabile alla fattispecie *de qua*, che dispone 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, 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; b-bis) i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo". A loro volta, le previsioni richiamate dalla lettera a) stabiliscono, quanto all'art. art. 50, c. 1, che "Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di *appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale*, con particolare riguardo a quelli *relativi a contratti ad alta intensità di manodopera*, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. *I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto*";

quanto all'art. 36, c. 2, lett. a), in materia di contratti sotto soglia UE, (comunque privo di rilievo nella presente controversia, che si riferisce a un appalto sopra soglia), che *“Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità: a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta. La pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento non è obbligatoria”*.

Ancora, il Consiglio di Stato evoca l'art. 95, c. 4, lett. b), d.lgs. n. 50/2016, che stabilisce che *“Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo: [...] b) per 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, lettera a)”*. La menzionata eccezione è stata introdotta dall'art. 1, c. 20, lett. f), n. 3), del Decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, recante *“Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici”*, convertito con modificazioni in Legge 14 giugno 2019, n. 55.

La Quinta Sezione osserva come l'art. 95, c. 4, lett. b) del previgente Codice dei contratti pubblici si limiti a richiamare la categoria di servizi o forniture aventi “caratteristiche standardizzate”, senza delinearne i contorni. E tanto, a differenza di quanto il Codice medesimo non abbia cura di fare con riguardo ai “servizi ad alta intensità di manodopera”. Volendo tentare di offrire una definizione, il Collegio afferma che probabilmente la previsione *de qua* intende avere riguardo, quantomeno per quel che attiene ai servizi, a prestazioni connotate da elevata ripetitività e prive di elementi personalizzabili - ad esempio di portata tecnologica o innovativa - in relazione alle quali difficilmente è immaginabile un apporto del concorrente tale da alterare l'aspettativa a una prestazione uniforme. Dal che, avendo di mira prioritariamente l'economicità e la speditezza nella procedura, essa consente l'utilizzo del criterio del minor prezzo, non essendo ravvisabili particolari ragioni per ricorrere a quello che si articola nel confronto competitivo sulla migliore qualità tecnica.

Orbene, il quadro normativo nazionale vigente, secondo il Consiglio di Stato, consente di rilevare come per i servizi o le forniture aventi caratteristiche standardizzate l'amministrazione sia facoltizzata a prevedere il criterio del minor prezzo (art. 95, c. 4, lett. b, d.lgs. n. 50/2016). Il che si evincerebbe dalla scelta, in sede di scrittura della previsione codicistica, del verbo *“potere”* anziché del verbo *“dovere”* (*“può”*). Il tutto con l'esplicita eccezione dei “servizi ad alta intensità di manodopera”, ossia i servizi per i quali il costo della manodopera sia pari almeno alla metà dell'importo totale del contratto, come avviene nella fattispecie oggetto del giudizio di cui si discorre. Per quest'ultima ipotesi, la lettera a) dell'art. 95, c. 3 prescrive il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A questo punto della trattazione il Collegio non può non rammentare che, con sentenza non definitiva, la III Sezione del medesimo Consiglio di Stato aveva deferito all'Adunanza plenaria in sede nomofilattica, ai sensi dell'art. 99, c. 1 c.p.a., la questione oggetto di contrasti in giurisprudenza che ruota intorno all'individuazione di **quale criterio di aggiudicazione debba applicarsi nelle procedure di affidamento di appalti pubblici di servizi nell'ipotesi in cui**

**detti contratti abbiano contemporaneamente caratteristiche di alta intensità di manodopera nonché standardizzate[1].**

La *quaestio iuris* trae origine dal fatto che l'art. 95 del previgente Codice dei contratti pubblici, relativo ai "Criteri di aggiudicazione dell'appalto" prevedeva due criteri antitetici: quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, e quello del minor prezzo, rispettivamente ai sensi del comma 3, *lett. a)*, per i servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'art. 50, c. 1, ossia i contratti "nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto"; e al comma 4, *lett. b)*, per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate. Tuttavia, il Codice non forniva alcuna indicazione sul criterio di aggiudicazione da utilizzare nelle ipotesi in cui il servizio oggetto della gara fosse riconducibile non solo a quelli ad alta intensità di manodopera, ma anche a quelli con caratteristiche standardizzate. In altri termini, non era positivamente previsto un ordine gerarchico tra i commi 3 e 4 dell'art. 95.

La III Sezione aveva rimesso la questione nell'ambito di una controversia concernente gli atti della procedura negoziata, ai sensi dell'art. 63, cc. 1 e 2, *lett. c)*, del Codice dei contratti pubblici, indetta da una Azienda S.S. per l'affidamento del servizio di vigilanza antincendio.

