

APPALTI - LEX SPECIALIS - OFFERTA TECNICA - PUNTEGGIO - PREVALENZA CRITERIO ON/OFF - VANIFICAZIONE ELEMENTO QUALITATIVO - ILLEGITTIMITA'

È illegittima la previsione nella lex specialis di criteri di valutazione incentrati prevalentemente sul cd. metodo "on/off", abbinata ad una attribuzione del punteggio sulla base della semplice (e generica) dichiarazione da parte del concorrente di offrire ulteriori ore oltre a quelle previste dal capitolato o di impiegare strumenti di autovalutazione del servizio, qualora tale scelta attribuisca una efficacia decisiva al solo elemento prezzo e determini una vanificazione dell'elemento qualitativo dell'offerta.

TAR Toscana, Firenze, Sez. I, sentenza n. 289/2020

Publicato il 06/03/2020

N. 00289/2020 REG.PROV.COLL.

N. 01255/2019 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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1255 del 2019, proposto da Cooperativa Sociale Pane e Rose Onlus, Alice Cooperativa Sociale, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Luisa Gracili, Carolina Picchiotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luisa Gracili in Firenze, via dei Servi n. 38;

contro

Comune di Prato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Elena Bartalesi, Paola Tognini, Stefania Logli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Social Servizi Soc. Coop. Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giangaetano Rosciano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale n. 2496 del 2 settembre 2019 del Comune di Prato di aggiudicazione della gara d'appalto relativa all'affidamento della gestione del servizio di sostegno educativo nei nidi e nelle scuole dell'infanzia comunali paritarie - Cig. 7878228768 – e di tutti i suoi allegati,

- del bando, del disciplinare e del capitolato,

- dei verbali di gara, nonché di tutti gli atti connessi presupposti e conseguenti ivi compresi anche quelli endoprocedimentali;

e, laddove occorra, per la declaratoria di inefficacia del contratto - ancorché sconosciuto - eventualmente nelle more già stipulato;

nonché per la condanna al risarcimento dei danni, causati per l'illegittimità dei provvedimenti assunti, in forma specifica ovvero (in subordine) per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Prato e di Social Servizi Soc. Coop. Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 febbraio 2020 il consigliere Luigi Viola e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Cooperativa sociale Pane e Rose ONLUS partecipava, in R.T.I. con la Alice cooperativa sociale (che assumeva la qualifica di mandante), alla procedura di gara indetta dal Comune di Prato con determinazione dirigenziale 10 maggio 2019, n. 1275 e relativa all'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di sostegno educativo nei nidi e nelle scuole dell'infanzia paritarie comunali (servizio denominato "Cipi – sostiene"), per un periodo di 36 mesi; all'esito delle operazioni di gara, si classificava in terza posizione (con 62,959 punti), dietro alla Cooperativa Sociale Quadrifoglio S.C. Onlus con 71,039 punti ed alla Social servizi Società Cooperativa Sociale (che conseguiva 100 punti) e la procedura era pertanto definitivamente aggiudicata alla Social servizi Società Cooperativa Sociale dalla determinazione 2 settembre 2019, n. 2496 del Servizio Pubblica Istruzione e Sport del Comune di Prato.

Gli atti meglio specificati in epigrafe erano impugnati dalle ricorrenti, sulla base di articolata censura di violazione dell'art. 95 del d.lgs 50/2016, violazione dell'art. 67 della direttiva 24/2014/UE, eccesso di potere per irragionevolezza ed illogicità, violazione del principio di buon andamento (art. 97 Cost.), eccesso di potere per violazione delle Linee Guida ANAC n. 2/2016 aggiornate con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018, violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza ed adeguatezza; con il ricorso era altresì richiesta la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con la controinteressata ed il risarcimento dei danni in forma specifica (mediante rinnovazione della gara) o per equivalente.

Si costituivano in giudizio l'Amministrazione comunale di Prato e la controinteressata, controdeducendo sul merito del ricorso; la controinteressata articolava altresì eccezioni preliminari di inammissibilità e irricevibilità per tardività del ricorso.

