



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 Toscana

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 462 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Co&So - Consorzio per la Cooperazione e la Solidarietà - Consorzio di Cooperative Sociali - Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Spadafora, Antonella Vergine, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

ESTAR - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luisa Gracili, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione Toscana non costituita in giudizio;

nei confronti

Socialwork – Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Bertini, Claudia Manfredi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

con il ricorso originariamente proposto:

- della determinazione del Direttore di Dipartimento - E.S.T.A.R. n. 280 del 26/02/2019 - notificata al RTI CO&SO/COOB con n. prot. 11226 del 01/03/2019

-, in parte qua, e segnatamente in relazione alle parti afferenti all'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata SOCIALWORK - COOPERATIVA SOCIALE O.N.L.U.S. dei Lotti nn. 5 (AUSL Toscana Centro Ambito Pistoiese – C.I.G.: 70778423FD), 7 (AUSL Toscana Centro Ambito Fiorentino - C.I.G.: 7077859205) e 8 (AOU Senese - C.I.G.: 7077863551), all'esito della procedura aperta per la stipula di una convenzione per l'affidamento del servizio di “Manutenzione delle aree verdi a basso impatto ambientale” da destinare alle Aziende sanitarie della Regione Toscana, suddivisa in 11 (undici) lotti, autorizzata con determina a contrarre n. 734 del 11/05/2017;

- di tutti i suoi allegati e delle determinazioni in essi contenute, limitatamente ai Lotti 5, 7 e 8 di cui si controverte, con particolare riferimento agli allegati 1 (verbale relativo alla seduta pubblica di apertura delle offerte tecniche del giorno 02/03/2018), 2 (verbali relativi alle sedute riservate della Commissione Giudicatrice), 3 (verbale relativo alla seduta pubblica di apertura delle offerte economiche del giorno 26/06/2018), 9 (riepilogo offerta economica lotto n. 5), 11 (riepilogo offerta economica lotto n. 7), 12 (riepilogo offerta economica lotto n. 8);

- per quanto occorrer possa, della citata nota ESTAR n. prot. 11226 del 01/03/2019 e delle determinazioni in essa contenute con cui E.S.T.A.R. ha comunicato al RTI CO&SO/COOB l'aggiudicazione definitiva alla controinteressata dei Lotti di cui qui si controverte (Lotti 5, 7 e 8);

- per quanto occorre possa, della determina a contrarre n. 734 del 11/05/2017;

- di ogni altro atto (ove occorrente anche endoprocedimentale) presupposto, connesso e conseguente comunque finalizzato all'aggiudicazione dei Lotti 5, 7 e 8, ancorché incognito alla ricorrente, ivi compresi, sempre nei limiti del presente ricorso (Lotti 5, 7 e 8), il bando, il disciplinare di gara e suoi allegati, ivi compreso il capitolato speciale e suoi allegati, laddove un'interpretazione degli stessi consentisse di ritenere che per le prestazioni nn. 1, 2, 3, 4, 5 e 6 relative al taglio del manto erboso, le offerte potessero essere formulate prescindendo dal numero e dalla frequenza dei tagli/interventi da effettuarsi in un anno per mantenere un mq di prato entro il limite di altezza indicato per ciascuna prestazione, ritenendo quindi sufficiente un unico taglio per anno;

e per la declaratoria di inefficacia della convenzione di fornitura relativa ai Lotti 5, 7 e 8, ove nelle more fosse già stata sottoscritta tra la Stazione Appaltante e la

controinteressata,

nonché per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica ovvero (in subordine) per equivalente;

e con i motivi aggiunti depositati in data 04 giugno 2019:

per l'annullamento di tutti i provvedimenti già impugnati con il ricorso introduttivo.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ESTAR - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo e di Socialwork – Cooperativa Sociale Onlus;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2019 il dott. Bernardo Massari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione a contrarre n. 734 dell'11 maggio 2017 E.S.T.A.R. - Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale indiceva una procedura aperta, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio di "Manutenzione delle aree verdi a basso impatto ambientale" da destinare alle Aziende sanitarie della Regione Toscana, suddivisa in 11 lotti.

