



.....OMISSIS.....

Oggetto

Affidamento servizio vigilanza armata – art. 95 d.lgs. 50/2016 - richiesta di parere.

FUNZ CONS 66/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 21 settembre 2022, acquisita al prot. Aut. n. 74958, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021 si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 20 dicembre 2022, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Con il quesito proposto, la stazione appaltante chiede all'Autorità se, ai fini dell'affidamento del servizio di vigilanza armata, sia possibile ricorrere al criterio di aggiudicazione del minor prezzo di cui all'art. 95, comma 4, lett. b) del d.lgs. 50/2016, in luogo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tenuto conto delle caratteristiche di standardizzazione e ripetitività del servizio stesso.

Al fine di esprimere avviso sulla questione sopra indicata, sembra utile richiamare il citato art. 95, il quale dispone al comma 2 che «Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, *procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, 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».

La disposizione aggiunge, ai commi 3 e 4. che «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); 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. 4. *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) ...*». Ai sensi del successivo comma 5, inoltre, «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».

La disposizione sopra richiamata, secondo i chiarimenti offerti nella Relazione Illustrativa del Codice, recepisce l'articolo 67 della direttiva 2014/24/UE ed attua i criteri di cui all'art. 1 lett. p), ff), gg), oo), ccc), ddd), fff), ggg) della legge n. 11/2016. La stessa disposizione, inoltre, è stata oggetto di esame da parte della giurisprudenza amministrativa e dell'Autorità nei termini che seguono.

Secondo l'avviso espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella decisione n. 8/2019, dall'analisi dell'art. 95 si ricava che «nell'ambito della generale facoltà discrezionale nella scelta del criterio di aggiudicazione, *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*. Più precisamente, la preferenza in questione: - è desumibile dal comma 2, attraverso la previsione di due criteri di aggiudicazione in cui hanno rilievo aspetti di carattere qualitativo; - è espresso sia al comma 3, con l'obbligo di fare ricorso per gli appalti di servizi ivi elencati al solo criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, sia - all'opposto - attraverso l'obbligo di motivazione ai sensi del comma 5, laddove invece l'Amministrazione opti per il criterio del massimo ribasso nelle ipotesi invece previste nel comma 4. La preferenza attribuita dal codice dei contratti pubblici a criteri non basati sul solo elemento del prezzo è poi coerente con i principi e criteri direttivi previsti dalla legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 per l'attuazione delle direttive sugli appalti pubblici del 2014, tra cui la direttiva europea 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, sui contratti di appalto pubblico». È poi «nell'ambito del margine di apprezzamento discrezionale così attribuito al legislatore nazionale che il codice dei contratti pubblici ha da un lato escluso la possibilità di fare ricorso a qualsiasi criterio di aggiudicazione con a base il prezzo o il costo per i servizi previsti nel comma 3 dell'art. 95; e dall'altro lato ha consentito per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate, ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo art. 95, di impiegare il criterio del massimo ribasso, purché di ciò sia data adeguata motivazione».

Il giudice amministrativo ha quindi chiarito che «Sulla base dell'analisi normativa interna ed europea, e della cornice indirizzo politico-legislativo ad esse presupposta, si può dunque pervenire a definire il rapporto tra i commi da 2 a 5 dell'art. 95 in esame nel senso seguente:

- ai sensi del comma 2 le amministrazioni *possono* aggiudicare i contratti di appalto pubblico secondo il criterio (ora denominato in generale) dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata dal miglior rapporto qualità/prezzo o che abbia a base il prezzo o il costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia;
- (...) il comma 3 pone invece una *regola speciale*, relativa tra l'altro ai servizi ad alta intensità di manodopera, derogatoria di quella generale, in base alla quale per essi è *obbligatorio* il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo;
- per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate si riespande invece la regola generale posta dal comma 2, con il ritorno alla possibilità di impiegare un criterio di aggiudicazione con a base l'elemento prezzo, e precisamente il «minor prezzo», purché questa scelta sia preceduta da una «motivazione adeguata».

È stato evidenziato, infine, che «Nell'ipotesi in cui un servizio ad alta intensità di manodopera abbia contemporaneamente caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo art. 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. 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» (sentenza cit.).

Secondo i chiarimenti offerti dal giudice amministrativo, pertanto, nel caso in cui un servizio ad alta intensità di manodopera abbia contemporaneamente caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo art. 95, il criterio di aggiudicazione per il relativo affidamento deve essere quello indicato dal comma 3 della disposizione, ossia "il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo".

Ciò precisato, appare utile ricordare che anche l'Autorità ha espresso avviso sulla disposizione dell'art. 95 del Codice, in coerenza con l'indirizzo giurisprudenziale sopra richiamato, fornendo altresì utili indicazioni alle stazioni appaltanti in ordine all'ambito applicativo del comma 4 dell'art. 95 citato.

Il riferimento è alle Linee Guida n. 2 recanti "*Offerta economicamente più vantaggiosa*" nelle quali, in relazione alle previsioni dell'art. 95 del Codice, è stato affermato che la norma, al comma 2, «prevede che, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, le stazioni appaltanti aggiudicano gli appalti e affidano i concorsi di progettazione e i concorsi di idee sulla base del criterio dell'OEPV individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, oppure sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita. *Il comma 4, dell'art. 95, stabilisce che può - e non deve - essere utilizzato il criterio del minor prezzo...*» nei casi ivi indicati. E, con riferimento al comma 4 della disposizione in esame, è stato chiarito che «Per servizi e forniture "*con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato*" devono intendersi quei servizi o forniture che, anche con riferimento alla prassi produttiva sviluppatasi nel mercato di riferimento, non sono modificabili su richiesta della stazione appaltante oppure che rispondono a determinate norme nazionali, europee o internazionali. I servizi e le forniture "*caratterizzati da elevata ripetitività*" soddisfano esigenze generiche e ricorrenti, connesse alla normale operatività delle stazioni appaltanti, richiedendo approvvigionamenti frequenti al fine di assicurare la continuità della prestazione (...)).».

