

Pubblicato il 04/10/2021

N. 01260/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00597/2021 REG.RIC.



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 597 del 2021, proposto da Cooperativa Sociale Elleuno S.C.S., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Sonia Macchia e Stefano Vinti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

E.S.T.A.R. – Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Gaetano Vicicone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, viale Mazzini 60;

nei confronti

Kaleidoscopio Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Rutigliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Parma, Borgo S. Brigida 1;

per l'annullamento,

per quanto riguarda il ricorso principale:

- della lettera d'invito a presentare offerta - per l'appalto specifico n. 16 per l'affidamento in “Zona Versilia” dei servizi di assistenza domiciliare integrata (SAD) e in urgenza (SADU) Area non autosufficienza - inviata a tutti gli operatori economici ammessi al Sistema Dinamico di Acquisto, indetto da ESTAR, Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare e servizi integrati alla persona a concorrenza del fabbisogno della Regione Toscana fino all'importo di Euro 250.000.000,00, al netto di IVA, e relativi allegati;
 - del bando con cui ESTAR ha indetto il Sistema Dinamico di Acquisizione - Servizi Assistenza Domiciliare e Servizi Integrati alla Persona delegati ad ESTAR a concorrenza della copertura del fabbisogno della Regione Toscana, disciplinare di gara SDA, All. 1 Descrizione del Servizio”, All. 2. Capitolato Tecnico Domiciliare SS e SA, All. 5 Capitolato Speciale;
 - dei verbali di gara allegati alla Determina di aggiudicazione nonché degli eventuali ulteriori verbali non noti;
 - della determina di aggiudicazione n. 575 del 9 aprile 2021, comunicata alla ricorrente in data 13 aprile 2021, con i relativi allegati: All. 1 verbale insediamento CG, All. 2 Verbale di CG; All. 2 a Verbale di CG; All. 3 Verbale di Aggiudicazione;
 - del documento inviato dal RUP denominato “Aggiunte CG”;
 - di tutti gli atti connessi, presupposti o conseguenti del procedimento indicato, ivi compresi tutti gli atti prodromici e conseguenti della procedura, anche allo stato attuale non conosciuti;
- nonché per l'annullamento ex art. 116 comma 2 del CPA:
- della nota di risposta ricevuta da ESTAR il 15.04 e della successiva nota del 19.04.2021 con cui si è consegnato il Progetto Tecnico dell'aggiudicataria quasi totalmente oscurato;
 - della nota di risposta ricevuta da ESTAR il 4.05.2021, h. 11.40;
 - della nota di risposta ricevuta da ESTAR il 10.05.2021, h. 12.40, con cui si è consegnato il Bilancio presentato da Kaleidoscopio in corso di gara nonché il

documento “Aggiunte CG”;

- della nota di risposta ricevuta da ESTAR il 10.05.2021, h. 15.01, con cui si è consegnata la scheda dei controlli effettuati;

con conseguente condanna, previo accertamento e declaratoria del diritto di accesso in capo alla Cooperativa Sociale Elleuno s.c.s., all'esibizione e rilascio di copia della documentazione non ostesa.

E, per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Kaleidoscopio Società Cooperativa Sociale:

per annullamento degli atti tutti con i quali Estar – Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, ha ammesso la ricorrente principale Cooperativa Sociale Elleuno s.c.s. (anziché disporre l'esclusione per i motivi di cui in ricorso), con correlativa collocazione in graduatoria, alla gara per l'appalto specifico n. 16 per l'affidamento in zona Versilia di servizi di assistenza domiciliare integrata (SAD) e in urgenza (SADO) Area non Autosufficienti; di ogni altro atto antecedente, conseguente e comunque connesso, ancorché non conosciuto, incluso il non conosciuto provvedimento con il quale la medesima ricorrente principale è stata ammessa al Sistema Dinamico di Acquisto di cui alle premesse di fatto.