In quella vicenda, avente ad oggetto similmente a quella in commento un appalto con caratteristiche standardizzate ma nel contempo ad alta intensità di manodopera, l'Adunanza plenaria era stata dunque evocata a valutare il rapporto tra la previsione di cui all'art. 95, c. 3, d.lgs. n. 50/2016, che prescriveva il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per i servizi ad alta intensità di manodopera, e la previsione di cui al comma 4 della medesima disposizione, che consentiva l'utilizzo del criterio del minor prezzo per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate, prima ancora che il legislatore, nel 2019, intervenisse sul testo del menzionato comma 4, lett. b) con l'aggiunta dell'eccezione afferente ai servizi ad alta intensità di manodopera. E, sul tema, aveva registrato pronunce di Tribunali amministrativi e di Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato fra loro discordanti. Invero, a un primo orientamento di tenore analogo alla sentenza TAR Lombardia Milano, Sez. IV, 30 luglio 2018, n. 1872[2], si contrapponeva un più recente indirizzo che ha invece attribuito al criterio del minor prezzo per servizi con caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, *lett. b)*, dell'art. 95 "valenza derogatoria" rispetto alla ipotesi di servizi ad alta intensità di manodopera[3].

Nel tentativo di comporre il contrasto giurisprudenziale, l'Adunanza ha evidenziato come la ratio della prescrizione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per gli affidamenti di servizi ad alta intensità di manodopera sia quella di perseguire gli obiettivi di tutela del lavoro, che nel settore dei contratti pubblici sono preminenti secondo la Costituzione e il diritto europeo. Allo stesso tempo, l'Adunanza plenaria ha avvertito che detti obiettivi non possono essere sacrificati alle esigenze di carattere tecnico e alle determinazioni discrezionali dell'amministrazione. Risolvendo l'apparente antinomia tra i commi 3 e 4 dell'art. 95, con la sentenza 21 maggio 2019, n. 8 ha così statuito il principio di diritto secondo cui "gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera ai sensi degli artt. 50, comma 1, e 95, comma 3, lett. a), del codice dei contratti pubblici sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand'anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate ai sensi del

comma 4, lett. b), del medesimo codice”[4]. Rispetto a detto criterio, infatti, quello del minor prezzo, consentito in base al comma 4, è sub valente. Merita evidenziare come la pronuncia resa dall’Adunanza Plenaria abbia confermato la sentenza 30 luglio 2018, n. 1872, resa in primo grado dal Tar Lombardia ed espressiva del primo orientamento giurisprudenziale poc’anzi citato, secondo cui il rapporto, nell’ambito dell’art. 95 del Codice dei contratti pubblici tra il comma 3 (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, fra i quali v’è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) e il comma 4 (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, fra i quali v’è quello dei servizi ripetitivi), è da declinare in termini di specie a genere. Con la conseguenza che, ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3, sussiste un obbligo cogente e inderogabile di adozione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio assegnata in via generale dal Codice, non ammette deroghe, neppure al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, in disparte l’entità dello sforzo motivazionale dell’amministrazione[5].

Rivolgendo l’attenzione alla vicenda in commento, il Tar Lazio, in applicazione del menzionato principio, avallato dalla successiva giurisprudenza amministrativa di primo grado, ha ritenuto che la legge di gara proprio perché afferente all’affidamento di un appalto ad alta intensità di manodopera, pur se con caratteristiche standardizzate, avrebbe dovuto necessariamente prevedere il criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Di tal che, ha ritenuto illegittima la clausola della *lex specialis* recante la prescrizione del criterio di aggiudicazione del minor prezzo e, per l’effetto, ha annullato l’intera gara. A tale conclusione il Giudice di prime cure è pervenuto argomentando che la selezione pubblica di cui trattasi, per un verso, è volta all’affidamento di servizi di “*manovalanza occasionale*” aventi caratteristiche pacificamente standardizzate, consistenti in mere “*operazioni di carico e scarico, composizione e scomposizione colli, appillaggio e disappillaggio dei materiali in arrivo ed in partenza, spostamento dei materiali e quant’altro definito manovalanza comune per la necessità di magazzini, opifici, enti, mezzi navali e/o aeroporti militari ed enti militari*” (art. 17, pag. 33, del Disciplinare di gara), da rendersi in favore del Ministero della difesa; per l’altro, è connotata, altrettanto pacificamente, dall’alta intensità di manodopera, consistente nella forza lavoro da dedicarsi alle descritte operazioni di carico, scarico e trasporto di cose. Invero, che il costo della manodopera sia pari almeno al 50 per cento dell’importo totale del contratto, secondo la definizione di cui all’art. 50, c. 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50/2016, è un dato di fatto nella specie non controverso tra le parti.

