

Le difformità essenziali nell'offerta tecnica, che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto rispetto a quello posto a base di gara, legittimano l'esclusione dalla gara e non solo il mancato punteggio

di Gianluca Briganti

Data di pubblicazione: 30-8-2020

Nelle gare pubbliche le difformità essenziali nell'offerta tecnica, che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto a quello posto a base di gara, legittimano l'esclusione dell'impresa dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nella valutazione del punteggio da assegnare, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto.

GUIDA ALLA LETTURA

La **III Sezione del Consiglio di Stato**, nella **pronuncia** in oggetto, ha statuito che, **le difformità essenziali nell'offerta tecnica**, che rivelano **l'inadeguatezza del progetto proposto dall'operatore economico** rispetto a quello **posto a base di gara**, **legittimano l'esclusione** dell'impresa dalla gara e **non la mera penalizzazione dell'offerta nella valutazione del punteggio**.

La **stazione appaltante**, al fine di **scegliere l'aggiudicatario della procedura d'appalto** tra i vari concorrenti, deve procedere ad una **comparazione delle offerte pervenute** in applicazione ai **criteri stabiliti dal legislatore**.

Nella vigenza del **vecchio Codice degli Appalti (D.lgs. n. 163/2006)**, le **stazioni appaltanti** erano libere di **valutare discrezionalmente** se affidare una commessa pubblica tramite il criterio del **prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa**; differentemente, il nuovo **Codice dei Contratti Pubblici (D.lgs. 50/2016)**, **rivoluzionando il sistema previgente**, ha introdotto una **rigida gerarchia** tra i due criteri di aggiudicazione, esprimendo una **netta preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa** individuata sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo.

Più nel dettaglio, **l'art. 95 del D.lgs. 50/2016** prevede, al **comma 9**, che le amministrazioni aggiudicatrici utilizzino **sistemi tali da consentire di individuare con un unico parametro**

numerico finale l'offerta economicamente più vantaggiosa.

È diventata, dunque, di **fondamentale importanza** la **valutazione tecnica delle offerte** da esaminare in stretta correlazione con l'offerta economica, **senza che tra le due offerte debba crearsi una indebita commistione** (cfr., Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2012, n. 5928; Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2017, n. 5392).

L'offerta tecnica racchiude il **progetto che si intende eseguire** per l'amministrazione che richiede la prestazione.

Tale atto deve contenere i **dati inerenti a tutti i requisiti indicati nel disciplinare di gara**, ovvero il capitolato tecnico, le indicazioni su piano di lavoro, risorse impiegate, fasi previste, durata dell'intervento e ore di lavoro necessarie, le quali non possono superare il limite fissato dalla stazione appaltante.

Nel **caso de quo**, l'operatore economico appellante ha lamentato, con il primo motivo, che **l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara** poiché detta offerta non avrebbe contenuto l'indicazione del numero di tagli minimo o sufficiente necessario per l'esecuzione delle lavorazioni più importanti dell'intera gara, quelle relative al taglio del manto erboso, e **tale omissione avrebbe reso l'offerta della società aggiudicataria difforme dal capitolato di gara.**

Il Collegio, respingendo definitivamente il ricorso dell'appellante e tale primo motivo di gravame, ha statuito che, **la clausola della *lex specialis* di gara non contemplava un numero minimo di tagli, ma il rispetto di specifici limiti di altezza del manto erboso rendendo idonea l'offerta dell'operatore aggiudicatario.**

Differentemente, I giudici di Palazzo Spada hanno evidenziato che **l'offerta dell'operatore appellante resta in ogni caso inidonea a garantire i minimi prestazionali previsti dalla legge di gara per la prestazione principale dell'appalto**, richiamando, inoltre, l'insegnamento della giurisprudenza consolidata, per cui ***"nelle gare pubbliche le difformità essenziali nell'offerta tecnica, che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto a quello posto a base di gara, legittimano l'esclusione dell'impresa dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nella valutazione del punteggio da assegnare, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto"*** (cfr., Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2016, n. 1809; Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4804).