Visti il ricorso principale, il ricorso incidentale e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di E.S.T.A.R. e della controinteressata Kaleidoscopio Società Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 settembre 2021 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Cooperativa Sociale Elleuno ha partecipato alla gara indetta da E.S.T.A.R. – centrale di committenza delle aziende del servizio sanitario

toscana – per l’affidamento dei servizi di assistenza domiciliare integrata (SAD) e in urgenza (SADU) da svolgersi nel territorio della zona socio-sanitaria “Versilia”.

La procedura si inserisce nell’ambito di un sistema dinamico di acquisto bandito in forza di determinazione n. 1506 del 29 settembre 2017. La lettera di invito relativa all’appalto specifico in questione assegnava per la presentazione delle offerte termine fino al 4 agosto 2020 e stabiliva che l’aggiudicazione sarebbe stata disposta ai sensi dell’art. 95 co. 7 del d.lgs. n. 50/2016, e, pertanto, sulla base di un prezzo fisso, limitando la competizione ai soli criteri qualitativi.

Ai concorrenti era richiesta, in ogni caso, la presentazione di un “bilancio di progetto” da compilarsi con l’indicazione delle voci di spesa e dell’utile previsto, nonché delle “economie di spesa” messe dal concorrente a disposizione del servizio, secondo le modalità stabilite dal disciplinare del sistema dinamico di acquisto. Per il bilancio di progetto non era prevista l’attribuzione di alcun punteggio.

La procedura, cui hanno partecipato cinque operatori, è stata aggiudicata alla Cooperativa Sociale Kaleidoscopio in virtù di determinazione n. 575 del 9 aprile 2021.

1.1. La Cooperativa Elleuno, seconda classificata, impugna l’aggiudicazione e ne chiede l’annullamento sulla scorta di quattro motivi in diritto.

1.3. Resistono al gravame E.S.T.A.R. e la controinteressata Kaleidoscopio.

1.4. Nella camera di consiglio del 25 maggio 2021, il collegio ha accolto la domanda cautelare proposta con il ricorso principale, contestualmente ordinando a E.S.T.A.R. di consentire alle parti private l’integrale accesso alla documentazione di gara.

È seguita la proposizione, ad opera della controinteressata, di ricorso incidentale avente l’obiettivo di paralizzare l’impugnazione principale, in quanto diretto nei confronti della mancata esclusione di Elleuno dalla gara.

La causa è stata infine discussa e trattenuta per la decisione nella pubblica udienza del 21 settembre 2021, preceduta dallo scambio fra le parti di memorie difensive e repliche.

2. Le contrapposte posizioni delle parti saranno illustrate ed esaminate con metodo sintetico, in ossequio al combinato disposto degli artt. 120 co. 10 e 74 c.p.a..

In via pregiudiziale occorre stabilire se debba essere esaminato con priorità, e a quali effetti, il ricorso incidentale “escludente” spiegato dalla controinteressata Kaleidoscopio.

Al riguardo è noto che, alla luce dei principi sanciti e progressivamente affinati dalla giurisprudenza europea e nazionale, nell’ambito di una procedura di affidamento di un contratto pubblico gli offerenti hanno un analogo interesse legittimo all’esclusione delle offerte altrui ai fini dell’aggiudicazione; e il concorrente che sia stato o debba essere escluso è comunque legittimato ad agire per ottenere a sua volta l’esclusione dell’altro concorrente, diversamente destinato a conseguire l’aggiudicazione. Questo, indipendentemente dal numero di offerte in gara e dalla natura dei vizi che le affliggono, a tutela dell’interesse strumentale al rinnovo della procedura di affidamento e con il solo limite dell’intervenuta definitività della propria esclusione (cfr. Corte di Giustizia UE, 4 luglio 2013, in C-100/12, “*Fastweb*”; id., 5 aprile 2016, C-689/13, “*PFE*”; id., 21 dicembre 2016, C-355/15, “*Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*”; id., 11 maggio 2017, C-131/16, “*Archus*”; id., 5 settembre 2019, C-333/18, “*Lombardi*”). Nella giurisprudenza nazionale si vedano, per tutte, Cons. Stato, A.P., 11 maggio 2018, n. 6; Cass. civ., SS.UU., 29 dicembre 2017, n. 31226).