A questo punto del percorso argomentativo, il Collegio, per rispondere agli ulteriori interrogativi sottoposti alla sua attenzione, rammenta come la società appellante non abbia condiviso le conclusioni cui è approdato il Giudice di prime cure, sostenendo che, in relazione alle previste operazioni meramente materiali e di movimentazione di colli – per loro natura, ripetitive e standardizzate – non sarebbe ravvisabile alcuna effettiva necessità di far luogo all’acquisizione di offerte tecniche differenziate, con inutile aggravio della procedura di gara e in violazione del principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione. Peraltro, nella vicenda *de qua*, il ribasso, in ossequio alla legge di gara avrebbe dovuto avvenire, in sede di offerta, non su un prezzo base comprensivo dei costi della manodopera



bensi esclusivamente sull'aggio, da calcolarsi tuttavia, già al netto dei costi della manodopera. L'art. 17 del Disciplinare di gara, nel penultimo capoverso, disponeva che *“Infatti, pur prevedendo l'aggiudicazione al minor prezzo, tenuto conto che lo sconto percentuale richiesto avverrà solo sull'aggio, rimarranno invariati i costi per la manodopera in quanto le retribuzioni dei lavoratori impiegati sono corrisposte in base al contratto collettivo di categoria. Pertanto, sono fatte salve le finalità di cui all'art. 50 D.lgs. 50/2016 volte sostanzialmente a garantire i livelli occupazionali e a tutelare i lavoratori attraverso l'applicazione dei CCNL”*. Di tal che, il ribasso avrebbe potuto avvenire solo sull'utile potenziale di impresa, con invarianza dei costi per la manodopera, così da lasciare intatte le garanzie collegate alle necessarie tutele dei lavoratori impiegati nell'appalto.

Richiamato il quadro normativo nazionale, il Consiglio di Stato, nell'ordinanza in commento, si sofferma sul quadro normativo europeo e, in specie, sull'art. 67, paragrafo 2, ultimo capoverso, della direttiva 2014/24/UE, richiamato dalla società appellante, recante la previsione secondo cui “Gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici non possano usare solo il prezzo o il costo come unico criterio di aggiudicazione o limitarne l'uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalto”. Tale disposizione andrebbe letta conformemente al principio generale di proporzionalità, secondo il quale le disposizioni stabilite dagli Stati membri, in sede di attuazione delle disposizioni della direttiva 2014/24/UE, non dovrebbero andare oltre quanto necessario per raggiungere gli scopi perseguiti da quest'ultima. Occorre altresì ricordare il Considerando n. 92 della direttiva medesima, che prefiggendosi lo scopo di favorire la migliore qualità delle prestazioni, afferma che *“Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate a scegliere criteri di aggiudicazione che consentano loro di ottenere lavori, forniture e servizi di alta qualità che rispondano al meglio alle loro necessità”*. In ordine alla possibilità di utilizzare il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, pur a fronte della preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la società appellante richiama anche la risoluzione del 25 ottobre 2011, prodromica all'approvazione delle direttive del 2014, con la quale il Parlamento europeo, pur ritenendo che *“il criterio del prezzo più basso non debba più essere il criterio determinante per l'aggiudicazione di appalti e che sia necessario sostituirlo in via generale con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa in termini di benefici economici, sociali e ambientali, tenendo conto dei costi dell'intero ciclo di vita dei beni, servizi o lavori di cui trattasi”*, sottolineava, comunque, *“che una simile soluzione non esclude il criterio del prezzo più basso quale criterio decisivo in caso di beni o servizi altamente standardizzati”*.

Ebbene, il legislatore italiano si sarebbe avvalso della facoltà contemplata dall'art. 67 della direttiva 2014/24/UE stabilendo il divieto di utilizzare il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso per la specifica tipologia dei servizi ad alta intensità di manodopera (art. 95, c. 4, lett. b, d.lgs. n. 50/2016), ma anche nell'ipotesi in cui l'appalto presenti allo stesso tempo caratteristiche standardizzate ove non rilevano gli aspetti qualitativi delle prestazioni. Imporre il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo in quest'ultimo caso confliggerebbe con il principio di proporzionalità, eccedendo manifestamente quanto necessario per conseguire gli obiettivi testé rammentati, perseguiti dalla direttiva.

