

Pubblicato il 13/12/2016

N. 12439/2016 REG.PROV.COLL.

N. 12603/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 12603 del 2016, proposto da:
Pegaso Servizi Fiduciari s.r.l. e Sistemi di Sicurezza s.r.l., in persona dei
rispettivi legali rappresentanti p.t., sia in proprio sia quali componenti
(mandataria e mandante) dell'ati tra di esse costituita, rappresentate e
difese dall'avv. Antonio Scuderi, elettivamente domiciliate presso
Benedetta Scuderi in Roma, via G. Benzoni 16;

contro

Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo
d'impresa s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e
difesa dall'Avv. Massimo Biasotti Mogliazza, presso il cui studio in
Roma, via Antonio Nibby 11, ha eletto domicilio;

per l'annullamento,

- del bando di gara per l'affidamento del servizio di reception portierato e sorveglianza non armata, diurno e notturno, presso le sedi dell'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a. (C.I.G. 6828273522; con spedizione dell'avviso GUUE in data 13.10.2016), con cui è stata prevista l'aggiudicazione mediante il criterio del prezzo più basso;
- per quanto occorra, del disciplinare di gara e del relativo capitolato;
- di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso e/o consequenziale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte intimata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del 7 dicembre 2016 il cons. M.A. di

Nezza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Rilevato:

- che con ricorso spedito per le notificazioni l'11.11.2016 (dep. il 17.11) le società in epigrafe hanno impugnato il bando di gara per l'affidamento del "servizio di reception e portierato e sorveglianza non armata, diurno e notturno" presso le sedi dell'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa (avente durata di 36 mesi e importo

a base d'asta di euro 953.718,00, di cui 4.200 per oneri di sicurezza, il cui avviso alla GUUE è stato spedito il 13.10.2016), prospettando:

I-III) violazione degli artt. 50 e 95 d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per sviamento, difetto dei presupposti, erroneità e ingiustizia manifesta:

I) la scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, operata dalla lex specialis, sarebbe in contrasto con l'obbligo sancito dall'art. 95 d.lgs. n. 50/2016 di affidare i servizi "ad alta intensità di manodopera" ex art. 50 d.lgs. cit., come quello oggetto di gara, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

II) la stazione appaltante non potrebbe addurre a sostegno di tale scelta l'art. 95, co. 4, lett. b), d.lgs. n. 50/2016, non venendo in rilievo un servizio "con caratteristiche standardizzate" o con condizioni "definite dal mercato"; quello messo a gara potrebbe semmai essere ricondotto ai servizi "caratterizzati da elevata ripetitività" (ex art. 95, co. 4, lett. c, d.lgs. cit.), per i quali, però, il ricorso al criterio del minor prezzo sarebbe consentito nella sola ipotesi, non ricorrente nella specie (alla luce del valore posto a base d'asta), di appalti di importo inferiore alla soglia fissata dall'art. 35 (750.000 euro);

III) nel bando non sarebbero in alcun modo illustrate le ragioni della scelta in questione, con ulteriore violazione dell'art. 95, co. 5, d.lgs. n. 50/2016;

IV) violazione degli artt. 50 e 95 d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per sviamento, difetto dei presupposti, erroneità, illogicità e ingiustizia manifesta; violazione del principio della par condicio: la mancata previsione nel bando della clausola sociale (art. 50 d.lgs. cit.) violerebbe il principio della par condicio, dimostrandosi penalizzante per le imprese ricorrenti, attuali appaltatrici; ciò in quanto, essendo la quasi totalità dell'importo del contratto assorbita dal costo della manodopera, le stesse non potrebbero fruire di alcuno degli abbattimenti connessi con il c.d. jobs act, ma dovrebbero al contrario tener conto di aumenti stipendiali già maturati (in forza della progressione economica dei propri dipendenti), con esclusione della possibilità di far valere la particolare qualità del servizio; sotto altro profilo, la clausola sociale, il cui inserimento nei bandi sarebbe sollecitato dall'art. 50 cit. al fine di evitare squilibri (rispetto al fattore economico) anche nelle gare da affidare secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa per i contratti "ad alta intensità di manodopera", dovrebbe a maggior ragione essere prevista nelle procedure in cui l'unico discrimine sarebbe il prezzo, da ciò discendendo l'illogicità della scelta complessiva operata dalla lex specialis;

- che l'Agenzia, costituitasi in resistenza, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso e ne ha dedotto l'infondatezza nel merito;

- che con decreto presidenziale n. 7425 del 23.11.2016, adottato previa audizione delle parti, è stata accolta la domanda di tutela cautelare monocratica, venendo per l'effetto sospesa l'apertura delle buste contenenti le offerte;

