



**News n. 10 del 29 gennaio 2023
a cura dell'Ufficio del massimario**

La V sezione del Consiglio di Stato sottopone alla valutazione pregiudiziale della Corte di giustizia UE la disciplina dettata dall'art. 95 del codice dei contratti pubblici del 2016, che vieta il criterio di aggiudicazione del minor prezzo per gli appalti ad alta intensità di manodopera, anche nell'ipotesi in cui si tratti di appalto con caratteristiche standardizzate per il quale risulta accertato, in concreto, che le istanze di tutela dei lavoratori sono state rispettate.

Cons. Stato, sez. V, ordinanza 5 dicembre 2023, n. 10530 – Pres. De Nictolis, Est. Masaracchia.

Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – Appalti ad alta intensità di manodopera – Contemporanea sussistenza delle caratteristiche standardizzate – Criterio di aggiudicazione – Minor prezzo – Esclusione – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.

Deve essere rimessa 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)

(1) I. – Con l’ordinanza in rassegna, la V sezione del Consiglio di Stato interroga la Corte di giustizia UE circa la compatibilità, con il diritto euro-unitario, della previsione nazionale, contenuta nell’art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, che vieta il criterio di aggiudicazione del minor prezzo per gli appalti ad alta intensità di manodopera, anche laddove si tratti di servizi con caratteristiche standardizzate (connotati, cioè, come afferma l’ordinanza in epigrafe, “*da elevata ripetitività e priv[i] di elementi personalizzabili*”) e anche nell’ipotesi in cui non sussistano dubbi in ordine all’effettivo raggiungimento dell’obiettivo che la norma, nell’imporre il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ha inteso perseguire (la tutela delle garanzie dei lavoratori).

La controversia portata al giudizio della V sezione è stata originata da un appalto bandito dal Ministero della difesa per il servizio di manovalanza, connessa ai trasporti, per le esigenze centrali e periferiche dell’amministrazione. Trattandosi di servizio con caratteristiche standardizzate, il disciplinare aveva stabilito il criterio di aggiudicazione del minor prezzo (mediante ribasso sull’aggio posto a base di gara): ciò, sulla base dell’art. 95, comma 4, lettera b), del codice del 2016, a norma del quale tale criterio “*può*” essere utilizzato, per l’appunto, “*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...*”. La *ratio* di questa previsione – come non manca di evidenziare la sezione V, con l’ordinanza in epigrafe – risiede in ragioni di economicità e speditezza nella procedura, posto che si ha a che fare con prestazioni connotate da elevata ripetitività per le quali “*è difficilmente immaginabile un apporto del concorrente tale da alterare l’aspettativa a una prestazione uniforme*” ed è quindi ridondante la previsione di un confronto competitivo sulla migliore qualità tecnica delle varie offerte.

Su ricorso dell’impresa seconda classificata, il T.a.r. per il Lazio, sez. I-bis, con sentenza 11 aprile 2023, n. 6259, ha annullato l’intera gara, rilevando la violazione della norma menzionata, nella parte in cui essa (a seguito di integrazione introdotta con il decreto-legge n. 32 del 2019, convertito in legge n. 55 del 2019) stabilisce l’eccezione per gli appalti ad alta intensità di manodopera, imponendo dunque per questi ultimi il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, pur se in presenza delle caratteristiche standardizzate. Nello stesso senso si pone anche la previsione del comma precedente a quello poc’anzi citato, a norma del quale (lettera a) “*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 ad alta intensità di manodopera*”, come definiti art. 50, comma 1, secondo periodo, del codice stesso (“*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*”). Per tali contratti la stessa norma impone l’inserimento, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, di “*specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato*” e pone, quale condizione indefettibile, l’applicazione dei contratti collettivi di settore: dal che si apprezza la *ratio* perseguita dal legislatore italiano, che è quella di prevenire facili situazioni di sfruttamento dei lavoratori proprio mediante la necessaria comparazione qualitativa delle offerte, escludendo la possibilità di aggiudicare l’appalto sulla base del solo ribasso.

II. – L’impresa aggiudicataria, vistasi annullata l’intera gara dal T.a.r., ha dunque proposto appello al Consiglio di Stato, sottoponendo al giudice di secondo grado il possibile contrasto della normativa italiana con i principi del diritto UE, nella parte in cui si rende necessario il

ricorso al (ben più impegnativo) criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa pur laddove l'appalto, anche se connotato da alta intensità della manodopera, risulti regolato in modo tale da non far sorgere dubbi sul rispetto delle garanzie dei lavoratori.