Il Consiglio di Stato approda alla conclusione che **la questione pregiudiziale** così proposta

dalla società appellante **debba essere sollevata dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea**. E a tale convincimento perviene argomentando che, stante la natura pacifica dell'appalto de quo, avente a oggetto un servizio ad alta intensità di manodopera ma al contempo con caratteristiche standardizzate, in relazione alle prestazioni richieste alla forza lavoro, che si connotano per la ripetitività dell'*opus*, **assume particolare rilevanza la violazione del principio di proporzionalità** contestata dall'appellante **alla luce delle previsioni della disciplina di gara che prescriveva quale criterio di aggiudicazione quello del maggior ribasso, da calcolarsi esclusivamente sull'aggio, con salvezza dei costi per la manodopera**. Inoltre, nella vicenda in esame, il rispetto delle condizioni economiche e di sicurezza del lavoro è già stato accertato sia dalla stazione appaltante, in sede di subprocedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, sia dal Giudice nazionale, che ha respinto i motivi, introdotti dal ricorrente in primo grado, con i quali era stata revocata in dubbio la legittimità dell'offerta dell'aggiudicataria proprio in relazione alla violazione dei minimi salariali.

L'applicazione tout court della disciplina nazionale, che in virtù dell'art. 67 della direttiva 2014/24/UE hanno introdotto il divieto del criterio del massimo ribasso per fattispecie corrispondenti a quella in esame, dovrebbe condurre all'annullamento della gara per mancata previsione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, oggetto di indiscussa preferenza nelle fonti del diritto europeo richiamate.

A ben vedere tuttavia, secondo il Consiglio di Stato, il favor assegnato dal legislatore europeo per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa pare non allinearsi, nella fattispecie de qua, con le ragioni che dovrebbero supportarlo. Di tal che, l'imposizione di detto criterio appare misura palesemente eccessiva, sproporzionata e ingiustificata ove si consideri come i vantaggi collegati alla tutela dei lavoratori, usualmente derivanti dall'utilizzo di siffatto criterio di aggiudicazione, nella fattispecie in esame siano stati ugualmente raggiunti, pur a fronte della previsione, nella legge di gara, del diverso criterio del massimo ribasso, secondo la declinazione poc'anzi illustrata. **Il ribasso applicato al solo aggio, con salvezza dei costi della manodopera**, specialmente a fronte all'accertamento sia in sede amministrativa sia in sede giurisdizionale, della mancata violazione delle tutele che devono assistere le prestazioni di lavoro, **conduce dunque a ritenere sproporzionato l'obbligo della previsione del criterio di aggiudicazione del miglior rapporto qualità/prezzo**, non venendo in considerazione possibili aspetti di miglioramento tecnico che avrebbero potuto caratterizzare le offerte aventi ad oggetto prestazioni standardizzate.

Alla luce delle suesposte argomentazioni, **il Collegio**, stante il rilievo della questione di compatibilità della disciplina nazionale con le disposizioni euro-unitarie rammentate, ai fini della decisione dell'ultima doglianza sollevata nella controversia, **sospende il giudizio per sottoporre alla Corte di giustizia UE la seguente questione pregiudiziale**: *“se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché il principio euro-unitario di proporzionalità e l'art. 67, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'art. 95, commi 3, lettera a), e 4, lettera b), del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, nonché nell'art. 50, comma 1, del medesimo decreto legislativo, come anche derivante dal principio di*

*diritto enunciato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 21 maggio 2019, n. 8, secondo la quale, in caso di appalti aventi ad oggetto servizi con caratteristiche standardizzate ed al contempo ad alta intensità di manodopera, è vietata all'amministrazione aggiudicatrice la previsione, quale criterio di aggiudicazione, di quello del minor prezzo, anche nell'ipotesi in cui la legge di gara abbia cura di prevedere il ribasso sul solo aggio o utile potenziale di impresa, con salvezza dei costi per la manodopera".*

[1] Si veda A. Averardi, A. Di Martino, C. Franceschini, M. Mazzarella, C. Ramotti, F. Spanicciati, V. Turchini, *Cronache amministrative 2017-2019*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, fasc.4, 1 dicembre 2020, p. 1185

[2] Tra cui principalmente, presso la giurisprudenza d'appello, il precedente della medesima Sezione di cui alla sentenza Consiglio di Stato, 2 maggio 2017, n. 2014 e della V Sezione, 16 agosto 2018, n. 4945.

[3] La Sezione rimettente cita in particolare la sentenza della stessa III Sezione del 13 marzo 2018, n. 1609.

[4] Così anche Cons. giust. amm. Sicilia, 13 dicembre 2019, n. 1058. Secondo l'Adunanza Plenaria, come già rilevato dalla Sezione rimettente, dall'analisi dell'art. 95 del Codice dei contratti pubblici si evince 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.

[5] Si vedano [Tar Sicilia, sez. III, 19 febbraio 2018, n. 389](#); [Tar Basilicata, sez. I, 27 settembre](#)

[2017, n. 612](#); [Tar Lazio, sez. III-ter. 13 dicembre 2016, n. 12439](#); [Consiglio di Stato, sez III, 2 maggio 2017, n. 2014](#).