- che all'odierna camera di consiglio, fissata per la trattazione della domanda cautelare e in vista della quale le parti hanno depositato memorie, il giudizio è stato trattenuto in decisione;

Considerato:

- che le società ricorrenti, già esecutrici del medesimo servizio posto in gara (per 3 anni a far tempo dall'1.10.2013, in forza di contratto del

25.9.2013; all. 6 ric.), contestano con i primi tre motivi la scelta del criterio di aggiudicazione operata dal punto V.2 bando e dall'art. 15 del disciplinare, a tenore del quale "l'aggiudicazione avverrà secondo il criterio del minor prezzo in conformità a quanto espressamente previsto nell'art. 95 comma 4 lettera b) del d.lgs. 50/2016";

A) in rito:

- che non è condivisibile l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Agenzia sul rilievo dell'insussistenza di impedimenti alla formulazione dell'offerta (offerta, peraltro, concretamente presentata dalle ricorrenti);

- che, sotto il profilo dell'interesse, le società istanti hanno condivisibilmente dedotto come la scelta del criterio del minor prezzo, preclusivo di apprezzamenti su aspetti di tipo qualitativo, influirebbe sulla formulazione dell'offerta, incidendo irrimediabilmente sulle determinazioni dell'impresa, per un verso "costretta a strutturare la propria offerta non in rapporto alla qualità del servizio" e, per altro verso, impossibilitata, in ipotesi di aggiudicazione (non avendone l'interesse), "a rimuovere la situazione (antigiuridica) che l'ha portata a dover praticare [un] prezzo enormemente più basso rispetto alla qualità del servizio che intende rendere" (mem. 5.12.16);

- che con riferimento al caso di specie, avuto riguardo anche alle considerazioni della parte privata, appare meritevole di rimediazione il tradizionale indirizzo in materia di impugnazione della *lex specialis* (su cui fa leva l'Agenzia);

- che in linea generale il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, applicabile alla procedura in esame, ha operato una rilevante revisione dei meccanismi di tutela giurisdizionale con riferimento (tra l'altro) sia alla fase cautelare, "al fine di garantire l'efficacia e la speditezza delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti" (come si esprime la legge di delega; v. art. 1, co. 1, lett. aaa, l. 28 gennaio 2016, n. 11), sia allo stesso giudizio ordinario, attraverso la previsione di un rito ad hoc (c.d. "super-speciale"; cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4994) per le controversie sulle ammissioni ed esclusioni, anche questo preordinato all'"immediata risoluzione del contenzioso relativo all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione" (art. 1, co. 1, lett. bbb, l. n. 11/2016 cit.);

- che dalle riportate indicazioni legislative, trasfuse in puntuali modifiche di norme processuali (v. in particolare art. 120 c.p.a.), ma sottese anche ad altri rilevanti istituti (a es. "pareri di precontenzioso" ex art. 211 d.lgs. n. 50/2016), emerge in modo ancor più evidente di quanto non fosse in passato la necessità di coniugare, nel settore in esame, le esigenze di tutela giurisdizionale con quelle di sollecita se non "immediata" definizione delle controversie, con la conseguenza che l'interprete dovrebbe privilegiare, tra varie opzioni esegetiche, quella idonea a garantire il perseguimento di entrambi gli obiettivi;

- che, in questa ottica, è preferibile un'impostazione che consenta all'operatore economico interessato a partecipare alla gara di chiedere l'immediata verifica della legittimità della *lex specialis*, nella parte relativa alla scelta del criterio di aggiudicazione, senza dover

necessariamente partecipare alla selezione (con eventuale celebrazione del giudizio sulle ammissioni) e senza doverne attendere l'esito;

