

L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DELLE ANTINOMIE NEI CRITERI  
DI AGGIUDICAZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI.  
NOTA A SENTENZA DELL'ADUNANZA PLENARIA  
DEL CONSIGLIO DI STATO N. 8/2019.  
UN CASO DI CONFLITTO APPARENTE DI NORME.

Marianna de Giacomo\*

SOMMARIO: 1.- Premessa; 2.- Il quadro europeo e la soluzione adottata dall'Adunanza Plenaria; 3.- Conclusioni.

### 1.- Premessa

La sentenza del Consiglio di Stato in Adunanza plenaria del 21 maggio 2019 n. 8, propone un'interessante lettura della funzione nomofilattica del Supremo Consiglio di Giustizia Amministrativa per la risoluzione di un'*antinomia legis*.

Le norme in conflitto risalgono all'art. 95 del D.lgs. 50/2016, e più precisamente si riferiscono ai commi 3 e 4 dello stesso articolo che contemplano criteri opposti di aggiudicazione dei contratti pubblici.

Sarebbe riduttivo circoscrivere la portata della sentenza alla sola affermazione della prevalenza di uno dei criteri di aggiudicazione in base alla preferenza accordata nella legislazione europea al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'estensione del ragionamento che sostiene la decisione dell'Adunanza Plenaria, implica, invece, una riflessione più ampia sul rapporto tra le norme in conflitto e più in generale sull'applicazione dei criteri per la risoluzione delle antinomie.

Il comma 3 lett. a) dell'art. 95, riferito ai servizi ad alta intensità di manodopera, ovvero ai contratti nei quali, secondo la previsione dell'art 50 comma 1, il costo della manodopera risulti pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto, stabilisce il ricorso all'offerta economicamente più vantaggiosa quale criterio di aggiudicazione ordinaria.

D'altra parte, il comma 4 lett. b) dello stesso articolo, riferito ai contratti per servizi e forniture con caratteristiche standardizzate, prevede, invece, la facoltà per la stazione appaltante di aggiudicare la gara sulla base del criterio del minor prezzo offerto.

Fin qui il tenore letterale delle norme in esame che, tuttavia, non forniscono in via definitiva una risposta soddisfacente a tutte le fattispecie concretamente sottoposte a giudizio.

*Quid iuris*, infatti, nel caso di una gara che contenga entrambe le caratteristiche sopra ricordate, e cioè di un servizio che pur potendosi considerare ad alta intensità di manodopera presenti contestualmente rilevanti caratteristiche di attività standardizzate?

---

\* Cultore della materia in Diritto Amministrativo - Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza) dell'Università degli Studi di Salerno.

L'articolo 95 non dirime, in forma esplicita, il potenziale contrasto che deriva da una fattispecie di questo genere e da qui hanno avuto origine i problemi interpretativi con i quali la giurisprudenza amministrativa, quella di merito in prima istanza, ha dovuto fare i conti.

In diversi precedenti, i Tribunali di merito si sono pronunciati sul contrasto dando luogo a orientamenti diversi (*ex plurimis*, TAR Abruzzo, L'Aquila, 13 gennaio 2017, n. 30; TAR Veneto, Sez. III, 13 novembre 2017, n. 1025; TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 16 ottobre 2017, n. 314; TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 19 febbraio 2018, n. 389).

La III sezione del Consiglio di Stato veniva chiamata, in almeno due occasioni, a pronunciarsi sulla questione di diritto (Consiglio di Stato, Sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014 e Consiglio di Stato, Sez. III, 13 marzo 2018, n. 1609).

In particolare, nella sentenza n. 1609/2018, in cui veniva discusso l'appello sulla legittimità dell'aggiudicazione di una gara relativa al Servizio di vigilanza antincendio in una struttura ospedaliera, la Sezione si pronunciava in favore della prevalenza del criterio del minor prezzo. Il ragionamento del Collegio si basava, in estrema sintesi, sull'assunto che il comma 4 dell'art. 95, stabilendo un'eccezione alla tendenziale preferenza di derivazione comunitaria per il criterio antagonistico, fissa una circoscritta applicazione del criterio del minor prezzo che è giustificato dalle prestazioni tecnicamente fungibili del servizio per le quali non ricorre la necessità di una comparativa valutazione tra i diversi operatori della qualità dell'esecuzione, tale per cui non apparirebbe ragionevole, quindi, valorizzare elementi diversi da quelli meramente economici. La sentenza concludeva giudicando legittima la decisione della Stazione appaltante di aggiudicare la gara sulla base del minor prezzo garantendo, in tal modo, una significativa accelerazione della procedura.

Siffatta pronuncia ha rappresentato un significativo quanto autorevole precedente nella risoluzione del conflitto tra le norme in questione, in esplicita applicazione del brocardo *lex specialis derogat generali*.

A conclusioni diametralmente opposte giungeva, a circa un anno di distanza, la V sezione del Consiglio di Stato con la sentenza del 24 gennaio 2019, n. 605.

Infatti, la Sezione pur riconoscendo, nel caso sottoposto all'esame, che l'oggetto dell'appalto riguardava un servizio caratterizzato da elevata ripetitività, affermava il principio secondo il quale «*ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 (servizi ad alta intensità di manodopera) sussiste 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*». Con ciò affermando, in contrasto col principio opposto appena ricordato, l'obbligatoria prevalenza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in tutti i casi in cui ricorra l'affidamento di servizi ad alta intensità di manodopera.

Sulla scorta di tali precedenti, appariva inevitabile la ricerca di un punto di equilibrio tra gli orientamenti emersi.

Con sentenza non definitiva del 5 febbraio 2019, n. 882, la III sez. del Consiglio di Stato, preso atto del contrasto di giurisprudenza formatosi sui criteri di aggiudicazione

negli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera con caratteristiche standardizzate, deferiva all'Adunanza plenaria la questione nei termini seguenti: «*se il rapporto, nell'ambito dell'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici), tra il comma 3, lettera a) (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali, quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4, lettera b) (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali quello dei servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato), vada incondizionatamente declinato nei termini di specie a genere, con la conseguenza per cui, ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3, debba ritenersi, comunque, predicabile un obbligo cogente ed inderogabile di adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche in presenza delle condizioni di cui al comma 4*».

Ritorna, quindi, con la questione sollevata, la problematica relativa all'inquadramento delle norme in conflitto, e dell'ordine di "specie a genere" entro il quale collocarle.

Uno dei nodi concettualmente inaggirabili sulla questione della derogabilità o meno del criterio stabilito dal comma 3 dell'art. 95, si può riassumere nell'interrogativo sul ricorrere della specialità di uno dei due criteri di aggiudicazione in conflitto rispetto all'altro; tanto più se si tiene conto che si è soliti riferirsi ad una statuizione "speciale" per il suo richiamarsi ad elementi ulteriori rispetto ad una fattispecie di carattere generale, mentre nel caso di specie sembrerebbe quanto meno problematico ritenere la specialità di un criterio che, contestualmente, viene qualificato nella richiamata sentenza n. 605 del 2019 come espressione della «ordinaria preferenza fatta in via generale dal codice».

In questo senso l'Adunanza plenaria diventa un caso di studio interessante da più punti di vista.

## **2.- Il quadro europeo e la soluzione adottata dall' Adunanza Plenaria**

Nella ricostruzione operata dall'Adunanza generale per arrivare a risolvere l'antinomia ci si sposta dal piano del confronto basato sulla coppia generale/speciale, a quello rappresentato dalla dinamica tra norma superiore e norma inferiore che chiama in causa direttamente la relazione tra fonti nazionali e fonti sopranazionali europee.

In via preliminare la Corte considera che la preferenza accordata nel Codice dei contratti pubblici ai criteri non basati solo sul prezzo è da far risalire direttamente e indirettamente alla normativa europea; in particolare alla legge delega n. 11/2016, adottata in attuazione delle direttive europee sugli appalti pubblici, tra cui la direttiva 2014/24 UE del 26 febbraio 2014, segnatamente all'art 67.

Secondo la puntuale ricostruzione della sentenza: “L’art. 1, comma 1, lett. ff) della legge delega prevede l’«utilizzo (...) del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita e includendo il «miglior rapporto qualità/prezzo» valutato con criteri oggettivi sulla base degli aspetti qualitativi, ambientali o sociali connessi all’oggetto dell’appalto pubblico»”.

Ma in termini ancora più stringenti si colloca la successiva lettera gg) della legge delega, a mente della quale l'aggiudicazione di servizi ad alta intensità di manodopera va disposta "esclusivamente" sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui alla precedente lettera ff), con l'esclusione "in ogni caso" del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta.

Il riferimento alla legge delega adottata in relazione all'attuazione della direttiva europea, apre decisamente l'interpretazione giudiziale delle norme in conflitto in direzione dell'influenza della norma di diritto sovranazionale sulla legislazione italiana, con l'esplicito richiamo all'ultimo capoverso del paragrafo 2 del citato art. 67 che limita il legislatore nazionale, quanto alla previsione dei criteri di aggiudicazione delle amministrazioni, a non utilizzare solo il prezzo e il costo come unici criteri di aggiudicazione, fatta salva la facoltà di prevederlo per determinati tipi di appalto.

In coerenza con tale orientamento va interpretata la disposizione di cui al comma 4 lett. b che faculta le stazioni appaltanti all'impiego del criterio del massimo ribasso per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate.

La prevalenza accordata, quindi, ai criteri di aggiudicazione non basati sul solo prezzo, va considerata secondo la Corte con riferimento *«agli indirizzi di politica generale delle istituzioni sovranazionali, a partire dalla "strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»*.

Il riferimento esplicito è al programma "Europa 2020" e alla comunicazione della Commissione Europa riguardo agli obiettivi di crescita sui quali la sentenza si sofferma. Crescita inclusiva, innanzitutto, finalizzata alla promozione della *«coesione economica, sociale e territoriale»*, ma anche crescita "intelligente" basata su conoscenza e innovazione, nonché crescita "sostenibile", cioè rivolta al miglioramento dell'efficienza nell'utilizzo delle risorse ambientali.

Argomentazione di amplissimo respiro, come si vede, nella quale trova spazio il settore dei contratti pubblici a cui, in misura non secondaria, è rimessa la promozione delle *«migliori condizioni del lavoro nell'impresa, sotto il profilo della sicurezza sui luoghi di lavoro e del trattamento economico dei relativi addetti»*.

Questo spiega l'ampiezza delle premesse della decisione dell'Adunanza per arrivare a fondare la decisione sui criteri alternativi di aggiudicazione previsti nei commi 3 e 4 dell'art. 95 del Codice.

All'uopo, viene richiamata ancora la risoluzione del 4 ottobre 2018 in materia di appalti pubblici (2017/2278 (INI)) per mezzo della quale il Parlamento europeo ha confermato tali linee strategiche, incoraggiando gli Stati membri nel ricorso a criteri di aggiudicazione diversi dal solo prezzo e basati invece sulla considerazione degli aspetti qualitativi, ambientali e sociali.

Il Collegio al riguardo osserva che il ricorso ai criteri di aggiudicazione preferenziali di tipo 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 del costo per la manodopera, in contrasto con gli obiettivi di*

*coesione sociale propri dell'obiettivo di crescita inclusiva enunciato dalla Commissione europea.»*

Nella sentenza rileva, quindi, un passaggio non aggirabile all'impianto costituzionale interno, e segnatamente all'art. 41 comma 2 che, nel caso di specie, appare inequivocabilmente *«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».*

Pur non ricorrendo nella motivazione un riferimento esplicito, l'intero impianto argomentativo della sentenza richiama l'aura dei principi fondamentali della Costituzione italiana, con particolare riferimento agli artt. 10 e 11 che rappresentano, e non potrebbe essere altrimenti, gli snodi impliciti della questione.

È proprio grazie all'art. 11 Cost. che le norme poste dalle fonti dell'ordinamento UE acquistano efficacia obbligatoria diretta negli ordinamenti nazionali, non solo, ma in virtù del condiviso primato dell'ordinamento comunitario, esse acquistano una indiscutibile preminenza rispetto alle norme provenienti da fonti interne, fermi i controlimiti rappresentati dai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dai diritti inviolabili della persona.

Il vaglio di compatibilità tra norme interne e norme comunitarie si manifesta davanti al giudice nazionale principalmente nell'emergere di un'antinomia, come nella fattispecie in esame che, peraltro, assume connotati peculiari, trattandosi di considerare la priorità tra due norme non in via astratta e generale ma nella forma della derogabilità di un criterio di aggiudicazione, quello del prezzo più basso, rispetto ad un altro, l'offerta economicamente più vantaggiosa.

### **3.- Conclusioni**

Giurisprudenza e dottrina ormai pacifiche (cfr. Corte Cost. 22 ottobre 2014, n. 238)<sup>1</sup>, considerano non una semplice facoltà, ma un obbligo del giudice nazionale, la verifica di ufficio della compatibilità non solo delle norme interne rispetto a quelle comunitarie, ma viepiù, dell'interpretazione di esse in senso conforme al diritto europeo; in modo da rimuovere, se necessario, la possibilità stessa dell'antinomia, ove l'interpretazione conforme sia possibile e fino all'estremo limite (che però non tocca il caso in esame) della possibile disapplicazione della norma nazionale, ovvero della proposizione di una questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia europea, *ex art. 267 TFUE*.

