

Pubblicato il 26/04/2019

N. 00391/2019 REG.PROV.COLL.  
N. 00400/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso avente numero di registro ....., proposto da

- .....*omissis*.....

*contro*

- .....*omissis*.....

*nei confronti*

- .....*omissis*.....

*per l'annullamento*

*previa sospensione dell'efficacia,*

- della deliberazione n. .... con cui la gara ponte per il servizio di vigilanza armata presso la sede dell'Istituto intimato è stata aggiudicata in via definitiva alla .....
- della nota prot. n. .... con cui la detta aggiudicazione è stata comunicata alla ricorrente;
- dei verbali di gara del .....
- della "relazione verbale" del RUP del .....

- dell'aggiudicazione della gara in via provvisoria effettuata dal RUP e di ogni altro atto del procedimento di gara, di cui si ignorano gli estremi.
- del disciplinare di gara della procedura negoziata mediante RDO sul MEPA per l'affidamento del servizio di vigilanza armata presso la sede ....., approvato con deliberazione n. ...., con il quale si è inteso aggiudicare la predetta gara con il criterio del minor prezzo ai sensi dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016;
- del capitolato tecnico e di tutti gli altri atti di gara approvati sempre con la predetta deliberazione, nella parte in cui prevedono che il criterio di aggiudicazione sia il minor prezzo;
- della deliberazione ....., con la quale l'Istituto ha approvato gli atti di gara, contestualmente indicando la procedura negoziata di cui sopra;
- del provvedimento di diniego ....., successivamente comunicata, con la quale è stata rigettata l'istanza di annullamento in autotutela dell'odierna ricorrente;
- di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato e consequenziale, tra cui, per quanto occorra, le deliberazioni n. ....;
- nonché per la declaratoria di inefficacia ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 e 122 cod. proc. amm. del contratto eventualmente stipulato dalla stazione appaltante con la .....

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'.....;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore, alla pubblica udienza del giorno 23 gennaio 2019, il Primo Referendario avv. Benedetto Nappi;

Uditi per le parti i difensori presenti, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Con atto depositato il 17 settembre 2018, la ..... è insorta avverso gli atti in epigrafe, con cui la gara ponte per il servizio di vigilanza armata presso la sede dell'Ente intimato è stata aggiudicata in via definitiva alla .....

1.1. In punto di fatto, dagli atti di causa emerge quanto segue:

- con deliberazione ..... è stata indetta una "procedura negoziata mediante RDO sul Mercato elettronico della pubblica amministrazione per l'affidamento del servizio di vigilanza armata per mesi dodici, prorogabili di ulteriori sei mesi, nelle more dell'attivazione di iniziativa, pertinente al servizio di cui trattasi, da parte del soggetto

aggregatore .....”, da aggiudicare con il criterio del minor prezzo;

- all'esito delle operazioni di gara, svoltesi nelle sedute del 28 maggio 2018, dell'8 e del 28 giugno 2018, è stata stilata la relativa graduatoria, in cui la migliore offerta è risultata quella della ....., mentre la ricorrente si è classificata al secondo posto;

- in esito alle operazioni di gara, il RUP ha ritenuto necessario richiedere giustificazioni dettagliate dell'offerta alla ....., ritenendo le stesse sufficienti a dimostrare la non anomalia dell'offerta presentata;

- coll'impugnata deliberazione la gara è stata quindi definitivamente aggiudicata alla odierna controinteressata.

1.2. In diritto, la ricorrente ha dedotto, da più angolazioni, la violazione degli artt. 50 e 95 d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 1 della l. n. 11/2016, nonché l'eccesso di potere.

2. ...., costituitasi in giudizio, ha concluso per il rigetto del ricorso.

3. Alla camera di consiglio del 10 ottobre 2019 con ordinanza n. 106 del 2018 l'incidentale istanza cautelare è stata accolta per la ravvisata sussistenza di sufficiente *fumus boni iuris*.

3.1. Con ordinanza n. 5522 del 2018 il Consiglio di Stato, sez. III, ha rigettato l'appello cautelare.

4. Si è quindi costituita la stazione appaltante, eccependo l'infondatezza del ricorso nel merito.

5. Alla pubblica udienza del 23 gennaio 2019, previo deposito di memorie e documenti, i procuratori delle parti hanno precisato le rispettive posizioni e il ricorso è stato trattenuto in decisione.

6. Il ricorso è fondato, alla stregua della motivazione che segue.

Si è in primo luogo sostenuto come la gara in questione non potesse essere regolata dal sistema di aggiudicazione del prezzo più basso, bensì necessariamente mediante quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La censura coglie nel segno.

La legge 28 gennaio 2016, n. 11, recante delega al Governo per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, all'art. 1, co. 1, lett. *ff*), ha tra l'altro previsto l'«utilizzo, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, per l'aggiudicazione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa», nonché la «regolazione espressa dei criteri, delle caratteristiche tecniche e prestazionali e delle soglie di importo entro le quali le stazioni appaltanti ricorrono al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta».