- che costituisce indice dell'immediata sindacabilità di questo tipo di determinazione lo specifico obbligo motivazionale introdotto dall'art. 95, co. 5, d.lgs. cit., a tenore del quale "Le stazioni appaltanti che dispongono l'aggiudicazione ai sensi del comma 4 ne danno adeguata motivazione e indicano nel bando di gara il criterio applicato per selezionare la migliore offerta";
- che la disposizione, sebbene sembri riferire l'obbligo alla fase (e al provvedimento) di aggiudicazione, va più ragionevolmente intesa nel senso esposto dalle Linee guida Anac n. 2/2016 in materia di offerta economicamente più vantaggiosa (approvate con delib. 21 settembre 2016, n. 1005), in cui si fa menzione delle stazioni appaltanti "che intendono procedere all'aggiudicazione utilizzando il criterio del minor prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 5" (enf. agg.; le Linee guida precisano, ancora, che le stazioni appaltanti "devono dare adeguata motivazione della scelta effettuata ed esplicitare nel bando il criterio utilizzato per la selezione della migliore offerta [...]");
- che la necessità di dar conto delle ragioni dell'utilizzo del criterio del minor prezzo sin dagli atti di avvio della procedura implica la possibilità di contestare immediatamente la scelta;
- che, peraltro, l'eccezione in disamina non avrebbe miglior sorte nemmeno alla stregua dell'orientamento formatosi durante la vigenza del d.lgs. n. 163/2006;
- che infatti la più recente giurisprudenza (v. da ultimo Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180), nel confermare il consueto indirizzo in tema di impugnazione della lex specialis – secondo cui "l'illegittimità di regole inidonee a consentire una corretta e concorrenziale offerta economica incide direttamente sulla formulazione dell'offerta, impedendone la corretta e consapevole elaborazione, sicché la lesività della stessa disciplina di gara va immediatamente contestata, senza attendere l'esito della gara per rilevare il pregiudizio che da quelle previsioni è derivato, ed anzi nemmeno sussiste l'onere di partecipazione alla procedura di colui che intenda contestarle, in quanto le ritiene tali da impedirgli l'utile presentazione dell'offerta e, dunque, sostanzialmente impeditiva della sua partecipazione alla gara" –, aderisce a una concezione "ampliativa" della nozione di "clausole del bando immediatamente escludenti", individuate con riferimento (non solo a quelle afferenti ai requisiti soggettivi, ma anche) a quelle "attinenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta" (per l'indirizzo in rassegna, rientrano in tale nozione più ampia le clausole "impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale" o che "rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile", le "disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta", le "condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente",

l'“imposizione di obblighi contra ius”, le “gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta” o la presenza di “formule matematiche del tutto errate”, la carenza dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso);

- che in analogo ordine di idee si è mossa anche questa Sezione in una fattispecie in cui è stata ritenuta ammissibile l'immediata impugnazione di alcune previsioni dello schema di contratto (non preclusive della partecipazione alla gara), sul rilievo, tra l'altro, che il tradizionale meccanismo di tutela giurisdizionale (alla stregua del quale la contestazione delle clausole in questione, una volta trasfuse nel contratto, andrebbe riservata alla sede civile, a meno di non volerne ipotizzare l'impugnazione in sede amministrativa, ma subito dopo l'aggiudicazione) determinerebbe “un'inefficienza dell'agere amministrativo, risolvendosi in possibile alterazione della par condicio”, mentre “una tempestiva correzione dello schema contrattuale consentirebbe a tutti i concorrenti di conoscere per tempo il definitivo assetto pattizio del futuro rapporto con la stazione appaltante e di assumere le conseguenti determinazioni, anche in termini di offerta” (sent. 16 novembre 2012, n. 9483);

- che il caso oggi in esame può essere ricondotto alle ipotesi innanzi riportate, condividendone la ratio;

B) nel merito:

- che con il primo motivo le ricorrenti invocano il divieto di utilizzo del criterio del minor prezzo, venendo in rilievo un servizio “ad alta intensità di manodopera” ex art. 50 d.lgs. n. 50/2016, come univocamente attestato dalla “relazione asseverata” in atti (all. 7 ric.);

- che l'Agenzia non contesta tale qualificazione (v. anche pag. 7 mem. 5.12.16), ma assume la piena legittimità, anche in base alle citate Linee guida Anac n. 2/2016, del criterio del minor prezzo perché il servizio rientrerebbe (altresì) nella categoria prevista dall'art. 95, co. 4, lett. b), d.lgs. n. 50/2016 (v. mem. 5.12.16 cit., con cui la parte resistente ha illustrato gli elementi da cui evincere la natura “standardizzata” delle prestazioni, richiamando la det. Anac n. 9/2015, linee guida per l'affidamento del servizio di vigilanza privata, laddove si precisa che in caso di servizio “altamente standardizzato [...] sarebbe preferibile adottare il criterio del prezzo più basso”);

- che la qualificazione proposta dalle società istanti può darsi per accreditata al giudizio, in assenza di contestazioni della controparte e alla luce delle risultanze, parimenti non contestate, del menzionato elaborato tecnico;

- che, sul piano giuridico, la disciplina d'interesse dimostra la correttezza della tesi delle ricorrenti;