In via preliminare, la Sezione deve rilevare come nessuna rilevanza possa essere attribuita alle eccezioni preliminari di inammissibilità ed irricevibilità del ricorso, articolate dalla difesa della controinteressata.

In linea generale, appare di immediata evidenza come le ricorrenti agiscano in giudizio in qualità di operatori del settore (peraltro concretamente interessate alla procedura di gara, come dimostra la loro partecipazione in R.T. alla procedura) nella prospettiva esclusiva della demolizione integrale della gara, a partire dalle disposizioni della *lex specialis* relative alla valutazione dell'offerta tecnica e, quindi, della rinnovazione integrale della procedura.

In una simile prospettiva finalizzata alla rinnovazione della procedura, appare pertanto di tutta evidenza come risulti del tutto inutile il richiamo operato dalla difesa della controinteressata dei principi relativi alla cd. prova di resistenza ed ogni argomentazione relativa alla posizione in graduatoria della ricorrente (che, come già rilevato, è solo in terza posizione) che attengono alla ben diversa fattispecie di chi faccia valere l'interesse all'aggiudicazione in proprio favore della procedura e non all'integrale demolizione della stessa (in questo senso, si veda, tra le tante, la recente Cons. Stato sez. V, 5 novembre 2019, n. 7557).

Del pari insuscettibile di accoglimento risulta poi l'ulteriore eccezione relativa alla tardività delle censure proposte da parte ricorrente che, investendo la stessa strutturazione della gara (in particolare, l'attribuzione di una parte relevantissima del punteggio riservato al merito tecnico dell'offerta), avrebbero dovuto essere proposte nel termine di decadenza decorrente dalla pubblicazione della *lex specialis* della procedura e non a valle dell'aggiudicazione.

A questo proposito, la Sezione ritiene di non doversi discostare dall'intervento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, peraltro orientato in maniera sostanzialmente differente dai precedenti della Terza Sezione di questo T.A.R. richiamati dalla difesa della controinteressata) che

ha affrontato le tormentate problematiche (in realtà, speculari e collegate) della possibilità, per un concorrente che non abbia partecipato alla gara, di impugnare gli atti della procedura e del termine di proposizione delle censure che importino la contestazione di clausole della *lex specialis* relative alla stessa strutturazione della gara e non solo della relativa applicazione data alle stesse dagli organi della procedura.

Decidendo la prima problematica, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha concluso (sulla base di una serie di argomenti ben radicati anche sul diritto comunitario) escludendo che un «soggetto che non abbia presentato la domanda di partecipazione alla gara sia legittimato ad impugnare clausole del bando che non siano "escludenti", dovendosi con tale predicato intendersi quelle che con assoluta certezza gli precludano l'utile partecipazione» (Cons. Stato ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, punto 18.5 della motivazione); del tutto specularmente, il sopra citato intervento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha poi riaffermato, sulla base di plurime ragioni sistematiche e di ordine pratico, «il consolidato principio secondo il quale le clausole del bando che non rivestono certa portata escludente devono essere impuginate dall'offerente unitamente all'atto conclusivo della procedura di gara» (Cons. Stato ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, punto 19.2.5).

L'onere di immediata impugnazione investe pertanto solo le previsioni caratterizzate da «certa portata escludente» e non le fattispecie (come quella che ci occupa) in cui la lesività delle clausole di bando in materia di valutazione dell'offerta tecnica si è manifestata solo a seguito dell'aggiudicazione alla controinteressata, non essendo certo possibile escludere che, pur in presenza di una strutturazione di gara di incerta e sicuramente di illegittima formulazione, l'aggiudicazione potesse essere comunque conseguita anche dalla ricorrente.

L'azione di annullamento proposta con il ricorso è poi fondata e deve pertanto essere accolta.