Il collegio accoglie favorevolmente la prospettazione della parte e solleva la relativa questione pregiudiziale, argomentando, in sintesi, quanto segue:

- a) l'art. 95, comma 4, lettera b), del d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce un'apposita eccezione alla generale facoltà, per l'amministrazione, di prevedere il criterio del minor prezzo per i servizi e le forniture aventi caratteristiche standardizzate: l'eccezione (come già detto) riguarda i servizi ad alta intensità di manodopera per i quali, come conferma il comma 3, lettera a), non può prescindersi dalla previsione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- b) l'Adunanza plenaria, con sentenza 21 maggio 2019, n. 8 (in *Foro it.*, 2019, III, 365, in *Urb. appalti*, 2019, 631, con nota di PAGANI, in *Guida al dir.*, 2019, 26, 82, con nota di PONTE, ed in *Riv. corte conti*, 2019, 3, 294, con nota di LONGHI, nonché oggetto della News US n. 64 del 29 maggio 2019, alla quale si rimanda per i necessari approfondimenti), ha evidenziato che:
 - b1) 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;
 - b2) detti obiettivi non possono essere sacrificati alle esigenze di carattere tecnico e alle determinazioni discrezionali dell'amministrazione; di conseguenza, ancor prima che ciò fosse chiarito dal legislatore con la (di poco) successiva novella del 2019, l'Adunanza plenaria ha affermato 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”*;
- c) proprio in applicazione di tale principio, nel caso di specie, il T.a.r. per il Lazio ha accolto il ricorso proposto dalla seconda classificata, annullando l'intera gara;
- d) tuttavia, nel caso di specie, l'appalto bandito dal Ministero della difesa presenta le seguenti caratteristiche:
 - d1) per un verso, esso riguarda operazioni meramente materiali e di movimentazione di colli, che sono ripetitive e standardizzate, per cui non si apprezza alcuna effettiva necessità di far luogo all'acquisizione di offerte tecniche differenziate, ciò che comporterebbe un inutile aggravio della procedura di gara;
 - d2) per altro verso, il ribasso in sede di offerta doveva avvenire, da parte degli offerenti, non su un prezzo base comprensivo dei costi della manodopera, quanto piuttosto, esclusivamente, sull'aggio, da calcolarsi già al netto dei costi della manodopera;
 - d3) il ribasso, quindi, poteva avvenire solo sull'utile potenziale di impresa, con invarianza dei costi per la manodopera: ciò che lascia, dunque, intatte le garanzie connesse alle necessarie tutele dei lavoratori impiegati nell'appalto;

- e) nell'ordinamento UE sono rinvenibili, in proposito, i seguenti indicatori normativi:
- e1) anzitutto, vi è l'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”*;
 - e2) tale previsione – osserva il collegio rimettente – 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;
 - e3) l'obiettivo di favorire la migliore qualità delle prestazioni costituisce, parimenti, un'indicazione fondamentale del diritto UE, specialmente alla luce di quanto afferma il Considerando n. 92 della direttiva menzionata, 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”*;
 - e4) in tale contesto, non può dimenticarsi 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”*;
- f) nel trasporre dette indicazioni nel diritto interno, il legislatore italiano ha bensì sancito 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; simile previsione, tuttavia, appare eccedere quanto necessario per conseguire gli obiettivi, prima ricordati, perseguiti dalla direttiva e si pone, pertanto, in contrasto con il principio di proporzionalità;
- g) tale ultimo principio, nel caso di specie, assume particolare pregnanza alla luce:
- g1) sia delle previsioni della legge di gara, che stabilivano come criterio di aggiudicazione quello del maggior ribasso, da calcolarsi esclusivamente sull'aggio, con salvezza dei costi per la manodopera;
 - g2) sia del fatto che il rispetto delle condizioni economiche e di sicurezza del lavoro è già stato accertato dalla stazione appaltante, in sede di subprocedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, nonché dallo stesso Giudice nazionale (essendo già stati respinti – con parallela sentenza non definitiva della medesima Sezione – i motivi, introdotti dal ricorrente fin dal

primo grado, e riproposti con appello incidentale, con i quali era stata revocata in dubbio la legittimità dell'offerta dell'aggiudicataria proprio in relazione alla violazione dei minimi salariali);

- h) i vantaggi tipici, collegati alla tutela dei lavoratori, che normalmente derivano dall'impiego del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (oggetto di indiscusso *favor* nella disciplina UE), appaiono pertanto ugualmente raggiunti; e ciò, proprio all'esito dell'accertamento, in sede amministrativa e giurisdizionale, che non si è avuta alcuna violazione delle tutele che devono assistere le prestazioni di lavoro;
- i) a giudizio del Collegio, pertanto, appare 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; in definitiva, 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, con la conseguenza che l'imposizione di quel criterio appare misura palesemente eccessiva, sproporzionata ed ingiustificata.

III. – Per completezza, si consideri quanto segue:

- j) nell'affermare il principio 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”*, poi recepito dal legislatore nazionale con le previsioni del decreto-legge n. n. 32 del 2019, come convertito), l'Adunanza plenaria, nella richiamata sentenza n. 8 del 2019, ha tra l'altro osservato che:
 - j1) il ricorso a criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici basati non sul solo prezzo, e quindi non orientati in via esclusiva a fare conseguire all'amministrazione risparmi di spesa, ma idonei a selezionare le offerte anche sul piano qualitativo, può essere funzionale, tra le altre ipotesi, alla tutela delle condizioni economiche e di sicurezza del lavoro;
 - j2) il ricorso a criteri in grado di valorizzare aspetti di carattere qualitativo è motivato dall'esigenza di assicurare una competizione non ristretta al solo prezzo, foriera del rischio di ribassi eccessivi e di una compressione dei costi per l'impresa aggiudicataria che possa andare a scapito delle condizioni di sicurezza sui luoghi di lavoro e dei costi per la manodopera, in contrasto con gli obiettivi di coesione sociale propri degli obiettivi di *“crescita inclusiva”* enunciati in sede europea;
 - j3) nella medesima direzione convergono imperativi di matrice costituzionale, espressi dal principio secondo cui l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto *“con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”* (art. 41, comma 2, Cost.), finalizzato a conciliare le esigenze della crescita economica, per la quale l'intervento pubblico mediante l'affidamento di contratti d'appalto costituisce un rilevante fattore, con quelle

di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori e delle loro condizioni contrattuali;

j4) il comma 3 dell'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016 si pone ad un punto di convergenza di valori espressi in sede costituzionale e facoltà riconosciute a livello europeo ai legislatori nazionali, per la realizzazione dei quali nel codice dei contratti pubblici il criterio di aggiudicazione del miglior rapporto qualità/prezzo è stato elevato a criterio unico ed inderogabile di aggiudicazione per appalti di servizi in cui la componente della manodopera abbia rilievo preponderante;

k) sui criteri di aggiudicazione nel codice appalti del 2016, cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4 (in *Urbanistica e appalti*, 2018, 6, 785, con nota di MEALE, nonché oggetto della News US in data 10 maggio 2018), che ha statuito, con un importante *obiter dictum*, quanto segue: *“è noto che il d.lgs. n. 163/2006 (come anche la legislazione antecedente) si fondava sul principio dell'equiordinazione dei metodi di aggiudicazione, la cui scelta restava rimessa alla responsabile discrezionalità della stazione appaltante (art. 81, commi 1 e 2 del predetto d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) mentre il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 [...] ha introdotto all'art. 95 una rilevante novità sistematica (sulla scorta del considerando 89 della direttiva 24/2014, laddove si afferma che l'offerta 'economicamente' più vantaggiosa è 'sempre' quella che assicura il miglior rapporto tra qualità e prezzo), esprimendo un indiscutibile favor per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e prevedendo un 'sistema di gerarchia' tra i metodi di aggiudicazione”*;

l) sui criteri di aggiudicazione, in dottrina, per un'ampia ricostruzione, anche in chiave storica, delle ragioni che hanno indotto il legislatore del 2016 a considerare tassativo il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso (come eccezione, cioè, rispetto alla regola ordinaria della selezione dell'offerta che presenta il miglior rapporto qualità-prezzo), cfr.:

l1) R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 1330 ss., la quale individua tali ragioni, in particolare, nelle seguenti: *“promozione delle qualità delle prestazioni, tutela dell'ambiente, esigenze sociali volte a evitare l'impiego di manodopera a basso costo o sotto costo”*;

l2) L. GILI, *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 24 ss., specificamente a commento dell'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, anche alla luce delle Linee guida n. 2 del 21 settembre 2016, dell'ANAC (concernenti proprio il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la connessa discrezionalità rimessa alla stazione appaltante);

m) le richiamate Linee guida, in particolare, hanno precisato che:

m1) per prestazioni *“a caratteristiche standardizzate”* devono ritenersi quelle che non sono modificabili su richiesta della stazione appaltante oppure rispondono a determinate norme nazionali, europee o internazionali;

m2) sono ad *“elevata ripetitività”* quelle prestazioni che soddisfano esigenze generiche e ricorrenti, connesse alla normale operatività delle stazioni appaltanti, richiedendo approvvigionamenti frequenti al fine di assicurare la continuità della prestazione;

m3) le stesse Linee guida hanno anche precisato che la *ratio* delle due ipotesi di aggiudicazione al minor prezzo, di cui all'art. 95, comma 4, lettere *b)* e *c)*, del codice del 2016, sarebbe quella di consentire alla stazione appaltante di evitare oneri, in termini di tempi e costi, di un confronto concorrenziale basato sul miglior rapporto qualità e prezzo, quando i benefici derivanti da tale confronto sono nulli o ridotti.