In definitiva, al giudice chiamato a conoscere dei ricorsi contrapposti non è consentito di alterare la parità delle parti attraverso l’ordine delle questioni da trattare e, in special modo, di pregiudicare il diritto a un ricorso efficace del concorrente gravato da un’esclusione dalla gara non ancora definitiva, dovendo essere comunque considerato il suo interesse strumentale alla

rinnovazione della procedura di affidamento (cfr. Cons. Stato sez. V, 9 aprile 2020, n. 2330).

La conclusione sembrerebbe attagliarsi non soltanto al caso in cui il ricorso principale sia inteso a far valere l'esistenza di cause di esclusione a carico del controinteressato/ricorrente incidentale, ma in tutti i casi in cui il ricorrente principale miri (non a subentrare nell'aggiudicazione, ma) a vedere caducata l'intera gara per ragioni che trascendono l'ammissione degli altri concorrenti.

All'opposto, potrebbe invece ipotizzarsi che il difetto di legittimazione nascente dalla sussistenza di cause di esclusione accertate a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale impedisca comunque al ricorrente principale di rivendicare l'interesse strumentale alla riedizione della gara, laddove le sue censure non investano la legittima partecipazione del ricorrente incidentale.

Il tema non richiede di essere approfondito. Da un lato, infatti, solo l'esclusione definitiva priva il ricorrente principale della legittimazione ad agire, e tale non è il caso dell'esclusione che discende da una decisione assunta dal giudice di primo grado; dall'altro, il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata è manifestamente infondato.

Sostiene Kaleidoscopio che la ricorrente principale Elleuno avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non avere alle proprie dipendenze alcun lavoratore appartenente alle categorie svantaggiate di cui alla legge n. 68/1999, pur essendovi tenuta nella misura almeno del 7% del personale impiegatizio, pari a sei unità di personale. La circostanza comporterebbe la violazione degli obblighi in materia lavoristica posti a carico dei concorrenti, sanzionata dal combinato disposto degli artt. 30 e 80 co. 5 lett. a) del d.lgs. n. 50/2016, ma anche la falsità o non veridicità delle dichiarazioni rese da Elleuno ai fini della partecipazione alla procedura, con le conseguenze espulsive stabilite dall'art. 80 co. 5 lett. c-*bis*) del medesimo d.lgs. n. 50/2016.

In contrario, il collegio osserva che la ricorrente principale ha dimostrato di avere alle proprie dipendenze al momento della presentazione della domanda

di partecipazione alla gara personale svantaggiato nel numero di undici unità, ampiamente superiore al minimo di sei indicato dalla ricorrente incidentale. La prova è data, in particolare, dalle buste paga e dalle corrispondenti certificazioni rilasciate dagli enti preposti, documenti direttamente attinenti ai rapporti di lavoro in questione e come tali prevalenti sugli elementi indiziari ricavabili dalla visura camerale e dai bilanci prodotti dalla ricorrente incidentale (la prima non ha alcun valore accertativo relativamente al numero di dipendenti, i secondi si riferiscono all'anno 2019).

Risultano conseguentemente attestati sia l'effettivo possesso del requisito, sia la veridicità delle dichiarazioni rese in gara da Elleuno. La cessazione dal rapporto di quattro dipendenti, in epoca successiva alla presentazione della domanda, non fa venire meno il contingente minimo di personale svantaggiato calcolato dalla stessa ricorrente incidentale, fermo restando che l'argomento della mancata conservazione del requisito per l'intera durata della procedura è stato introdotto da Kaleidoscopio soltanto con le memorie conclusionali e in reazione alle difese di Elleuno: esso è dunque da ritenersi inammissibile perché estraneo al *thema decidendum* introdotto con il ricorso incidentale, circoscritto al possesso del requisito al momento della domanda di partecipazione (per inciso, E.S.T.A.R. riferisce che con nota del 27 luglio 2021 l'Agenzia Piemonte Lavoro della Regione Piemonte ha attestato la regolarità di Elleuno in relazione alla legge n. 68/1999).

3. Con il primo motivo di impugnazione, la cooperativa Elleuno deduce la violazione dell'art. 95 co. 3 del d.lgs. n. 50/2016, in forza del quale i contratti relativi ai servizi sociali e, comunque, quelli ad alta intensità di manodopera, sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata secondo il miglior rapporto qualità/prezzo. Al criterio imposto dalla norma, E.S.T.A.R. avrebbe illegittimamente sostituito quello previsto dall'art. 95 co. 7 d.lgs. n. 50/2016, che esclude il riferimento al rapporto qualità/prezzo e affida a soli criteri qualitativi l'individuazione dell'offerta migliore.

Con il quarto motivo, connesso, la ricorrente principale denuncia l'illegittimità e contraddittorietà dell'operato della stazione appaltante, che pur avendo ritenuto di chiedere ai concorrenti la redazione di un bilancio di progetto con l'indicazione delle principali voci di spesa, avrebbe poi affermato che tale documento non sarebbe stato oggetto di valutazione neppure ai fini della verifica di anomalia delle offerte, e che l'aggiudicatario sarebbe stato tenuto a erogare il servizio offerto anche a fronte di eventuali sottostime, scelta incompatibile con i principi in materia di affidamento dei contratti pubblici. *In parte qua*, la legge di gara sarebbe contraria all'interesse dell'Azienda sanitaria e della comunità di riferimento, tanto più che essa avrebbe condotto ad aggiudicare la gara a un'offerta chiaramente sottostimata e che, come tale avrebbe dovuto essere esclusa.

Replica la controinteressata che la scelta della stazione appaltante di non fondare la gara sul prezzo e di privilegiare l'offerta tecnica sarebbe corretta, razionale e congruamente motivata.

Aggiunge E.S.T.A.R. che la scelta del criterio di aggiudicazione sarebbe determinata dalla natura dei servizi oggetto di affidamento, remunerati a tariffa oraria o a retta per assistito, non potendosi consentire ribassi rilevanti se non a scapito della qualità dei servizi stessi. Da qui l'applicabilità dell'art. 95 co. 7 d.lgs. n. 50/2016 e, in ogni caso, la carenza di interesse della ricorrente, la quale avrebbe prodotto un bilancio dell'offerta non contenente alcun ribasso. Il criterio prescelto, del resto, vorrebbe valorizzare i contenuti organizzativi e innovativi delle offerte tecniche e rafforzare il tenore della clausola sociale *ex* art. 50 d.lgs. n. 50/2016; e, così declinato, non si discosterebbe, ma interpreterebbe correttamente proprio quei principi normativi invocati dalla ricorrente: infatti, il ribasso che i concorrenti avrebbero potuto offrire se fosse stato applicato il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo ben potrebbe essere lasciato a disposizione del servizio – facoltà offerta dal modello di bilancio di progetto predisposto dalla stazione appaltante – e utilizzato per migliorare la qualità del progetto (per

questo aspetto, di nuovo, la ricorrente non avrebbe di che dolersi, non avendo essa offerto alcuna compartecipazione al finanziamento del servizio).

Ancora, E.S.T.A.R. precisa che in nessun caso l'appalto in questione potrebbe risultare in perdita, stante l'idoneità dell'importo finanziato dall'amministrazione a coprire tutti i costi previsti ed essendo, in particolare, il costo del personale garantito da apposita clausola di salvaguardia.

Ribatte Elleuno che la decisione di aggiudicare l'appalto valutando esclusivamente gli elementi qualitativi dell'offerta, senza nemmeno premurarsi di verificare la capienza del corrispettivo predeterminato in relazione alle caratteristiche del servizio offerto dal singolo concorrente, si tradurrebbe proprio nel rischio paventato dalla stazione appaltante. Al contrario di quanto affermato da E.S.T.A.R., poi, la mancata offerta da parte sua di risorse aggiuntive oltre a quelle stanziare dall'amministrazione (c.d. co-finanziamento) dimostrerebbe l'interesse a vedere valutato anche l'elemento prezzo in relazione alle concrete caratteristiche del servizio offerto, atteso che l'unica offerta a non essere chiaramente sottostimata sarebbe proprio quella che non prevede costi aggiuntivi non remunerati con il corrispettivo dell'appalto (mentre sarebbe a rischio l'offerta di chi, come l'aggiudicataria, avrebbe assunto impegni non compensati dal prezzo predefinito dalla Stazione appaltante).

3.1. I motivi, da esaminarsi congiuntamente, sono fondati.

L'art. 95 co. 3 del d.lgs. n. 50/2016 prevede, per quanto qui interessa, che i contratti relativi ai servizi sociali e ai servizi ad alta intensità di manodopera sono aggiudicati esclusivamente in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata secondo il miglior rapporto qualità/prezzo. E analoga previsione è dettata dal co. 5-*septies* dell'art. 142 del d.lgs. n. 50/2016, che disciplina l'affidamento degli appalti dei servizi di cui all'Allegato IX del Codice dei contratti pubblici.

La *ratio* della scelta legislativa è quella di escludere per alcune tipologie di servizi il ricorso al criterio del prezzo più basso, onde evitare, in settori

particolarmente sensibili, il rischio che l'eccessivo abbattimento dei costi si traduca in affidamenti incapaci di garantire non soltanto un accettabile livello qualitativo delle prestazioni, ma anche il rispetto dei diritti dei lavoratori impiegati dall'appaltatore.

Se così è, non sembra che alle stazioni appaltanti possa considerarsi precluso l'utilizzo, con riferimento alle tipologie di servizi in questione, della facoltà – consentita dall'art. 95 co. 7 d.lgs. n. 50/2016 – di limitare il confronto concorrenziale ai soli profili qualitativi delle offerte, azzerando il peso della componente “prezzo”. Detto criterio non rappresenta, infatti, un *tertium genus* alternativo a quelli del prezzo più basso e del miglior rapporto qualità/prezzo, bensì una specificazione di quest'ultimo, e appare allo stesso modo idoneo a prevenire i rischi di ribassi eccessivi che il legislatore, nei settori considerati, ha inteso scongiurare (a condizione, è appena il caso di aggiungere, che il prezzo o costo “fisso” delle prestazioni contrattuali sia correttamente determinato, ma lo stesso può dirsi ogniqualvolta venga impiegato il criterio del miglior rapporto q/p).

Tanto premesso in termini generali, le ragioni per le quali E.S.T.A.R. ha stabilito di affidare il servizio per cui è causa in base a criteri solo qualitativi sono illustrate nel disciplinare del sistema dinamico di acquisto nel quale l'appalto è inserito, e riflettono sostanzialmente le esigenze fatte proprie dal legislatore (“...i servizi sono remunerati a tariffa oraria o a retta per assistito, ciò che non consente ribassi rilevanti, se non a scapito della qualità dei servizi stessi, in quanto rette e tariffe sono costituite, per lo più, da costi già determinati. Per questo, la modalità più appropriata di valutazione dei progetti non può essere effettuata se non sui contenuti organizzativi e innovativi proposti”).

Il criterio di aggiudicazione è peraltro precisato dal disciplinare nel senso di richiedere, per la parte economica dell'offerta, la dimostrazione dei costi mediante la compilazione del documento “bilancio di progetto” descritto al paragrafo C1a), ove si legge che al “bilancio di progetto non sarà attribuito alcun punteggio. Questo potrà prevedere risorse aggiuntive, rispetto alla base d'asta, al fine di

permettere all'offerente di poter finanziare un progetto di più elevata qualità. Tali risorse dovranno essere indicate, alla voce competente, nell'apposita colonna "risorse aggiuntive" dello stesso documento. Il monitoraggio e controllo sull'attività contrattuale assicurerà la corretta implementazione del progetto, rispetto all'offerta presentata ed il corretto finanziamento della stessa, compreso l'eventuale investimento delle risorse aggiuntive proposte".

Va anche ricordato che il medesimo disciplinare, nella parte iniziale, si cura di elencare le norme del Codice degli appalti applicabili alla procedura, in conformità con quanto stabilito per i servizi di cui al già citato Allegato IX del Codice. Fra queste non vi è l'art. 97, in materia di verifica dell'anomalia delle offerte, la cui applicabilità è espressamente esclusa con la motivazione che *"non sussiste ribasso e comunque l'aggiudicatario sarà tenuto ad erogare il servizio secondo il progetto presentato, anche a fronte di sottostime"*.