Definitivamente, **le difformità essenziali nell'offerta tecnica**, che rivelano **l'inadeguatezza del progetto proposto** rispetto a quello **posto a base di gara**, **legittimano l'esclusione dell'impresa dalla gara e non la mera penalizzazione dell'offerta nella valutazione del punteggio.**

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8385 del 2019, proposto dalla Socialwork Coop. Soc. O.n.l.u.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, sig. Ivan Franzoi, rappresentata e difesa dagli avv.ti Domenico Menorello, Andrea Manzi e Francesco Bertini, con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Andrea Manzi, in Roma, via Confalonieri, n. 5

contro

E.S.T.A.R. – Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale, in persona del direttore generale pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Luisa Gracili e con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia

COOB – Consorzio cooperative sociali per l'inclusione lavorativa – Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, sig. Michele Vignali, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. con CO & SO, rappresentata e difesa dall'avv. Luciano Gallo, con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in Roma, p.zza Buenos Aires, n. 5
Regione Toscana, non costituita in giudizio

nei confronti

Azienda U.S.L. Toscana Nord Ovest – Area di Lucca, non costituita in giudizio
Azienda Ospedaliero Universitaria Pisana, non costituita in giudizio

per la riforma,

previa sospensione dell'esecutività,

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Terza, n. 1211/2019 del 23 agosto 2019, notificata il 10 settembre 2019, resa tra le parti, con cui è stato accolto il ricorso R.G. n. 463/2019 proposto dalla COOB Soc. Coop. Soc. avverso l'aggiudicazione definitiva da parte dell'E.S.T.A.R. – Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo

Regionale a Socialwork Cop. Soc. dei lotti nn. 1 e 2 della procedura aperta per la stipula di una convenzione pluriennale avente ad oggetto il servizio di manutenzione delle aree verdi a basso impatto ambientale per le Aziende Sanitarie della Regione Toscana.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Vista l'istanza di sospensione dell'esecuzione della sentenza appellata, presentata in via incidentale dall'appellante, e preso atto del suo rinvio al merito;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della COOB – Consorzio Cooperative Sociali per l'inclusione lavorativa – Società Cooperativa Sociale;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'E.S.T.A.R. – Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale;

Viste le memorie e le repliche delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 84, commi 5 e 6, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. con l. 24 aprile 2020, n. 27;

Visto, altresì, l'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28;

Relatore nell'udienza del 18 giugno 2020 il Cons. Pietro De Berardinis ed uditi per le parti gli avv.ti Francesco Bertini, Andrea Manzi, Domenico Menorello, Antonella Vergine, su delega dell'avv. Gallo, e Luisa Gracili, tutti in collegamento da remoto in videoconferenza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue

FATTO

Con il ricorso in epigrafe Socialwork Coop. Soc. O.n.l.u.s. ("Socialwork") propone appello avverso la sentenza del T.A.R. Toscana, Sez. III[^], n. 1211/2019, la quale ha accolto il ricorso R.G. n. 463/2019 proposto da COOB – Consorzio cooperative sociali per l'inclusione lavorativa – Società Cooperativa Sociale ("COOB") avverso l'aggiudicazione definitiva alla stessa Socialwork dei lotti nn. 1 e 2 della procedura aperta indetta dall'E.S.T.A.R. – Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale per la stipula di una convenzione pluriennale avente ad oggetto il servizio di manutenzione delle aree verdi a basso impatto ambientale delle Aziende Sanitarie della Regione Toscana.

In punto di fatto, l'appellante espone che la gara era suddivisa in n. 11 lotti, corrispondenti a specifiche Aziende Sanitarie toscane e che la legge di gara prevedeva l'esecuzione di n. 62 prestazioni, tra cui le principali erano n. 6 esecuzioni di taglio dell'erba, così articolate:

- prestazione n. 1: raccolta, trasporto e smaltimento;

- prestazione n. 2: concimazione, raccolta, trasporto e smaltimento;
- prestazione n. 3: taglio semplice;
- prestazione n. 4: taglio erba con concimazione;
- prestazione n. 5: taglio semplice;
- prestazione n. 6: taglio semplice.

In base alla legge di gara, il taglio del manto erboso avrebbe dovuto essere eseguito in modo da non far superare all'erba l'altezza massima di cm. 10 per le prestazioni nn. 1, 2, 3 e 4, di cm. 20 per la n. 5 e di cm. 40 per la prestazione n. 6.

In esito alle operazioni di gara per il lotto n. 1 è risultata prima in graduatoria Socialwork con punti 84,2, di cui 54,2 per il fattore qualità e 30 per il fattore prezzo, mentre al secondo posto si è classificata l'A.T.I. composta da COOB e Co & So (Consorzio per la cooperazione e la solidarietà – Consorzio di Cooperative Sociali – Società Cooperativa Sociale), con COOB quale mandataria capogruppo, che ha ottenuto 80,58 punti (62,9 per la qualità e 17,68 per il prezzo).

