



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

#### **DELIBERA N. 209 del 26 febbraio 2020**

OGGETTO: Istanza presentata da Fulmine Group s.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di stampa, imbustamento e recapito delle comunicazioni necessarie per la realizzazione delle campagne di screening oncologici (colon retto, mammella, cervice uterina) nel territorio dell'ASP di Siracusa per 24 mesi - S.A.: Azienda Sanitaria Provinciale di Siracusa. - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - Importo a base di gara: euro 211.752,96

#### **PREC 25/20/S**

#### **Il Consiglio**

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 5588 del 23 gennaio 2020 con la quale la Fulmine Group s.r.l. contestava la scelta del criterio di aggiudicazione del minor prezzo operata dalla stazione appaltante nella gara *de qua*, in quanto in contrasto con il combinato disposto dell'articolo 95, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 50/2016 e la mancata indicazione nella *lex specialis* dell'indicazione dei costi della manodopera ai sensi dell'articolo 23, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016;

CONSIDERATO, in particolare, che l'istante riteneva nella propria istanza che il servizio oggetto della gara in epigrafe costituisca un servizio ad alta intensità di manodopera il cui affidamento sarebbe dovuto avvenire mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo;

VISTA la documentazione di gara e, in particolare, la *lex specialis* e il capitolato di gara;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 31 gennaio 2020, con nota prot. n. 8124;

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti;

VISTA, nello specifico, la memoria della parte controinteressata in cui viene contestata, in via preliminare, l'ammissibilità dell'istanza di precontenzioso in quanto pervenuta successivamente alla conoscenza del provvedimento di aggiudicazione definitiva avvenuto in data 23 dicembre 2019 e viene sostenuta l'infondatezza nel merito delle questioni sollevate dall'istante;

VISTA, altresì, la memoria della stazione appaltante in cui veniva rappresentato che per l'affidamento del servizio era stata indetta una procedura telematica sul MEPA con il criterio del minor prezzo ai sensi dell'articolo 95, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, in quanto si trattava di un'attività standardizzata e ripetitiva e veniva specificato che la stazione appaltante aveva effettuato la comunicazione dell'avvenuta



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

aggiudicazione ai sensi dell'articolo 76 del d.lgs. n. 50/2016 in data 30 dicembre 2019 con nota prot. 7139, allegata agli atti;

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

CONSIDERATO preliminarmente che, in relazione alla contestazione in ordine all'ammissibilità dell'istanza, dalla documentazione in atti fornita dalla stazione appaltante risulta che la comunicazione di avvenuta aggiudicazione sia stata inviata all'odierno istante in data 30 dicembre 2019;

RILEVATO che, relativamente alla impugnazione del criterio di aggiudicazione, valga il principio enucleato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018 n. 4, secondo cui «le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impuginate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impuginate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura». Nella normativa in materia di contratti pubblici, anche quella previgente, non è infatti rinvenibile alcun elemento che possa imporre all'offerente l'impugnazione immediata della clausola del bando concernente il criterio di aggiudicazione ritenuta illegittima, in quanto «versandosi nello stato iniziale ed embrionale della procedura, non vi sarebbe infatti né prova né indizio della circostanza che l'impugnante certamente non sarebbe prescelto quale aggiudicatario; per tal via, si imporrebbe all'offerente di denunciare la clausola del bando sulla scorta della preconcisione di una futura ed ipotetica lesione, al fine di tutelare un interesse (quello strumentale alla riedizione della gara), certamente subordinato rispetto all'interesse primario (quello a rendersi aggiudicatario), del quale non sarebbe certa la non realizzabilità». In ragione di tali argomentazioni, l'Adunanza Plenaria ha precisato quindi che, «anche con riferimento al vigente quadro legislativo, trova persistente applicazione l'orientamento secondo il quale le clausole non escludenti del bando vadano impuginate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione (*id est*: aggiudicazione a terzi), considerato altresì che la postergazione della tutela avverso le clausole non escludenti del bando, al momento successivo ed eventuale della denegata aggiudicazione, secondo quanto già stabilito dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2003, non si pone certamente in contrasto con il principio di concorrenza di matrice europea, perché non lo oblitera, ma lo adatta alla realtà dell'incedere del procedimento nella sua connessione con i tempi del processo»;

RITENUTE, pertanto, infondate le contestazioni relative all'inammissibilità dell'istanza formulate dall'operatore controinteressato in quanto la stessa è stata presentata nel rispetto del Regolamento di precontenzioso;

CONSIDERATO che l'articolo 95 prevede al comma 3: «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)» e, al successivo comma 4, che «può essere