Ripercorso in tal modo il contenuto rilevante della *lex specialis* di gara, una prima criticità è costituita dalla facoltà, riconosciuta ai concorrenti, di offrire risorse economiche aggiuntive rispetto alla base d'asta. Essa finisce infatti per "contaminare" il criterio del prezzo fisso sancito dall'art. 95 co. 7 d.lgs. n. 50/2016, nella misura in cui, chiamando i concorrenti a partecipare al finanziamento del servizio al dichiarato scopo di migliorarne la qualità, produce i medesimi effetti di un ribasso sotto le mentite spoglie di risorse ulteriori messe a disposizione del servizio: che si tratti di economie di spesa o di un vero e proprio finanziamento, sono comunque oneri non coperti dal corrispettivo fisso a base d'asta, di modo che la stazione appaltante consegue un servizio migliore a parità di costo e, specularmente, la remunerazione dell'appaltatore è almeno in parte assorbita dallo sforzo compiuto per migliorare il servizio; il che equivale, in termini di complessive ricadute economiche sull'attività dell'appaltatore, a offrire un ribasso sul prezzo a base d'asta, come riconosciuto dalla stessa difesa di E.S.T.A.R. (la quale sostiene che il meccanismo consisterebbe proprio nel lasciare a disposizione del servizio il ribasso che in ipotesi il concorrente avrebbe offerto: in altre parole,

anziché offrire un ribasso sulla base d'asta, il concorrente offre prestazioni migliorative per un valore/costo corrispondente a quello dell'ipotetico ribasso).

In altri termini, la migliore qualità del servizio offerto dipende dall'assunzione di maggiori oneri finanziari a carico del concorrente, se del caso consistenti in economie di spesa messe a disposizione della stazione appaltante, in una logica di co-finanziamento del servizio chiaramente manifestata dal disciplinare nel passaggio che, descrivendo appunto le *“economie di spesa”*, le identifica con la *“quota co-finanziata dall'offerente, al fine di rendere qualitativamente più competitivo il progetto offerto”* e con le risorse che *“esprimono inoltre la convenienza, anche economica, ad esternalizzare il servizio”*.

Ne discende che, in contraddizione con il criterio posto a base di gara, la competizione di fatto non si svolge unicamente sulla qualità dei servizi offerti, a parità di prezzo, ma consente, ed anzi auspica, interventi sul prezzo/costo dei servizi – in aumento e a carico dei concorrenti – volti a migliorarne la qualità.

A questo si accompagna la seconda criticità della legge di gara, che da un lato, pur chiedendo ai concorrenti la *“dimostrazione dei costi”* (si veda il paragrafo del disciplinare sul criterio di aggiudicazione), rinuncia in fase di aggiudicazione non soltanto alla verifica di anomalia, ma a un qualsivoglia controllo sulla sostenibilità economica delle offerte, rinviando alla fase esecutiva del contratto la verifica circa la capacità dell'appaltatore di erogare effettivamente il servizio con i contenuti di cui all'offerta tecnica, compreso l'eventuale investimento delle risorse aggiuntive proposte; e, dall'altro, obbliga l'aggiudicatario a *“erogare il servizio secondo il progetto presentato, anche a fronte di sottostime”* (così ancora il disciplinare dello S.D.A.), in frontale contrasto con il consolidatissimo principio secondo cui i contratti pubblici debbono essere affidati a un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno per le imprese, con divieto delle acquisizioni in perdita, le quali porterebbero inevitabilmente gli affidatari a una negligente esecuzione (per tutte, cfr.

Cons. Stato, sez. III, 10 luglio 2020, n. 4451, e gli altri precedenti ivi citati).

La generalizzata ammissibilità di offerte contenenti sottostime e dunque potenzialmente in perdita, senza alcun controllo, rappresenta un palese elemento di contraddizione rispetto alla volontà dichiarata da E.S.T.A.R. di avvalersi di un criterio di scelta dell'aggiudicatario idoneo a garantire *ex ante* la qualità dei servizi offerti.