La successiva lett. *gg*), con riguardo, tra gli altri, ai servizi “ad alta intensità di manodopera”, reca il netto criterio direttivo secondo cui l'aggiudicazione debba avvenire «esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come definita dalla lettera *ff*), escludendo in ogni caso l'applicazione del solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come

criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta».

Ancora, alla lettera *fff*) si prevede una disciplina specifica «per gli appalti pubblici di servizi, diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera, definiti come quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto [...] escludendo espressamente il ricorso al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta, comunque nel rispetto del diritto dell'Unione europea».

Il vigente codice dei contratti pubblici, emanato appunto in forza di tale legge delega, all'art. 95, co. 3, 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) [...]».

Il co. 4 dello stesso art. 95, alla lett. *b*) contempla la facoltà di utilizzo del criterio del minor prezzo «per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato».

Ritiene il Collegio che l'interpretazione delle cennate previsioni del d.lgs n. 50 del 2016, svolta in relazione ai vincolanti e stringenti criteri direttivi della delega, conduca a escludere che in materia di servizi ad alta intensità di manodopera, tra cui quelli di vigilanza, residui spazio alcuno per il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso.

In particolare, ove si sia in presenza di uno dei casi considerati co. 3 dell'art. 95, tra cui, per quanto qui rileva, le “prestazioni ad alta intensità di manodopera” sussiste, come imposto dal legislatore delegante con l'avverbio “esclusivamente”, l'obbligo di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il co. 3, dunque, individua una serie di ipotesi in cui l'ordinaria preferenza per tale criterio prevista in via generale dal codice non ammette deroga alcuna, ivi comprese quelle di cui al successivo co. 4 e a prescindere dalle motivazioni eventualmente addotte dalla stazione appaltante in sede di indizione.

In altri termini, il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il co. 3 (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali v'è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il co. 4 (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali v'è quello dei servizi ripetitivi), è di specie a genere. Ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 scatta, cioè, un obbligo speciale di adozione del criterio dell'o.e.p.v. che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio fatta in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall'entità dello sforzo motivazionale dell'amministrazione (in termini, Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014).

6.1. l'Istituto resistente, nei propri scritti difensivi, ha ribadito di aver adottato il criterio

dell'aggiudicazione con il minor prezzo, ritenendo che il servizio richiesto rientrasse nella casistica di cui al ripetuto co. 4, lett. b) e c), in quanto il servizio della vigilanza armata presenterebbe caratteristiche di svolgimento coi «tratti tipici di standardizzazione delle prestazioni e di elevata ripetitività delle medesime, ai sensi delle norme sopra richiamate», richiamando il differente orientamento giurisprudenziale secondo cui sarebbe ammissibile la scelta del criterio del minor prezzo per gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera che siano anche fortemente ripetitivi

(T.A.R. Abruzzo, 13 gennaio 2017, n. 30).

Altrettanto ha fatto la controinteressata ....., evidenziando come secondo tale impostazione il criterio del prezzo più basso possa essere scelto nei casi in cui il servizio richiesto abbia caratteristiche standardizzate o condizioni definite dal mercato, tra cui rientrerebbe il servizio di vigilanza armata presso i pubblici uffici, che non presenterebbero notevole contenuto tecnologico né avrebbero carattere innovativo (T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 23 aprile 2018, n. 718), nonché richiamando le linee guida ANAC per l'affidamento del servizio di vigilanza privata.

6.1.1. Il differente approdo ermeneutico privilegiato dal Collegio, tuttavia, oltre a essere in linea con il dato semantico e un ampio orientamento pretorio (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 16 agosto 2018, n. 4945; T.A.R. Lombardia, sez. IV, 26 luglio 2018, n. 1872; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 19 febbraio 2018, n. 389; T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 12 dicembre 2016, n. 12439), appare costituire l'unica soluzione costituzionalmente compatibile, in quanto la deroga nel caso di prestazioni standardizzate si porrebbe in rapporto di antinomia coi puntali e vincolati criteri diretti recati dalla legge delega innanzi richiamati.

Del resto, la lettura qui disattesa avrebbe quale conseguenza quella di rendere priva di effetti concreti la previsione di cui al co. 3, in quanto al di fuori delle fattispecie derogatorie di cui al co. 4 troverebbe comunque applicazione la regola generale di cui al co. 2, ovvero quella della preferenza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Peraltro, questo Tribunale si è già pronunciato (sentenza n. 612 del 27 settembre 2017) per l'obbligatorio ricorso al sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa nel caso venga in considerazione un appalto di servizi ad alta intensità di manodopera.

7. Dalle considerazioni che precedono discende l'accoglimento del ricorso, con assorbimento di ogni ulteriore censura.

8. Sussistono giusti motivi, in ragione delle peculiarità della questione e dei diversi indirizzi giurisprudenziali in merito, per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, dispone l'annullamento degli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Potenza, nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2019, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere

Benedetto Nappi, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Benedetto Nappi**

**IL PRESIDENTE**  
**Giuseppe Caruso**

IL SEGRETARIO