- che l'art. 95 cit., sui criteri di aggiudicazione:

i) al co. 2 stabilisce la regola generale secondo cui le stazioni appaltanti (fatte salve “le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici”) “procedono all'aggiudicazione [...] sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96”;

ii) al co. 3 individua alcune categorie di “contratti” aggiudicabili “esclusivamente sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo”; tra questi, i contratti relativi ai servizi “ad alta intensità di manodopera, come definiti all’articolo 50, comma 1” (lett. a), ossia “quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell’importo totale del contratto” (art. 50, co. 1, ult. per.);

iii) al co. 4 elenca i casi di possibile utilizzo del “criterio del minor prezzo”, tra cui i servizi “con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato” (lett. b) e quelli “di importo inferiore alla soglia di cui all’articolo 35, caratterizzati da elevata ripetitività” (esclusi, però, “quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo”; lett. c);

- che la questione controversa attiene al nesso tra tali disposizioni, occorrendo in particolare stabilire se, fermo il rapporto regola-eccezione intercorrente tra i commi 2 e 4, il co. 3 abbia introdotto una previsione ulteriormente derogatoria (e dunque autonoma), nel senso che per i casi ivi indicati non sarebbe mai possibile utilizzare il criterio del minor prezzo (come ipotizzato dalla ricorrente), o se, al contrario, esso costituisca una mera specificazione del co. 2 (in punto di metodiche di aggiudicazione), risultando di conseguenza derogabile nelle ipotesi del co. 4 (come implicitamente sostenuto dalla resistente);
- che la formulazione testuale delle disposizioni potrebbe indurre alla condivisione di questa seconda opinione, dal momento che l’art. 95, declinate al co. 2 le metodiche applicative del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (“miglior rapporto qualità/prezzo”, “elemento prezzo”, “costo”), specifica al co. 3 il novero dei contratti da aggiudicare “esclusivamente sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo”, potendosi in astratto ritenere che la norma abbia semplicemente voluto inibire il ricorso agli altri due sistemi (“elemento prezzo” o “costo”; in caso contrario, essa avrebbe dovuto essere formulata in modo da far percepire la cesura tra gli aspetti in considerazione);
- che a questa lettura si oppone il dato, parimenti testuale, ricavabile dalla legge di delega (l. n. 11/2016 cit.);
- che infatti l’art. 1, co. 1, lett. ff), l. cit. indica, tra i “principi e criteri direttivi specifici”, l’utilizzo, per l’aggiudicazione, del “criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa”, con riferimento all’“approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita” e al “«miglior rapporto qualità/prezzo» valutato con criteri oggettivi [...]” (1° per.), prevedendo altresì 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 [...]” (2° per.);
- che la successiva lett. gg), per i contratti relativi (tra gli altri) ai servizi “ad alta intensità di manodopera”, precisa che l’aggiudicazione può 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" (enf. agg.);

- che perciò l'unica interpretazione ammissibile, perché costituzionalmente orientata (tale cioè da evitare pur ipotizzabili profili di eccesso di delega), delle previsioni in esame appare essere quella che assegna portata autonoma, e natura inderogabile, al co. 3;
- che pertanto, venendo al caso di specie, la gara per cui è controversia non può essere aggiudicata in base al criterio del minor prezzo, con conseguente illegittimità della scelta operata dalla *lex specialis*;

Considerato altresì:

- che la fondatezza della censura innanzi esaminata esonera dallo scrutinio del secondo e del terzo motivo, in quanto logicamente subordinati rispetto al primo (con essi vengono infatti prospettate doglianze implicitamente poggianti sull'applicabilità dell'art. 95, co. 4);
- che il quarto mezzo è invece infondato (in disparte la questione di ammissibilità della censura), dal momento che l'art. 50 d.lgs. n. 50/2016 configura l'inserimento nel bando di "specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato" in termini di mera facoltà della stazione appaltante, con la conseguenza che l'omissione di tale inserimento non è illegittima (è appena il caso di precisare, peraltro, che le ricorrenti non hanno prospettato vizi motivazionali);

Considerato in conclusione:

- che il ricorso è fondato nei sensi innanzi precisati, sicché la *lex specialis* è illegittima e va pertanto annullata nella parte relativa al criterio di aggiudicazione (punto V.2 bando e art. 15 discipl.);
- che la novità delle questioni trattate consente di ravvisare i presupposti per la compensazione delle spese di lite;

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. III-ter, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati in parte qua. Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 7 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giampiero Lo Presti, Presidente

Mario Alberto di Nezza, Consigliere, Estensore

Maria Grazia Vivarelli, Consigliere

L'ESTENSORE

Mario Alberto di Nezza

IL PRESIDENTE

Giampiero Lo Presti