Il predetto documento ha quindi evidenziato che, *costituendo il ricorso al criterio di aggiudicazione del minor prezzo di cui al citato comma 4, una deroga al principio generale dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, le stazioni appaltanti che intendono procedere all'aggiudicazione utilizzando tale criterio, ai sensi del citato comma 5, devono dare adeguata motivazione della scelta effettuata ed esplicitare nel bando il criterio utilizzato per la selezione della migliore offerta. Nella predetta motivazione le stazioni appaltanti, oltre ad argomentare sul ricorrere degli elementi alla base della deroga, devono dimostrare che attraverso il ricorso al minor prezzo non sia stato avvantaggiato un particolare fornitore, poiché ad esempio si sono considerate come standardizzate le caratteristiche del prodotto offerto dal singolo fornitore e non dall'insieme delle imprese presenti sul mercato.

Con riguardo al quesito in esame, specificamente riferito all'affidamento dei servizi di vigilanza armata, devono infine richiamarsi le Linee Guida n. 10 recanti "*Affidamento dei servizi di vigilanza armata*", nelle quali, in ordine ai criteri di aggiudicazione, è stato osservato (tra l'altro) che «la scelta tra il criterio del minor prezzo e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo è *ancorata alle caratteristiche dell'oggetto del contratto*. Ai sensi dell'articolo 95, comma 3, del Codice dei contratti pubblici sono aggiudicati "*esclusivamente*" sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata

sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo i servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, ossia quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto. *Il comma 4 del citato articolo 95 individua, invece, le fattispecie nelle quali è consentito l'utilizzo del criterio del minor prezzo. Per quel che qui rileva, nelle residuali ipotesi in cui il costo della manodopera fosse inferiore al 50% del valore dell'appalto, tale criterio può essere scelto nei casi in cui il servizio richiesto abbia caratteristiche standardizzate o condizioni definite dal mercato* (articolo 95, comma 4, lettera b) *Nel caso in cui la stazione appaltante ritenga che sussistano le condizioni per l'applicazione del criterio del minor prezzo dovrà definire puntualmente negli atti di gara le condizioni tecniche per l'esecuzione del servizio, redigendo un progetto completo e accurato e, al fine di prevenire comportamenti opportunistici sia in fase di offerta che in fase esecutiva, dovrà altresì verificare che le offerte presentate corrispondano a quanto richiesto dai documenti di gara e dalla disciplina di settore.* Conseguentemente, l'unica differenza nelle offerte presentate dai concorrenti sarà data dal prezzo di realizzazione dei servizi come predeterminati dalla stazione appaltante. Secondo l'orientamento palesato dalla recente giurisprudenza amministrativa (si veda per tutti la Sentenza del Consiglio di Stato n. 2014/2017), il rapporto fra comma 3 (ricorso all'OEPV per gli appalti ad alta intensità di manodopera) e comma 4 del predetto articolo 95 (possibilità di utilizzo del minor prezzo negli specifici casi contemplati) *sarebbe da interpretare nel senso della prioritaria applicazione del comma 3*, anche sulla base di quanto stabilito dall'articolo 1, comma 1, lettera gg) della legge delega (legge n. 11/2016), *talché, per i servizi ad alta intensità di manodopera, è obbligatorio il ricorso all'OEPV(...)*».

Pertanto, sul tema, l'Autorità ha aderito «all'orientamento della giurisprudenza prevalente (...), secondo cui negli appalti cd. *labour intensive* è obbligatorio il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, anche in presenza dei presupposti recati dall'articolo 95, comma 4 per l'utilizzo del criterio del minor prezzo (es. appalti con caratteristiche standardizzate)» (Relazione AIR sulle Linee guida n. 10).

Per tutto quanto sopra, in risposta al quesito in esame, può conclusivamente osservarsi che – fermi i principi sopra indicati in ordine all'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e a i casi in cui deve ritenersi obbligatorio il ricorso a tale criterio di aggiudicazione – la scelta tra il criterio del minor prezzo e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, per l'affidamento del servizio, è ancorata alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, secondo le indicazioni dell'Autorità sopra richiamate.

Nel caso in cui la stazione appaltante ritenga sussistenti le condizioni per l'applicazione del criterio del minor prezzo, secondo le previsioni dell'art. 95, comma 4 del Codice e le indicazioni contenute nelle linee guida sopra richiamate, la stessa è tenuta a definire puntualmente, negli atti di gara, le condizioni tecniche per l'esecuzione del servizio, «redigendo un progetto completo e accurato e, al fine di prevenire comportamenti opportunistici sia in fase di offerta che in fase esecutiva, dovrà altresì verificare che le offerte presentate corrispondano a quanto richiesto dai documenti di gara e dalla disciplina di settore». Resta, inoltre, fermo l'obbligo per la stazione appaltante, ai sensi del comma 4 del citato art. 95, di dare adeguata motivazione della scelta effettuata ed esplicitare nel bando il criterio utilizzato per la selezione della migliore offerta.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente