

Publicato il 12/05/2022

N. 00661/2022 REG.PROV.COLL.
N. 01565/2021 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 1565 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Residenze Sociali e Sanitarie Società Cooperativa Sociale Consortile Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Fusari e Maria Serena Primigalli Picchi, 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

Koinè Coop. Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Leonardo Bonechi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Azienda U.S.L. Toscana Sud Est, non costituito in giudizio;

per l'annullamento,

con il ricorso introduttivo del giudizio:

- della determinazione di ESTAR, a firma del Direttore di Area Servizi, Beni Economici e Arredi, n. 1722 del 29,10.2021, notificata in data 02.11.2021, avente ad oggetto “Appalto specifico n° 29 - Zona distretto aretina, casentino, valtiberina, articolazione aretina - Co-progettazione per la gestione della residenza sanitaria assistenziale (RSA) “Maestrini” - Esito della selezione di un partner” (doc. 1) e degli allegati verbali di gara, in particolare:
- del Verbale di insediamento della Commissione Giudicatrice;
- dei Verbali di riunione della Commissione Giudicatrice;
- del Verbale di Valutazione della Commissione Giudicatrice del 18.10.2021;
- del Verbale dell'Autorità di gara del 28.10.2021;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi espressamente incluso l'atto conclusivo e /o il provvedimento di dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione, ancorché non conosciuto, se ed in quanto esistente;
- per la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato tra l'Azienda USL Toscana Sud Est e il costituendo RTI tra Koinè cooperativa sociale di tipo a onlus e COOB, ancorché non conosciuto, se ed in quanto stipulato;
- per il conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto.

E, con il ricorso incidentale presentato da Koinè Coop. Sociale Onlus il 4 gennaio 2022:

per l'annullamento della determinazione ESTAR n. 1350 del 18.8.2021 di ammissione dei concorrenti alla fase di valutazione delle offerte dell'“Appalto specifico n° 29 - Zona distretto aretina, casentino, valtiberina, articolazione aretina - Co-progettazione per la gestione della residenza sanitaria assistenziale (RSA) “Maestrini” - e degli allegati verbali di gara, in particolare, del verbale tenutosi in seduta riservata il 9.8.2021 nella quale è stata esaminata la documentazione amministrativa dei concorrenti, nella parte in cui ammette alla gara l'operatore Residenze Sociali e Sanitarie Soc. Coop. Consortile Onlus,

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi espressamente

incluso l'atto conclusivo e /o il provvedimento di dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione, ancorché non conosciuto, se ed in quanto esistente; nonché, in quanto occorrer possa, in parte qua ed in subordine, della Determinazione di ESTAR, a firma del Direttore di Area Servizi, Beni Economici e Arredi, n. 1722 del 29 ottobre 2021, avente ad oggetto "Appalto specifico n° 29 - Zona distretto aretina, casentino, valtiberina, articolazione aretina - Co-progettazione per la gestione della residenza sanitaria assistenziale (RSA) "Maestrini" - Esito della selezione di un partner" e degli allegati verbali di gara, in particolare del verbale del 9.8.2021 nella parte in cui non ammettono al soccorso istruttorio la ricorrente.

Nonché, con i motivi aggiunti presentati dalla ricorrente principale il 10 febbraio 2022:

dei medesimi atti già impugnati con i ricorso principale e dei seguenti ulteriori atti:

- la comunicazione del Responsabile del procedimento del 28.12.2021, avente ad oggetto "Appalto specifico 29 - PUBBLICAZIONE ESITO" (doc. 11);
- l'atto conclusivo del procedimento, ancorché non conosciuto, se ed in quanto esistente;
- ove occorrer possa, della Scheda controlli eseguiti dall'Ufficio Contratti di ESTAR in relazione all'appalto specifico 29, di cui alla comunicazione del Responsabile del Procedimento dell'11.1.2022 (doc. 12);

e per la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato tra l'Azienda USL Toscana Sud Est e il costituendo RTI tra Koinè cooperativa sociale di tipo a onlus e COOB, ancorché non conosciuto, se ed in quanto stipulato, ovvero per il conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ES.T.A.R. e della controinteressata Koinè Coop. Sociale Onlus;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 aprile 2022 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 Residenze Sociali e Sanitarie Società (“Reses”) è l’attuale gestore della residenza sanitaria assistenziale “Maestrini” di Arezzo, facente capo all’Azienda U.S.L. Toscana Sud Est.