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

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)»;

CONSIDERATO che l'articolo 50, al comma 1, definisce i servizi ad alta intensità di manodopera come quelli «nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto»;  
CONSIDERATO che, relativamente alla questione del criterio di aggiudicazione, l'Autorità nella determinazione n. 3 del 9 dicembre 2014, recante “*Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali*”, ha precisato che «il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa debba costituire la modalità privilegiata per l'aggiudicazione degli appalti di servizi postali. L'offerta economicamente più vantaggiosa è, infatti, l'unico criterio di selezione idoneo a valorizzare le soluzioni sia dal punto di vista operativo che da quello economico, con il massimo vantaggio per la stazione appaltante. Anche a livello comunitario le nuove direttive emanate nel 2014 prevedono come criterio ordinario di aggiudicazione degli appalti pubblici quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'offerta economicamente più vantaggiosa è individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita, e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto»;

CONSIDERATO inoltre che nella Relazione AIR alla citata determinazione si richiama altresì la circostanza per cui il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sia da preferire anche in ragione del fatto che i servizi postali sono caratterizzati da alta intensità di manodopera;

RILEVATO che nella gara in questione l'amministrazione abbia ritenuto il servizio in affidamento avente natura standardizzata e ripetitiva e quindi rientrante nelle fattispecie in cui poter utilizzare il criterio del minor prezzo ai sensi dell'articolo 95, comma 4;

RILEVATO che invece l'istante abbia evidenziato la natura ad alta intensità di manodopera del servizio e quindi il fatto che esso sia riconducibile alla fattispecie in cui poter utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'articolo 95, comma 3;

RITENUTO che, nel caso di specie, la differente connotazione del servizio possa essere dirimente in ordine alla disciplina applicabile e che, in tal senso, possa rilevare la possibilità che il servizio ricada in entrambe le due definizioni, ovvero avere natura standardizzata per il tipo di prestazioni fornite e al contempo costituire un servizio ad alta intensità di manodopera, richiedendo un elevato impiego di personale;

CONSIDERATO che nella recente delibera n. 146 del 27 febbraio 2019 l'Autorità ha precisato che il d.lgs. n. 50/2016, sulla scorta del considerando 89 della direttiva 24/2014, che riconosce l'offerta economicamente più vantaggiosa come quella che assicura il miglior rapporto tra qualità e prezzo, ha modificato la previgente disciplina della scelta del metodo di aggiudicazione, fondata sul principio di equa ordinazione dei criteri, esprimendo una indubbia preferenza per il criterio dell'offerta economicamente



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

più vantaggiosa basato sul miglior rapporto qualità/prezzo e prevedendo una gerarchia tra i metodi di aggiudicazione ed ha introdotto al comma 3 dell'articolo 95 l'indicazione dei contratti che devono essere aggiudicati esclusivamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto qualità/prezzo (e tra questi sono annoverati i contratti relativi ai servizi ad alta intensità di manodopera) e al comma 4 i casi in cui è possibile utilizzare il criterio del minor prezzo (e tra questi sono annoverati i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato)»;

RILEVATO che la delibera richiamata evidenzia in particolare come il rapporto tra il comma 3 e il comma 4 dell'articolo 95 sia stato oggetto di una intensa attività giurisprudenziale, dando luogo a due orientamenti contrastanti, dei quali l'Autorità, anche a fronte della recente rimessione della questione all'Adunanza Plenaria (Consiglio di Stato, 5 febbraio 2019, n. 882), ritiene più rispondente al principio di gerarchia tra i criteri di aggiudicazione quello che considera il rapporto tra i due commi essere di specie a genere, per cui: «Ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 scatta un obbligo speciale di adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa 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» (Consiglio di Stato, sez. III, 2 maggio 2017 n. 2014; Consiglio di Stato, 16 agosto 2018 n. 4945; TAR Lazio, Roma, 12 dicembre 2016 n. 12439; TAR Campania, Napoli, sez. V, 24 ottobre 2017 n. 4995; TAR Sicilia, Catania 19 febbraio 2018 n. 389);

CONSIDERATO altresì che tale approdo ermeneutico sia in linea con i criteri direttivi dettati dal legislatore delegante che, nell'articolo 1, comma 1, lettera gg) della legge n. 11/2016, per i contratti relativi ai servizi ad alta intensità di manodopera, precisa, quale criterio direttivo, che 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»; ciò nell'ottica di una maggiore attenzione alle esigenze di protezione sociale al fine di evitare gare al ribasso giocate sull'abbattimento del costo del lavoro» (cfr. delibera ANAC n. 146/2019, cit.);