Non viene sottovalutata la portata della possibile aporia cui l'interpretazione erronea della qualifica della specialità, o del diverso grado di specialità, delle norme in commento potrebbe condurre: infatti, ciò che viene posto in discussione è precisamente l'inesatta attribuzione del carattere di specialità del comma 4 rispetto al comma 3 del più

---

<sup>1</sup> La complessità dei raccordi tra ordinamenti statuali e ordinamenti a carattere internazionale e sovranazionale ha inciso profondamente nel sistema tradizionale delle fonti del diritto amplificando i meccanismi di adeguamento degli ordinamenti interni e di risoluzione delle antinomie. Cfr. in via generale A. PIZZORUSSO, *I raccordi tra gli ordinamenti giuridici e l'evoluzione dei sistemi delle fonti del diritto operanti negli ordinamenti statali*, in "Studi in onore di Franco Modugno", III, Napoli, 2011, pp. 2639 ss.

volte citato art. 95. Ciò in quanto il comma 3 costituisce già una norma speciale rispetto al comma precedente, che non attribuisce alcuna facoltà di apprezzamento discrezionale in sede di aggiudicazione. Il comma 4, qualora fosse letto quale «deroga della deroga», rappresenterebbe un indebito sacrificio della tutela del lavoro alle scelte discrezionali delle stazioni appaltanti con un'inversione inaccettabile da punto di vista ermeneutico degli obiettivi primari perseguiti nella legislazione europea. Ciò produrrebbe, quale conseguenza pratica, se non l'abrogazione del comma 3 quanto meno «una sua disapplicazione, di fatto, in via amministrativa».

La soluzione adottata dall'Adunanza Plenaria nel caso in esame, depotenzia la possibilità stessa dell'antinomia, con la ricerca di un'interpretazione conforme ai dettami sull'argomento rinvenibili nell'ordinamento europeo, fugando, in tal modo, in anticipo l'estrema ipotesi della disapplicazione di una norma del Codice da parte del giudice nazionale, ovvero della proposizione in merito ad essa di una questione pregiudiziale agli organismi europei.

In questo senso assume rilievo fondamentale l'interpretazione della questione per mezzo del trattamento dell'antinomia emersa nell'applicazione dell'art. 95 del Codice, con il passaggio dal confronto delle norme in conflitto sulla base del criterio di specialità ad una soluzione ragionevolmente basata sul rapporto gerarchico tra norme non pari ordinate.

L'Adunanza, quindi, ha fatto uso di un delicato meccanismo ermeneutico, rappresentato dal criterio della risoluzione delle antinomie, basato sul contrasto tra norma superiore e norma inferiore, per definire correttamente il rapporto tra le due fattispecie in esame, consentendo in tal modo di recepire gli indirizzi anticipati dalla normativa europea e poi confermati con la risoluzione del 2018 ai quali deve ritenersi essersi ispirato anche il legislatore nazionale con la riforma della D.lgs. 50/2016.

L'intervento correttivo in sede nomofilattica dell'Adunanza plenaria, ha il pregio di riportare in asse l'interpretazione corretta dell'art. 95 commi 3 e 4 del D.lgs. 50/2016, mediante l'utilizzo di uno dei principali criteri di soluzione delle antinomie, che in questo caso dispiegano la loro inequivocabile e risolutiva portata applicativa. La sentenza in commento ha avuto, inoltre, il merito di anticipare e di preparare l'intervento del legislatore in materia.

Successivamente alla pronuncia n.8/2019, infatti, il decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, coordinato con la legge di conversione 14 giugno 2019, n. 55 recante: «*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*», ha modificato l'art.95, comma 4, lettera b) del d.lgs.50/2016, superando così le ambiguità del testo precedente.

La disposizione vigente, specificando che «*può essere utilizzato il criterio del minor prezzo (...) 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)*», amplia ulteriormente le ipotesi in cui è obbligatorio il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, confermando la portata del principio di diritto già enunciato dall'Adunanza plenaria e

riportando così la soluzione del problema dei criteri di aggiudicazione nell'alveo naturale della normativa di settore.