Essa ha partecipato alla procedura indetta nel giugno 2021 da E.S.T.A.R. – centrale di committenza specializzata del servizio sanitario toscano – per l’appalto specifico n. 29 avente a oggetto la co-progettazione della gestione della predetta R.S.A. “Maestrini”, nell’ambito di un più ampio sistema dinamico di acquisizione dedicato agli affidamenti dei servizi sociosanitari territoriali.

Ricostruito il contenuto della *lex specialis*, la ricorrente espone di essersi classificata al secondo posto della graduatoria finale alle spalle della cooperativa Koinè, come da determinazione E.S.T.A.R. n. 1722 del 29 ottobre 2021, in epigrafe.

1.1. Assumendo che l’offerta vincitrice presenti irregolarità insanabili, tali da imporne l’esclusione, Reses impugna la determinazione n. 1722/2021 e ne chiede l’annullamento sulla scorta di tre motivi in diritto.

1.2. Si sono costituiti in giudizio E.S.T.A.R. e la controinteressata Koinè, per resistere al gravame.

1.3. Nella camera di consiglio del 21 dicembre 2021, il collegio ha respinto la domanda cautelare proposta con il ricorso introduttivo.

1.4. È seguita la proposizione, da parte della controinteressata, di ricorso incidentale avverso la mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale, la quale, a sua volta, ha spiegato motivi aggiunti per impugnare l’atto conclusivo del procedimento adottato da E.S.T.A.R. il 28 dicembre 2021.

La causa è stata infine discussa e trattenuta per la decisione nella pubblica udienza del 27 aprile 2022, previo scambio di memorie difensive e repliche ai sensi dell'art. 73 c.p.a. (lo scambio è intervenuto in vista dell'udienza dell'8 marzo 2022, poi differita in conseguenza del deposito dei motivi aggiunti di Reses).

2. Come riferito in narrativa, la ricorrente principale Reses impugna gli atti della procedura indetta da E.S.T.A.R., nell'ambito di un sistema dinamico di acquisizione, per l'affidamento dell'appalto specifico n. 29 inerente la co-progettazione della gestione della R.S.A. "Maestrini" di Arezzo.

In particolare, l'impugnativa investe le determinazioni mediante le quali la stazione appaltante ha selezionato quale partner la controinteressata Koinè e ha dato avvio alla "seconda fase" della procedura di co-progettazione.

Secondo la prospettazione di Reses, l'offerta della controinteressata presenterebbe mancanze tali da imporne in radice l'esclusione dalla gara. Dal canto suo, con il proprio ricorso incidentale anche Koinè fa valere censure volte, in prima battuta, a ottenere l'esclusione della ricorrente principale. Poiché il collegio non sarebbe esonerato dall'esame del ricorso incidentale anche nell'eventualità di accoglimento del ricorso principale, nell'ordine logico delle questioni è preferibile prendere le mosse da quest'ultimo e dai connessi motivi aggiunti.

2.1. Con il primo motivo di ricorso, Reses – premesso che la controinteressata ha dichiarato di partecipare alla procedura come operatore singolo, salvo presentare un progetto tecnico attestante la sua partecipazione in costituendo raggruppamento con il consorzio di cooperative Coob – sostiene che Koinè avrebbe dovuto essere esclusa per non avere indicato la esatta forma di partecipazione alla gara e, comunque, per avere impedito alla stazione appaltante di eseguire i necessari controlli, omettendo di corredare l'offerta del DGUE di Coob. La carenza sarebbe essenziale e non sanabile mediante soccorso istruttorio. Oltretutto il possesso dei requisiti di ordine generale, al momento dell'aggiudicazione, sarebbe richiesto espressamente dalla stessa *lex*

specialis e una diversa soluzione sarebbe contraria all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016.