Decidendo la problematica relativa alla possibilità, per la Stazione appaltante, di prevedere l'attribuzione del punteggio relativo al merito tecnico dell'offerta secondo modalità di tipo *on/off* (vale a dire, sulla base di criteri oggettivi il cui possesso o mancato possesso determina l'attribuzione del punteggio), una giurisprudenza del Consiglio di Stato pienamente condivisa dalla Sezione ha considerato tale scelta ammissibile in linea di principio (sostanzialmente riportandola alla possibilità, per la Stazione appaltante, di predeterminare i "pesi" rispettivi di ciascun elemento di valutazione dell'offerta tecnica), purché però tale scelta non risulti <<manifestamente irragionevole, irrazionale, sproporzionata o illogica>> (Cons. Stato sez. V, 30 aprile 2018, n. 2602; sostanzialmente nello stesso senso, anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 23 dicembre 2019, n. 14749, relativa ad appalto di pulizie, ma pienamente estensibile alla materia che ci occupa). Si tratta di una soluzione della problematica che risulta sostanzialmente in linea con la possibilità, per le Stazioni appaltanti, di ricorrere, <<per le forniture e per taluni servizi, ovvero quando non è necessario esprimere una valutazione di natura soggettiva, ... (a) sistemi di attribuzione del punteggio a base tabellare o del punteggio assoluto. In questo caso, sarà la presenza o assenza di una data qualità e l'entità della presenza, che concorreranno a determinare il punteggio assegnato a ciascun concorrente per un determinato parametro>> richiamata dalle Linee Guida n. 2 in materia di Offerta economicamente più vantaggiosa approvate con la delibera n. 1005 del 21 settembre 2016 (e aggiornate con la delibera n. 424 del 2 maggio 2018) dell'A.N.A.C. che hanno altresì rilevato come tale scelta risulti legittima a patto di <<consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo>>.

Nel caso di specie, l'esame dell'art. 18 del disciplinare di gara e del modulo di presentazione dell'offerta tecnica predisposto dall'amministrazione comunale di Prato evidenziano come la Stazione appaltante abbia prescelto la modalità *on/off* per la valutazione degli elementi C1, C3 e C6 dell'offerta tecnica (per un totale di 47 punti sui 70 complessivi riservati all'elemento tecnico) e una tecnica maggiormente flessibile ed ordinata su diversi "scaglioni" di valutazione della prestazione offerta con riferimento ai criteri C2, C4 e C5 (che coprono i restanti 23 punti riservati al merito tecnico).

Il ricorso assolutamente massiccio al criterio *on/off* (che già potrebbe portare a dubitare della legittimità complessiva della strutturazione della gara, essendosi limitata la Stazione appaltante a generiche considerazioni in ordine alle presunte ragioni che legittimerebbero il ricorso ad un simile criterio, pur in presenza di un servizio sociale ed educativo, già in radice fortemente caratterizzato da variabili che avrebbero certamente trovato migliore considerazione attraverso il ricorso ad un sistema più flessibile di attribuzione del punteggio) è però reso ulteriormente più problematico da una strutturazione del punteggio relativo ai criteri C3-“Impiego di ulteriori ore non frontali, oltre a quelle previste dal capitolato, a carico dell'appaltatore” e C6-“Impiego di strumenti di autovalutazione del servizio” in cui l'attribuzione del punteggio deriva dalla semplice (e generica) dichiarazione da parte del concorrente di offrire ulteriori ore oltre a quelle previste dal capitolato o di impiegare strumenti di autovalutazione del servizio, senza alcuna indicazione di quante siano queste ore e di quali siano (e con quale frequenza siano messi in opera; ecc.) gli strumenti di autovalutazione del servizio; in buona sostanza, risulta pertanto completamente indifferente quante ore aggiuntive offra il singolo concorrente (o quali sistemi di autovalutazione e con quale frequenza utilizzi), apparendo del tutto sufficiente l'autodichiarazione in ordine all'offerta della prestazione aggiuntiva, così dando vita ad un sistema che, alla fine, premia nella

stessa misura offerte molto diverse e nullifica sostanzialmente il detto punteggio (spesso posseduto da tutti i concorrenti nella stessa ed indifferenziata misura), attribuendo efficacia decisiva (o assolutamente prevalente) al solo elemento prezzo.