Sul punto, E.S.T.A.R. sostiene che in nessun caso l'appalto in questione potrebbe risultare in perdita, posto che l'importo finanziato di gara sarebbe congruo e idoneo a coprire tutti i costi previsti, tanto più che il costo del personale sarebbe garantito da apposita clausola di salvaguardia.

L'affermazione è apodittica, nel momento in cui è chiara la disponibilità della stazione appaltante ad accettare offerte contenenti sottostime, mentre la congruenza del prezzo a base d'asta non può essere ritenuta in astratto, ma va parametrata al contenuto concreto delle offerte tecniche, operazione alla quale E.S.T.A.R., come detto, ha rinunciato.

Né, del resto, l'impostazione "ibrida" data alla gara può giustificarsi in virtù dell'essere l'affidamento aperto alla partecipazione di soggetti del c.d. Terzo Settore.

L'art. 55 del d.lgs. n. 117/2017 ("*Codice del terzo settore*"), in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, delinea un canale di amministrazione condivisa tra soggetti pubblici ed enti del Terzo Settore, al di fuori delle mere logiche del mercato e fondato sui pilastri della co-programmazione, della co-progettazione e del partenariato. Come chiarito dalla Corte Costituzionale (sentenza 26 giugno 2020, n. 131), tale modello "non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico".

Questo non toglie che le amministrazioni interessate possano continuare a rivolgersi al mercato per procacciarsi le prestazioni di carattere sanitario, socio-sanitario e assistenziale di cui le comunità locali necessitano. In questa ipotesi, non è discutibile che si tratti di appalti di servizi sociali sottoposti alla disciplina del Codice dei contratti pubblici, integrativa di quella dettata dal **Codice del Terzo Settore** (così la Commissione speciale del Consiglio di Stato, parere n. 2052 del 20 agosto 2018), secondo uno schema fatto proprio anche dal legislatore regionale toscano, che, con riferimento ai rapporti fra P.A. ed enti del Terzo Settore, detta discipline differenziate in materia di co-programmazione, co-progettazione e affidamento esternalizzato di servizi a titolo oneroso, sottoponendo quest'ultimo alla disciplina del d.lgs. n. 50/2016 (art. 12 l.r. n. 65/2020, recante “*Norme di sostegno e promozione degli enti del Terzo settore toscano*”).

Si aggiunga che al Codice dei contratti pubblici debbono ritenersi soggette anche le procedure di co-progettazione e partenariato, salvo che siano dirette alla formazione di rapporti puramente gratuiti; e che, nella specie, è la stessa legge di gara per l'affidamento dei servizi oggetto di causa a richiamare e a fare applicazione della disciplina del Codice dei contratti pubblici, sul presupposto logico dell'onerosità del contratto in questione.

Quanto all'interesse processuale della ricorrente, che E.S.T.A.R. mette in discussione per avere la Cooperativa Elleuno formulato un bilancio di progetto che non prevede l'impiego di risorse aggiuntive rispetto alla base d'asta, si osserva che a sostenere il ricorso principale è sufficiente l'interesse strumentale del concorrente secondo classificato a far valere l'illegittimità del criterio di aggiudicazione prescelto dalla stazione appaltante onde ottenere la caducazione della gara.

4. Le censure sin qui esaminate investono la legittimità dell'intera procedura di gara. In assenza di gradazione, il loro accoglimento implica l'assorbimento dei motivi rimanenti di ricorso principale in forza del principio della “ragione più liquida” coordinato con i principi di economia processuale e sinteticità della

motivazione (fra le molte, cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. III, 6 maggio 2021, n. 3534).

4.1. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso incidentale e, in accoglimento del ricorso principale, annulla gli atti e provvedimenti impugnati.

Condanna le parti resistenti, in ragione della metà per ciascuna, alla rifusione delle spese processuali liquidate in euro 8.000,00, oltre agli accessori di legge, e al rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 21 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Pierpaolo Grauso

IL PRESIDENTE
Eleonora Di Santo

IL SEGRETARIO