Con il secondo motivo, Reses lamenta che l'esclusione di Koinè sarebbe stata doverosa anche sotto il profilo della falsità delle dichiarazioni rese ai fini della partecipazione, ai sensi dell'art. 80 co. 5 lett. *f-bis* del d.lgs. n. 50/2016. La controinteressata non avrebbe fatto menzione alcuna, nel DGUE, della sua partecipazione alla gara come costituendo raggruppamento con Coob, nonostante fosse indubbio, sotto il profilo del perimetro degli oneri dichiarativi tracciato dalla legge di gara, il preciso dovere di dichiarare tale circostanza.

Con il terzo motivo, la ricorrente principale deduce che le false dichiarazioni contenute nel DGUE comporterebbero l'esclusione di Koinè anche in relazione alla lettera *c-bis*) dell'art. 80 co. 5 d.lgs. n. 50/2016, stante la loro attitudine a influenzare le decisioni della stazione appaltante.

Con il motivo aggiunto proposto nei confronti dell'atto conclusivo della procedura (*rectius*: della "prima fase" della procedura), Reses contesta alla stazione appaltante di aver effettuato i controlli previsti dal d.lgs. n. 50/2016 solamente sulla controinteressata e non anche sull'altro operatore economico coinvolto nell'esecuzione dell'appalto, cioè il consorzio Coob. Tale condotta sarebbe contraria, ancora una volta, anche alla legge di gara, con specifico riferimento agli artt. 7 e 8 del disciplinare del sistema dinamico di acquisizione, richiamato dalla lettera di invito all'appalto specifico in questione.

Koinè eccepisce in via pregiudiziale l'inammissibilità dei motivi aggiunti, sostenendo che l'atto conclusivo della procedura sarebbe sprovvisto di autonomia provvedimentale.

Con difese nella sostanza sovrapponibili, la controinteressata ed E.S.T.A.R. replicano poi, nel merito, che la procedura si sarebbe svolta nel rigoroso rispetto delle scansioni disegnate dalla legge di gara. Gli atti impugnati avrebbero definito solo la prima fase della co-progettazione, istituto di

partenariato pubblico-privato tipico degli affidamenti nel c.d. **Terzo Settore**, ed a questa fase Koinè avrebbe partecipato in veste di operatore singolo, ancorché futuro capofila del costituendo raggruppamento con Coob. I controlli sui requisiti degli altri operatori coinvolti nel progetto sarebbero espressamente deferiti dalla *lex specialis* alle fasi successive del procedimento, dedicate alla co-pianificazione e alla stipula del contratto, con la conseguenza che l'offerta della controinteressata non presenterebbe lacune, tantomeno insanabili, e che la stazione appaltante non sarebbe stata tenuta a effettuare controlli in un momento anteriore, come indebitamente preteso dalla ricorrente principale.

2.1.1. Il ricorso principale è infondato.

L'art. 55 del d.lgs. n. 117/201 chiama le amministrazioni pubbliche ad assicurare, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività connotati dal perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, il coinvolgimento attivo degli enti del "**Terzo Settore**" attraverso forme di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento poste in essere nel rispetto delle regole e dei principi generali che governano l'azione amministrativa, oltre che delle discipline dettate per specifici procedimenti.

La co-progettazione costituisce, dunque, una delle metodologie ordinariamente utilizzabili per l'attivazione di rapporti di collaborazione con gli enti del **Terzo Settore**, come riconosciuto dalle linee guida ministeriali approvate con decreto del 31 marzo 2021, le quali, alla luce della prassi, ammettono per le amministrazioni interessate la duplice possibilità di attivare tavoli di co-progettazione con tutti i soggetti muniti dei requisiti richiesti dagli avvisi di indizione della procedura, ovvero con i soli enti selezionati all'esito di una procedura di tipo competitivo.

Nel caso di specie, E.S.T.A.R. ha optato per la seconda soluzione, indicando – tra gli operatori ammessi a un sistema dinamico di acquisizione – una procedura selettiva destinata a premiare il progetto di co-programmazione

giudicato di migliore qualità, in analogia con l'aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa individuata in base a soli criteri qualitativi ai sensi dell'art. 95 co. 7 d.lgs. n. 50/2016.

La scelta appare in linea con le indicazioni ministeriali e comunque Reses non mette in discussione la legittimità della *lex specialis* del procedimento, composta dall'avviso contenente l'invito a offrire indirizzato agli operatori ammessi al S.D.A. e dal disciplinare dello stesso S.D.A..