Il RTI CO&SO/COOB, odierno ricorrente, partecipava alla gara per i Lotti 4, 5, 6, 7, 8 e 10, aggiudicandosi il lotto 6, mentre con riferimento ai Lotti 5, 7 e 8 (con importi triennali a base d'asta rispettivamente di € 439.584,64, € 832.155,81 e di € 108.322,03, ed importi "quadro economico" rispettivamente di € 1.910.000,00, € 3.610.000,00 e di € 4.685.000,00), la gara veniva aggiudicata a "SOCIALWORK Cooperativa Sociale Onlus" con il punteggio complessivo di 84,2 (di cui punti 30 per l'offerta economica e punti 54,2 per quella tecnica) per tutti i lotti considerati.

Con determinazione n. 280 del 26/02/2019 ESTAR aggiudicava definitivamente la gara relativa ai lotti menzionati in favore di SOCIALWORK.

Rilevato che l'aggiudicazione in favore della controinteressata era stata influenzata in maniera determinante dal punteggio economico, avendo la stessa ottenuto per tutti e tre i lotti in questione il punteggio massimo di 30, il RTI ricorrente formulava istanza di accesso agli atti constatando che la Stazione appaltante non avrebbe tenuto conto

della non rispondenza dell'offerta di SOCIALWORK al capitolato di gara relativamente al numero di tagli minimo o sufficiente necessari per l'esecuzione delle lavorazioni più importanti dell'intera gara, vale a dire quelle riguardanti il taglio del manto erboso, circostanza che avrebbe dovuto determinare l'esclusione della ditta dalla gara.

Conseguentemente il RTI CO&SO/COOB proponeva ricorso chiedendo l'annullamento, previa sospensione, dell'atto di aggiudicazione definitiva e di quelli presupposti e connessi, deducendo:

1. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, con particolare riferimento al punto 7 del disciplinare, all'Allegato C.2 (Scheda dettaglio offerta economica una per ogni lotto) del disciplinare medesimo ed al Capitolato tecnico. Violazione e falsa applicazione dell'art. 94, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 50/2016, del principio di conformità dell'offerta e del principio di autovincolo.

2. In subordine: Manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara. Violazione della *par condicio*.

Si costituivano in giudizio l'Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale e Socialwork Cooperativa Sociale Onlus instando per la reiezione del gravame.

Nella camera di consiglio del 7 maggio 2019 la ricorrente rinunciava alla domanda incidentale di sospensione degli atti impugnati.

A seguito della proposizione del ricorso principale, in vista della camera di consiglio del 7 maggio 2019 ESTAR e Socialwork depositavano una serie di documenti fino a quel momento ignoti alla ricorrente, tra cui, in particolare (doc. n. 7-13 di ESTAR e doc. n. 7-12 di Socialwork) quelli recanti la richiesta di giustificativi dell'offerta, relativamente al costo del lavoro, nonché i chiarimenti forniti dalla controinteressata.

Con i motivi aggiunti depositati in data 4 giugno 2019 tali atti venivano contestati lamentando:

1. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30, 95 e 97 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 16 del Capitolato speciale (Clausola sociale). Violazione e/o falsa del CCNL cooperative del settore socio-sanitario-assistenziale-educativo. Violazione e/o falsa del Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 02/10/2013 di adozione delle Tabelle del costo della manodopera. Eccesso di potere sotto i profili di assoluto difetto di istruttoria e di motivazione;

contraddittorietà manifesta. Inattendibilità dell'offerta. Violazione della *par condicio competitorum*. Irragionevolezza manifesta. Sproporzione. Illogicità.

2. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 94, 95 e 97 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione del principio di conformità e di quello di autovincolo. Eccesso di potere sotto i profili di assoluto difetto di istruttoria e di motivazione; contraddittorietà manifesta. Inattendibilità dell'offerta. Violazione della *par condicio competitorum*. Irragionevolezza manifesta. Sproporzione. Illogicità.

Chiamato alla pubblica udienza dell'11 luglio 2019, dopo il deposito di memorie e repliche, il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. Viene impugnato il provvedimento in epigrafe con cui l'Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale ha aggiudicato, in favore della società Socialwork Cooperativa Sociale Onlus, la gara per l'affidamento del servizio di "Manutenzione delle aree verdi a basso impatto ambientale" da destinare alle Aziende sanitarie della Regione Toscana, relativamente ai lotti 5, 7 e 8.

2. Il ricorso è fondato.

Assorbente considerazione va assegnata al primo motivo con cui parte ricorrente lamenta che la società controinteressata avrebbe dovuto essere estromessa dalla procedura per avere presentato un'offerta sostanzialmente non conforme a quanto richiesto dalla legge di gara.

Secondo la prospettazione della deducente, dall'esame delle offerte economiche presentate da Socialwork per ciascuno dei lotti oggetto di controversia risulterebbe evidente che le stesse siano state formulate senza tener conto delle indicazioni contenute nell'Allegato C.2 al disciplinare (Scheda dettaglio offerta economica).

In particolare, con riferimento alle prestazioni da 1 a 6, mentre era indicato l'importo massimo triennale (Valorizzazione prestazione), che teneva conto sia del fabbisogno presunto, sia del prezzo unitario a base d'asta, non veniva tenuto in alcun conto il numero dei tagli necessari per mantenere il manto erboso entro l'altezza indicata per ciascuna delle singole lavorazioni nella medesima scheda All. C2 citato, oltretutto nel Capitolato tecnico.

3. La tesi merita adesione.

Va premesso che la legge di gara nel fissare le "*caratteristiche e modalità di esecuzione delle prestazioni*", con riferimento al "taglio manto erboso", precisava espressamente che "Il

taglio del manto erboso deve essere eseguito a perfetta regola d'arte quando l'erba raggiunge l'altezza massima di 10 cm per le prestazioni nn. 1-2-3-4, di 20 cm per la prestazione n. 5 e di 40 cm per la prestazione n. 6 indipendentemente dal numero e dalla frequenza dei tagli da effettuare. ... La periodicità dei tagli è determinata dall'altezza dell'erba che non deve superare il massimo di altezza indicato nelle suddette prestazioni a seconda della zona di ubicazione ...".

Va inoltre considerato che la specifica attività in discorso costituiva una prestazione essenziale e, in alcuni casi preponderante, rispetto al valore complessivo del contratto. Così, ad esempio, con riferimento al Lotto 5, esse incidono per una percentuale del 66,13%; con riferimento al Lotto 7, incidono per una percentuale del 37,67%; con riferimento al Lotto 8, incidono per una percentuale del 46,71%.

3.1. La Stazione appaltante, come prontamente eccepito nelle sue difese, non fissava un numero minimo di tagli da eseguire, tuttavia dalla lettura degli atti è evidente che tale indicazione scaturisse ragionevolmente e in via prudenziale dalle modalità di articolazione dell'offerta.

A titolo esemplificativo, onde comprendere il meccanismo di attribuzione del punteggio (e la conseguente anomalia dell'offerta di Socialwork), il disciplinare stabiliva che l'importo complessivo a base d'asta per il lotto 5 (prestazione n. 1) era di € 209.934,00. Su tale importo complessivo le ditte concorrenti erano chiamate a esprimere il ribasso offerto. Se ne potrebbe, in apparenza, dedurre che le imprese partecipanti non fossero vincolate ad indicare, oltre al prezzo complessivo offerto, il numero delle prestazioni corrispondenti.

3.2. In realtà l'importo indicato andava posto in correlazione con l'oggetto della prestazione fissato dal capitolato tecnico che, nella specie era, costituito da una superficie del manto erboso di complessivi mq. 96.300, seguendone che, poiché il prezzo unitario per mq di ciascun taglio era indicato in € 0,218, all'importo totale a base d'asta corrispondeva un numero annuo di 10 tagli.

Analogo ragionamento può essere riprodotto, sempre a titolo esemplificativo, per la prestazione n. 5 dello stesso lotto: importo a base d'asta € 55.872,00; fabbisogno mq. 87.300, prezzo unitario 0,160/mq corrispondente, indicativamente, a 4 tagli.

Che la suddetta valorizzazione fosse stata calcolata dalla Stazione appaltante sui tre fattori – compreso il numero dei tagli - sopra richiamati, si ricava anche dai chiarimenti resi dalla medesima Stazione appaltante in risposta alle richieste di alcuni partecipanti.

Invero, nella risposta ad uno dei quesiti posti dalle partecipanti la stazione appaltante aveva modo di precisare che *“nella colonna ‘Valorizzazione prestazione’ è indicato per ogni prestazione l’importo a base d’asta non superabile ottenuto moltiplicando il fabbisogno presunto triennale di ogni prestazione per il relativo prezzo a base d’asta. Per le prestazioni 1-2-3-4-5-6 (taglio erba) sono stati considerati indicativamente anche il numero presunto di interventi da effettuare per mantenere l’erba all’altezza indicata nella prestazione”*.

3.3. Seguendo tale impostazione la Stazione appaltante indicava, seppure non in modo vincolante, il seguente numero di tagli: 10 per la prestazione n. 1; 16 per la prestazione n. 2; 10 per la prestazione n. 3 e n. 4; 4 per la prestazione n. 5; 2 per la prestazione n. 6.

Ebbene, a fronte di tale quadro Socialwork offriva, per la prestazione n. 1, l’importo di € 15.745,05, mentre la ricorrente indicava un’offerta economica di € 125.190,00. Per apprezzare l’incongruenza dell’offerta dell’aggiudicataria è sufficiente rilevare che il prezzo unitario da questa indicato è di € 0,164, mentre la ricorrente aveva indicato il prezzo inferiore di € 0,13. Eppure, come si è rilevato, l’offerta complessiva di Socialwork (l’unica voce presa in considerazione dalla commissione di gara) era di € 15.745,05, di gran lunga inferiore a quella di CO&SO pari a € 125.190,00. Tale risultato era possibile solo perché, palesemente, al prezzo unitario di 0,164 moltiplicato per la superficie erbosa da trattare corrispondeva solo l’esecuzione di un taglio ($0,164 \times 96.300 = 15.745$)

Nonostante l’evidente anomalia (ma più correttamente dovrebbe definirsi incongruenza) di tale esito la commissione prima, e la stazione appaltante, poi, non ritenevano di richiedere all’aggiudicataria alcun chiarimento, limitandosi nel procedimento di verifica dell’offerta all’analisi delle voci di costo relative al personale. Le medesime considerazioni sono riproducibili per la prestazione n. 5: Socialwork prezzo unitario offerto di $0,120 \times 87.300 \text{ mq} = € 10.476,00$, corrispondente ad un taglio annuo. CO&SO/COOB prezzo unitario offerto di 0,11 (quindi inferiore a quello dell’aggiudicataria) $\times 87.300$, corrispondente a 4 tagli, come richiesto dall’amministrazione.

Lo stesso genere di considerazioni non costituisce un’eccezione, ma è riproducibile per le altre prestazioni e per ciascun lotto.

4. Ora, è ben noto che il giudizio sull’anomalia dell’offerta - finalizzato alla verifica dell’attendibilità e serietà della stessa ovvero dell’accertamento dell’effettiva possibilità

dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte - ha natura globale e sintetica e deve risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti di cui l'offerta si compone, al fine di valutare se l'anomalia delle diverse componenti si traduca in un'offerta "complessivamente" inaffidabile (Cons. Stato, sez. V, 05/03/2019, n. 1538; id., sez. V, 3 aprile 2018, n. 2053).

E' altrettanto pacifico che non è configurabile una soglia minima al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile modesto può comportare un vantaggio significativo per l'impresa anche in termini di qualificazione per essere aggiudicataria di un determinato appalto, e inoltre l'impresa aggiudicataria può, al fine di giustificare la congruità dell'offerta, rimodulare le quantificazioni dei costi e dell'utile indicate inizialmente nell'offerta, purché non ne risulti una modifica degli elementi compositivi tali da pervenire ad una offerta diversa rispetto a quella iniziale e sempre che l'eccessivo ribasso offerto non influisca negativamente sulla corretta esecuzione del servizio secondo standard di qualità e di valutazione dell'effettiva sostenibilità (Cons. St., sez. V, 12 settembre 2018, n. 5332; id., sez. VI, 5 giugno 2015, n. 2770).

