

Pubblicato il 25/06/2018

N. 00924/2018 REG.PROV.COLL.  
N. 00204/2018 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 204 del 2018, proposto da Residenze Sociali e Sanitarie Soc. Coop. Cons. Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Alboni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Linda Cardinali in Firenze, via XX Settembre 128;

*contro*

Comune di Monte San Savino, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Gabriele Parigi, Stefano Pasquini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio legale Capecchi e associati in Firenze, via G. La Pira 17;

*nei confronti*

Progetto 5 – Società Cooperativa Sociale – Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato

Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, piazza Isidoro del Lungo n. 1;

*per l'annullamento*

della determina di aggiudicazione "definitiva" n. 47 del 16 gennaio 2018, trasmessa in data 24 gennaio, con la quale il Comune di Monte San Savino disponeva di "aggiudicare in via definitiva, ai sensi dell'art. 32, co. VII, d. lgs n. 50/2016, il servizio di assistenza domiciliare alla Cooperativa Sociale Progetto 5" nonché, per quanto occorrer possa, della determina n. 779 del 15.12.2007 e del verbale di approvazione delle offerte e redazione della graduatoria della gara, nonché di ogni altro atto connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Monte San Savino e di Progetto 5 – Società Cooperativa Sociale – Onlus;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 giugno 2018 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

L' Agorà soc. coop (successivamente divenuta, a seguito di fusione per incorporazione, Residenze Sociali e Sanitarie Società Cooperativa Sociale Consortile Onlus) partecipava alla procedura di gara indetta dal Comune di Monte San Savino, con bando del 29 settembre 2017 e relativa all'affidamento del servizio di assistenza domiciliare destinato ad anziani, minori disabili in condizioni di parziale o totale

non autosufficienza, nonché nuclei familiari con componenti a rischio di emarginazione, per una durata triennale; all'esito della procedura di valutazione delle offerte (condotta secondo il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa e gestita attraverso il sistema regionale S.T.A.R.T.) si classificava in seconda posizione, con punti 91,54 dietro all'aggiudicataria Progetto 5 Società Cooperativa ONLUS con punti 94,84.

In data 16 dicembre 2017, riceveva, tramite il sistema S.T.A.R.T., comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria della procedura; la relativa determinazione non era però pubblicata sulla piattaforma regionale o comunicata alla ricorrente.

Non ricevendo ulteriori comunicazioni, la ricorrente presentava richiesta di accesso ed acquisiva così cognizione, solo in data 25 gennaio 2018, delle determinazioni di aggiudicazione definitiva 16 gennaio 2018 n. 47 del Responsabile del Settore II del Comune di Monte San Savino.

Con il presente ricorso, la Residenze Sociali e Sanitarie Società Cooperativa Sociale Consortile Onlus impugna pertanto la deliberazione di aggiudicazione definitiva della procedura, unitamente alla determinazione 15 dicembre 2017, n. 779 e a tutti gli atti di gara, sulla base di unica censura di violazione della *lex specialis* della procedura, eccesso di potere per difetto di presupposti, travisamento di fatti e contraddittorietà, manifesta, violazione del principio di imparzialità; con il ricorso sono altresì richiesti la declaratoria del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria e l'eventuale subentro nel contratto.

Si costituivano in giudizio l'Amministrazione comunale di Monte San Savino e la controinteressata che controdeducevano sul merito

del ricorso; l'Amministrazione comunale di Monte San Savino sollevava altresì eccezioni preliminari di irricevibilità del ricorso per tardiva impugnazione della determinazione 15 dicembre 2017, n. 779 e inammissibilità.

Con ordinanza 218 febbraio 2018, n. 119, la Sezione rilevava la sussistenza di probabili profili di fondatezza del gravame ed accoglieva l'istanza cautelare nelle forme previste dall'art. 55, 10° comma del c.p.a., fissando la pubblica udienza di decisione del ricorso al 13 giugno 2018.

In via preliminare, la Sezione deve rilevare come non possa trovare seguito la richiesta della controinteressata relativa alla necessità di non attribuire considerazione alla memoria di replica della ricorrente (il cui deposito, risulterebbe inammissibile, non essendo stata preceduto dal deposito della memoria conclusionale).

A questo proposito, la Sezione non ha, infatti, motivo di discostarsi dall'orientamento giurisprudenziale che ha rilevato come <<nel processo amministrativo la facoltà di replica discend(a) in via diretta dall'esercizio della correlata facoltà di controparte di depositare memoria difensiva nel termine di trenta giorni prima dell'udienza di merito, con la conseguenza che ove quest'ultima facoltà non sia stata esercitata, non può consentirsi la produzione di memoria definita di replica dilatando il relativo termine di produzione>> (Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5676; T.A.R. Sicilia, Catania, (Sicilia), sez. III, 31 luglio 2017, n. 1983); nel caso di specie, sia la Stazione appaltante, sia la controinteressata hanno depositato memorie conclusionali in vista dell'udienza di merito, così legittimando la ricorrente a controdedurre con la memoria di replica che oggi viene infondatamente ritenuta inammissibile.

In via preliminare, deve rilevarsi come non possa essere attribuita alcuna rilevanza all'eccezione preliminare di irricevibilità del ricorso per tardiva impugnazione della determinazione 15 dicembre 2017, n. 779 proposta dalla difesa del Comune di Monte San Savino.