A essere in discussione sono, infatti, le valutazioni effettuate da E.S.T.A.R. in dichiarata applicazione delle regole di gara. Queste identificano tre fasi della co-progettazione, che nella lettera di invito sono così declinate:

- fase 1 della “co-programmazione – selezione del partner”, nella quale tutti gli operatori economici ammessi al sistema “*sono invitati a partecipare all'Appalto Specifico per la coprogettazione, come OPERATORI SINGOLI... L'invito è rivolto a soggetti singoli, Consorzi compresi, che siano in grado di svolgere i servizi alla persona, che potranno partecipare in qualità di futuri capofila di RTI o di intestatari della soggettività giuridica di un contratto di rete o in forma mista... I candidati sono chiamati a progettare un'adeguata co-programmazione del servizio che intendono offrire, per il perseguimento delle finalità della co-progettazione: in tal senso le parti, pubblica e privata, offrono ciò che sono disposte a mettere a disposizione del servizio, in termini di risorse e di know-how... Il concorrente primo in graduatoria, individuato come sopra, accede alla fase successiva di co-pianificazione*”;
- fase 2 della “co-pianificazione pubblico-privato”, nella quale le parti “*condividono il percorso per attuare quanto programmato... Il partner privato, in questa fase, istituzionalizza i rapporti con i suoi partner: costituisce l'RTI, sceglie le consorziate, individuati i soggetti in rete o si organizza in forme miste*”;
- fase 3 della stipula del contratto.

Parimenti di rilievo, ai fini della decisione, è il disciplinare del S.D.A. nelle parti in cui stabilisce che il possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 “*sarà verificato al momento dell'aggiudicazione degli appalti specifici*” (par. 7, pag. 9), e che è “*onere dell'affidatario dimostrare il possesso dei requisiti ex art. 80, da*

parte dei soggetti suoi collaboratori, fatta eccezione per i soggetti già titolari di contratti pubblici” (par. 8, pag. 11).

Il combinato disposto delle previsioni appena richiamate mostra la chiara volontà di E.S.T.A.R. di selezionare quale proprio partner un operatore singolo, eventualmente anche un consorzio, fra quelli ammessi al S.D.A.. In questo senso sono inequivocabili le espressioni contenute nella lettera di invito, le quali precisano altresì che la selezione del concorrente titolare del progetto tecnico giudicato qualitativamente migliore chiude la prima fase della procedura (*“Gli operatori ammessi al sistema sono invitati come... operatori singoli... L’invito è rivolto a soggetti singoli... Il concorrente primo in graduatoria, individuato come sopra, accede alla fase successiva di co-pianificazione”*).

Questo non toglie che ai concorrenti è stato consentito di prefigurare lo svolgimento del servizio insieme ad altri operatori, nella veste del futuro raggruppamento temporaneo di imprese o in forza di idonei rapporti contrattuali da stipulare. Ancora una volta, il tenore della lettera di invito non lascia adito a dubbi circa tale prerogativa, il cui esercizio si traduce nella facoltà di redazione di progetti di co-programmazione che ripartiscono le prestazioni oggetto di affidamento fra il concorrente ed altri operatori; con la precisazione che il perfezionamento (la “istituzionalizzazione”) dei rapporti contrattuali fra il concorrente ed i suoi (futuri) partner si colloca nella seconda fase della procedura, come parimenti risulta dalla lettera di invito.

In altri termini, la lettera di invito da un lato esige la partecipazione degli operatori in forma individuale, onde consentire alla stazione appaltante di selezionare un unico partner della co-progettazione; dall’altro, autorizza la presentazione di progetti che prevedano la collaborazione del concorrente con altri operatori, in virtù di rapporti contrattuali da perfezionare nella fase successiva alla selezione del progetto migliore.

Correlativamente, i controlli sul possesso dei requisiti di ordine generale si collocano al momento dell’aggiudicazione per il concorrente vincitore, e nella

seconda fase della procedura per i suoi eventuali partner, come da disciplinare del S.D.A..

Aderendo a tale impostazione, la controinteressata ha partecipato individualmente alla procedura, presentando il proprio DGUE unitamente al progetto tecnico nel quale manifesta l'intenzione di dare vita a un R.T.I. con il consorzio Coob.