4.1. Si è riferito, tuttavia, che la stazione appaltante non ha minimamente preso in considerazione le palesi incongruenze rilevate di talché la verifica di anomalia dell'offerta è stata condotta e positivamente conclusa unicamente prendendo in considerazione le voci dell'offerta relative al costo del personale.

Ed infatti, nelle sue difese, ESTAR assume che era *“rimessa a ciascun concorrente la determinazione della frequenza dei tagli da effettuare, individuata sulla scorta della propria esperienza, fermo restando l'obbligo di mantenere, in base al continuo monitoraggio, una determinata altezza del manto erboso”*, sottendendo così che l'offerente si sarebbe assunto il rischio di proporre un prezzo complessivo che si sarebbe potuto rivelare in ipotesi insufficiente ad eseguire le prestazioni richieste e, quindi, sostanzialmente un'offerta in perdita.

Costituisce, tuttavia, principio consolidato quello per cui un utile pari a zero o un'offerta in perdita rendono *ex se* inattendibile l'offerta economica e il consentire la presentazione di offerte senza adeguato utile finisce con incidere anche sul sistema della libera concorrenza del mercato, vulnerando altresì l'interesse pubblico a che il soggetto aggiudicatario sia in grado di svolgere adeguatamente la prestazione oggetto del contratto (Cons. St., sez. IV, 26 febbraio 2015 n. 963; id., sez. III, 9 luglio 2014 n. 3492; id., sez. V, 22 maggio 2012 n. 2977).

D'altra parte, lo stesso principio di tassatività delle cause di esclusione va inteso nel senso che l'esclusione dalla gara va disposta anche nel caso in cui siano imposti "adempimenti doverosi" pur senza prevedere espressamente l'esclusione (Cons. St., sez. V, 17/01/2019, n. 430) ovvero l'offerta del concorrente non sia conforme alle specifiche tecniche fissate dalla *lex specialis* o che, comunque, presuppongono o comportano che lo svolgimento del servizio venga svolto in maniera non corrispondente a quanto stabilito dalla legge di gara (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 23/01/2019, n. 131; T.A.R. Lazio, sez. II, 21/05/2019, n. 6250).

In altre parole, l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla stazione appaltante per il contratto da affidare legittimano l'esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto (T.A.R. Emilia Romagna, Parma 10/01/2019, n. 1).

Si è dimostrato, in precedenza, che l'offerta di Socialwork non poteva rispondere ai requisiti prestazionali minimi fissati dal capitolato di gara, ponendosi al di fuori di quell'intervallo di possibili variazioni entro le quali la tesi difensiva dell'amministrazione potrebbe essere ritenuta condivisibile.

Non vi chi non veda che se il capitolato prevede un numero di tagli del manto erboso pari a 10, suscettibile di incrementi o diminuzioni in funzioni di variabili stagionali o climatiche, un'offerta che, al contrario, indichi un solo taglio da eseguire per l'intera durata del contratto è priva di ogni attendibilità e doveva perciò essere esclusa dalla gara.

D'altro canto lo stesso disciplinare di gara al punto 7 stabiliva che "*Nessun punteggio né qualitativo né economico sarà attribuito ad offerte relative a prestazioni qualitativamente risultate non conformi a quanto stabilito dal capitolato tecnico*".

Ne segue che, assorbite le altre censure, comprese quelle proposte con i motivi aggiunti, il ricorso va accolto con conseguente annullamento dell'atto impugnato.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza come in dispositivo liquidate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie, per l'effetto annullando gli atti impugnati.

Condanna ESTAR e Socialwork a rifondere, ciascuna nella misura di € 3.000,00, oltre accessori di legge, le spese processuali sostenute dalla parte ricorrente.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere, Estensore

Pierpaolo Grauso, Consigliere

L'ESTENSORE
Bernardo Massari

IL PRESIDENTE
Saverio Romano

IL SEGRETARIO