A prescindere dal fatto che nella presente fattispecie non risulta per nulla rispettata la previsione in materia di informazione agli offerenti prevista dall'art. 76 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, appare assolutamente inconferente il riferimento ad una determinazione (la determinazione 15 dicembre 2017, n. 779 del Responsabile del II Settore del Comune di Monte San Savino) che risulta espressamente qualificata in termini di aggiudicazione provvisoria e non definitiva (quindi in termini sostanzialmente divergenti dalla nuova strutturazione prevista dai commi 5 e 7 dell'art. 32 del d.lgs. 50/2016) e non risulta neanche pubblicata sul profilo della Stazione appaltante o sul sistema S.T.A.R.T.; l'invio al partecipante alla gara, in data 15 dicembre 2017, di una comunicazione relativa ad un'aggiudicazione provvisoria della procedura non meglio specificata e non pubblicata sul sistema o accessibile secondo le modalità previste dall'art. 29, 1° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 non può pertanto valere a determinare la tardività del gravame che risulta tempestivamente proposto avuto riguardo alla data di effettiva conoscenza delle determinazioni impuginate, a seguito dell'esercizio del diritto di accesso.

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

Il disciplinare di gara prevede, a pag. 9, una previsione relativa all'attribuzione dei 20 punti relativi all'elemento prezzo che non è

inutile riportare integralmente: <<Alle offerte economiche sarà attribuito un coefficiente in base alla formula che segue:

$$V(a)_i = R_a/R_{max}$$

dove:

$R_a$  = Ribasso offerto dal concorrente (a)  $R_{max}$  = Ribasso dell'offerta più conveniente

Il punteggio all'offerta economica sarà attribuito (automaticamente calcolato dal Sistema START), con il sistema dell'”interpolazione lineare” (sul sistema START definito: “sistema della proporzionalità inversa”), ovvero secondo la seguente:

Formula:  $P_i = (R_i/R_{max})$  Dove:  $P_i$ = Punteggio assegnato al concorrente i-esimo;  $R_i$ = Ribasso percentuale offerto dal concorrente i-esimo;  $R_{max}$ = ribasso percentuale dell'offerta più conveniente>>.

Con tutta evidenza, il sistema di aggiudicazione indicato è quindi quello definito dalla *lex specialis* della procedura come dell'”interpolazione lineare”, chiaramente specificato dall'espressa previsione della formula di calcolo del coefficiente (che assume valore dirimente ai fini che ci occupano); in buona sostanza, si tratta pertanto proprio della formula che porta all'aggiudicazione della procedura alla ricorrente (profilo fattuale incontestato e che può essere utilizzato dal Giudicante ex art. 64, 2° comma c.p.a.); per di più la previsione del disciplinare di gara si è poi premurata di operare una precisazione ulteriore in ordine al fatto che sul sistema S.T.A.R.T. (evidentemente per errore) fosse stato indicato il diverso sistema della cd. “proporzionalità inversa”.

Con tutta evidenza, si tratta pertanto di una precisazione che viene a superare ogni discussione in ordine alle indicazioni presenti sul

sistema S.T.A.R.T. (evidentemente superate e corrette dalla chiara previsione del disciplinare) o sulla presunta contraddittorietà del sistema di attribuzione del punteggio previsto dal disciplinare che non opera per nulla un riferimento a due sistemi incompatibili, ma solo alla formula espressamente individuata, con l'ulteriore correzione dell'erronea indicazione del sistema della proporzionalità inversa presente nel sistema S.T.A.R.T.

Il chiaro riferimento al fatto che si tratti di un coefficiente (evidentemente da applicare sui 20 punti previsti con riferimento all'elemento prezzo) toglie poi ogni rilevanza all'eccezione in ordine all'"inesatto" calcolo del punteggio riportato in ricorso articolata dalla difesa della controinteressata che non assume alcuna consistenza.

In definitiva, l'azione di annullamento deve essere accolta e deve essere disposto l'annullamento degli atti impugnati; al contrario, non possono trovare accoglimento l'azione di declaratoria dell'inefficacia del contratto (non essendo documentata in giudizio la conclusione del contratto) e l'azione di subentro, sia per quanto già rilevato in ordine alla mancata dimostrazione della conclusione del contratto, sia alla luce dell'evidente necessità di procedere alle dovute verifiche in ordine al possesso dei requisiti in capo all'ONLUS incorporante l'originaria partecipante alla procedura ed all'eventuale anomalia dell'offerta (ed in questa prospettiva resta completamente assorbita l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa del Comune di Monte San Savino, radicata sulla necessità di sottoporre alla verifica di anomalia anche l'offerta della dante causa della ricorrente).

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e devono essere liquidate, come da dispositivo.

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, dispone l'annullamento di tutti gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Monte San Savino alla corresponsione alla ricorrente della somma di € 2.000,00 (duemila/00), oltre ad IVA e CAP, a titolo di spese del giudizio.

Condanna la controinteressata alla corresponsione alla ricorrente della somma di € 2.000,00 (duemila/00), oltre ad IVA e CAP, a titolo di spese del giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 13 giugno 2018 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