Con altrettanta coerenza, rispetto al percorso delineato dalla *lex specialis*, E.S.T.A.R. ha escluso che vi siano contraddizioni fra il prospettato svolgimento del servizio in forza associata e la partecipazione quale operatore individuale, ed ha eseguito i controlli *ex art. 80 d.lgs. n. 50/2016* sul DGUE della sola Koinè, rinviando alle fasi successive l'eventuale controllo sui requisiti di Coob.

In definitiva, al contrario di quanto sostenuto dalla ricorrente principale, l'offerta di Koinè non presenta alcuna carenza, né formale, né sostanziale, atteso che essa identifica con esattezza il concorrente (singolo), consentendo alla stazione appaltante di eseguire immediatamente le necessarie verifiche, come pure identifica con esattezza l'altro operatore (Coob) designato a eseguire una parte delle prestazioni contrattuali e destinato, in quanto tale, ad essere sottoposto alle verifiche di E.S.T.A.R. nel caso di passaggio alla seconda fase della procedura e di perfezionamento del costituendo rapporto di partnership, intorno al quale Koinè ha costruito il proprio progetto tecnico. Ne discende la totale infondatezza non soltanto del primo, ma anche del secondo e del terzo motivo di ricorso, non potendosi nemmeno imputare alla controinteressata di avere reso dichiarazioni false o decettive.

2.1.2. Analoghe conclusioni valgono per i motivi aggiunti proposti nei confronti dell'atto con cui E.S.T.A.R. ha dichiarato conclusa la prima fase della procedura, dando il via alla seconda. Non occorre pertanto intrattenersi sull'eccezione di inammissibilità sollevata da Koinè.

Una volta individuato l'operatore singolo vincitore della prima fase della procedura, a evidenza pubblica, E.S.T.A.R. ha dato il via alla seconda fase

della co-pianificazione, dedicata fra l'altro alla costituzione del raggruppamento temporaneo preannunciato da Koinè in sede di partecipazione alla gara. Ed è solo all'esito di tale fase, e prima della stipula del contratto, che dovrà essere dimostrato anche in capo all'altro componente del raggruppamento, Coob, il possesso dei requisiti di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016.

Come si è visto, il paragrafo 8 del disciplinare del S.D.A. onera di tale dimostrazione "l'affidatario", vale a dire il concorrente vincitore della selezione pubblica, il che non significa che E.S.T.A.R. non sia tenuto a effettuare le corrispondenti verifiche, a maggior ragione laddove il partner dell'affidatario sia un soggetto già titolare di contratti pubblici, come nel caso di Coob (in tale evenienza, il disciplinare esonera l'affidatario dalla dimostrazione, ma è pur sempre la stazione appaltante a doversi accertare che l'operatore indicato quale partner dell'affidatario e già titolare di contratti pubblici permanga nel possesso dei requisiti che gli hanno consentito di contrattare con la P.A.).

Si tratta, in ogni caso, di verifiche che non pertengono alla fase della scelta dell'operatore affidatario della co-progettazione e la cui mancata esecuzione non vizia, pertanto, gli atti impugnati in questa sede.

3. In forza delle considerazioni esposte, il ricorso introduttivo e i connessi motivi aggiunti vanno respinti, ciò che comporta, in applicazione del principio della ragione più liquida, l'improcedibilità per difetto di interesse del ricorso incidentale spiegato dalla controinteressata.

3.1. Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza della ricorrente principale nei confronti di E.S.T.A.R. e della controinteressata Koinè.

Nulla è dovuto per le spese nei rapporti fra Reses e l'Azienda U.S.L. Toscana Sud Est, non costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso principale e i connessi motivi aggiunti, per l'effetto dichiarando improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna la Cooperativa Sociale Consortile Onlus Residenze Sociali e Sanitarie Società (Reses) alla rifusione delle spese processuali, che liquida in euro 4.000,00, oltre agli accessori di legge, in favore di ciascuna parte resistente, con l'aggiunta del rimborso del contributo unificato relativo al ricorso incidentale in favore della controinteressata.

Nulla per le spese nei rapporti fra la ricorrente e l'Azienda U.S.L. Toscana Sud Est.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

Silvia De Felice, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Pierpaolo Grauso

IL PRESIDENTE
Eleonora Di Santo

IL SEGRETARIO