Con riferimento a ben 29 punti dei 70 riservati all'offerta tecnica, siamo pertanto in presenza di un'altra "particolarità" della gara in questione, in cui, <<per effetto della combinazione del previsto metodo di attribuzione dei punteggi "on/off" con la mancata previsione dell'obbligo di allegare documentazione tecnica a corredo dell'offerta e con la mancata nomina di una commissione incaricata di verificare quanto dichiarato dai concorrenti...l'impostazione della *lex specialis* ha, di fatto, vanificato la valutazione dell'elemento qualitativo, perché tutti i concorrenti hanno dichiarato il possesso delle caratteristiche richieste per i dispositivi offerti in gara, così ottenendo il massimo punteggio tecnico previsto (70 punti), con l'effetto di trasformare il criterio di aggiudicazione prescelto dalla *lex specialis* in quello del prezzo più basso (perché l'unico elemento determinante per l'aggiudicazione dell'appalto in contestazione è risultato il prezzo offerto da ciascun corrente) e di rinviare alla fase della stipula e/o dell'esecuzione del contratto la verifica di quanto dichiarato dal concorrente aggiudicatario in merito alle caratteristiche del dispositivo offerto in gara, così unificando due momenti (quello relativo alla gara vera e propria e quello del controllo del prodotto offerto dal concorrente aggiudicatario) che la legislazione in materia di contratti pubblici vuole e tiene autonomi e distinti. Coglie, quindi, nel segno la ricorrente quando afferma che la *lex specialis* è viziata da eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza>> (T.R.G.A. Trento, 29 ottobre 2019, n. 140, punto 2 della motivazione).

In maniera sostanzialmente non dissimile dalla fattispecie decisa da T.R.G.A. Trento, 29 ottobre 2019, n. 140 siamo pertanto in presenza di una *lex specialis* evidentemente caratterizzata da una manifesta illogicità ed irragionevolezza,

prevedendo l'attribuzione di una parte molto rilevante del punteggio relativo al merito tecnico dell'offerta (29 punti su 70) sulla base di una strutturazione che non prevede alcuna valutazione della consistenza ed effettività delle prestazioni offerte, apparendo del tutto sufficiente la generica autodichiarazione in ordine all'offerta della prestazione.

Quanto sopra rilevato impone l'annullamento di tutti gli atti di gara, a partire dalla *lex specialis* della procedura e la riedizione integrale della procedura; risultano pertanto assorbite tutte le altre censure proposte da parte ricorrente, compresa anche quella relativa alla violazione dell'art. 95, comma 14-*bis* del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 che risulta di impossibile valutazione in un contesto in cui non risulta neanche sicuro se prestazioni aggiuntive siano state realmente offerte dai concorrenti ed in quale misura.

L'azione di annullamento deve pertanto essere accolta come sopra rilevato; non possono, al contrario, trovare accoglimento l'azione di inefficacia del contratto (non essendo dimostrata in giudizio la stipulazione del contratto, ma solo l'affidamento anticipato del servizio, come peraltro affermato solo dall'Amministrazione comunale di Prato), l'azione di risarcimento del danno in forma specifica (che risulta assorbita dalla necessità di rifacimento integrale della gara derivante dall'annullamento di tutti gli atti impugnati) e l'azione di risarcimento del danno per equivalente (genericamente proposta, ma non provata nel suo ammontare).

Le spese seguono la soccombenza e devono essere poste a carico del solo Comune di Prato e liquidate, come da dispositivo; sussistono ragioni per procedere alla compensazione delle spese di giudizio nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, come da motivazione e, per l'effetto:

a) dispone l'annullamento di tutti gli atti impugnati, a decorrere dagli atti di indizione della gara;

b) respinge le altre domande, come da motivazione.

Condanna l'Amministrazione comunale di Prato alla corresponsione a parte ricorrente della somma di € 4.000,00 (quattromila/00), oltre ad IVA e CAP, a titolo di spese del giudizio.

Compensa le spese di giudizio nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 26 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente

Luigi Viola, Consigliere, Estensore

Raffaello Gisondi, Consigliere

L'ESTENSORE

Luigi Viola

IL PRESIDENTE

Manfredo Atzeni

IL SEGRETARIO