RILEVATO che sulla questione si è pronunciata più recentemente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza del 21 maggio 2019 n. 8, sostenendo che «gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera – ai sensi degli articoli 50, comma 1, e 95, comma 3, lettera 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». La pronuncia, dirimendo la questione concernente l'ipotesi che l'affidamento del servizio abbia al contempo le caratteristiche di alta intensità di manodopera e standardizzazione, ha fornito un'interpretazione dell'articolo 95 secondo cui il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è prevista ai sensi del comma 3, lettera a), per i servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'articolo 50, comma 1, ovvero quei contratti «nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

dell'importo totale del contratto». Il criterio del massimo ribasso, invece, è previsto al comma 4, lettera b), per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate. Tale comma facoltizza le stazioni appaltanti («Può essere utilizzato») a ricorrere al «criterio del minor prezzo» per aggiudicare i contratti ivi elencati, tra cui «i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate», purché venga data adeguata motivazione. Secondo la Plenaria il rapporto tra la prima e la seconda norma non può essere intesa nel senso di specialità, per cui la norma generale (quella sugli appalti ad alta intensità di manodopera) viene derogata da quella speciale (sugli appalti standardizzati). Al contrario, è proprio la regola dell'offerta economicamente più vantaggiosa a prevalere, in presenza di servizi con entrambe le caratteristiche;

CONSIDERATO che una tale interpretazione troverebbe conferma altresì, secondo l'Adunanza Plenaria, negli obiettivi di politica generale sovranazionale, recepiti nelle direttive del 2014, e in quelli nazionali, di cui al codice dei contratti pubblici, in quanto essa consente 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 dell'obiettivo di crescita inclusiva enunciato dalla Commissione europea, nonché con il principio costituzionale di cui all'articolo 41 Cost., 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»;

RITENUTO, pertanto, sulla scorta dell'interpretazione in tal senso fornita che qualora un servizio ad alta intensità di manodopera abbia contemporaneamente caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lettera b), del medesimo articolo 95, «vi è un concorso di disposizioni di legge tra loro contrastanti, derivante dal diverso ed antitetico criterio di aggiudicazione rispettivamente previsto per l'uno o l'altro tipo di servizio e dal diverso grado di precettività della norma. Si pone quindi un conflitto (o concorso apparente) di norme, che richiede di essere risolto con l'individuazione di quella prevalente. Il conflitto così prospettato non può che essere risolto a favore del criterio di aggiudicazione del miglior rapporto qualità/prezzo previsto dal comma 3, rispetto al quale quello del minor prezzo invece consentito in base al comma 4 è subvalente. La soluzione ora espressa (...) è infatti conseguenza diretta di quanto rilevato in precedenza, e cioè del carattere speciale e derogatorio di quest'ultima regola rispetto a quella generale, laddove il criterio del minor prezzo ai sensi del comma 4 ne segna invece il ritorno, con la riaffermazione della facoltà di scelta discrezionale dell'amministrazione di aggiudicare l'appalto secondo un criterio con a base il (solo) prezzo. Il ritorno alla regola generale incontra tuttavia un ostacolo insuperabile nella deroga prevista nel comma 3, che impone alle amministrazioni un obbligo anziché una mera facoltà, per cui per effetto di essa in tanto è possibile aggiudicare i contratti di appalto di servizi con caratteristiche standardizzate al massimo ribasso in quanto il servizio non abbia nel contempo caratteristiche di alta intensità di manodopera» (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 21 maggio 2019 n. 8);

RILEVATO che tale orientamento è stato recepito dalla legge n. 55/2019 che ha modificato l'articolo 95, comma 4, aggiungendo, alla fattispecie di cui alla lettera b), relativa ai servizi e forniture con



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono indicate dal mercato, la precisazione «fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera di cui al comma 3 lettera a)»;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, in considerazione della natura del servizio oggetto dell'appalto, potrebbe ritenersi applicabile l'orientamento ermeneutico sopra ricostruito riconoscendolo come un servizio ad alta intensità di manodopera avente caratteristiche standardizzate con conseguente applicabilità dell'articolo 95 comma 3, concernente il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

RITENUTE, conseguentemente, in parte fondate le contestazioni addotte dall'odierno istante;

### **Il Consiglio**

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che la scelta della stazione appaltante in merito al criterio di aggiudicazione del contratto non è conforme agli orientamenti interpretativi in materia di contratti pubblici.

Il Presidente f.f.

*Francesco Merloni*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 26 febbraio 2020

Il Segretario, *Maria Esposito*