Analogamente, per il lotto n. 2 è risultata prima in graduatoria Socialwork con punti 84,2 (54,2 per la qualità e 30 per il prezzo), mentre l'A.T.I. COOB-Co & So ("A.T.I. COOB") si è collocata al secondo posto con punti 75,55 (62,1 per la qualità e 13,45 per il prezzo).

Conseguentemente, con determinazione n. 280 del 26 febbraio 2019 E.S.T.A.R. ha definitivamente aggiudicato la gara relativa ai lotti menzionati in favore di Socialwork.

Nel proporre ricorso avverso la suddetta aggiudicazione COOB, dopo aver premesso che Socialwork si era aggiudicati i lotti nn. 1 e 2 in virtù della migliore offerta economica presentata (avendo ottenuto per ambedue tali lotti il punteggio massimo di 30), ha lamentato, con il primo motivo, che l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara: ciò, in quanto detta offerta non avrebbe contenuto l'indicazione del numero di tagli minimo o sufficiente necessario per l'esecuzione delle lavorazioni più importanti dell'intera gara, quelle relative al taglio del manto erboso, e tale omissione avrebbe reso l'offerta di Socialwork difforme dal capitolato di gara.

Il T.A.R. ha condiviso l'impianto argomentativo alla base del motivo di ricorso ora illustrato e per conseguenza con la sentenza impugnata ha accolto il gravame, assorbendo tutti gli altri motivi ed annullando la determinazione di aggiudicazione.

In sintesi, i giudici di primo grado hanno osservato che l'offerta dell'aggiudicataria non risponde ai requisiti prestazionali minimi richiesti dalla stazione appaltante e che tale inadeguatezza progettuale legittima l'esclusione di Socialwork dalla gara – e non già la mera penalizzazione della sua offerta nell'attribuzione del punteggio –, in quanto determina la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula

del contratto.

Nel proporre appello avverso la sentenza, Socialwork contesta l'iter argomentativo della stessa e le conclusioni cui è pervenuta, formulando i seguenti motivi:

1) erroneità della sentenza, error in iudicando, travisamento dei fatti, violazione dei principi in materia di evidenza pubblica e del disciplinare, perché: a) gli enormi risparmi contenuti nella sua offerta si spiegherebbero con le modalità centralizzate della gara; b) le stime di E.S.T.A.R. sul numero di tagli richiesto non sarebbero vincolanti; c) il T.A.R. avrebbe arbitrariamente ed erroneamente ritenuto che il prezzo offerto da Socialwork sottenda l'effettuazione di un solo taglio; d) la sentenza avrebbe altresì errato nel pretendere di ricavare dall'esiguità del prezzo offerto dall'aggiudicataria supposizioni sul contenuto dell'offerta;

2) erroneità della sentenza, error in iudicando, travisamento dei fatti, violazione dei principi in materia di evidenza pubblica e del disciplinare, in quanto Socialwork, attraverso i giustificativi presentati in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, avrebbe dimostrato di non avere stimato un solo taglio: il numero di tagli dell'erba da essa stimato sarebbe, anzi, sufficiente e congruo;

3) erroneità della sentenza, error in iudicando, travisamento, errore di fatto, poiché i calcoli contenuti nella sentenza appellata sarebbero basati su dati incomprensibili ed erronei e, in ogni caso, sarebbero sbagliati;

4) erroneità della sentenza, error in iudicando, in quanto la doglianza di COOB – non affrontata dal T.A.R. – circa ulteriori incongruenze dell'offerta di Socialwork sarebbe priva di fondamento, avendo essa indicato nella propria scheda i dati della tabella posta a base di gara e dovendosi attribuire le eventuali lievissime discrasie riscontrabili al formato della scheda "excel".

La Cooperativa ha chiesto, in accoglimento dell'appello, la riforma della sentenza impugnata ed ha inoltre formulato, in via cautelare, istanza di sospensione della sua esecuzione.

Si è costituita in giudizio la ricorrente in primo grado COOB, depositando memoria e resistendo alle pretese dell'appellante.

Si è costituito altresì in giudizio l'E.S.T.A.R. (Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale), producendo memoria e concludendo, invece, per l'accoglimento dell'appello e, dunque, per la riforma della sentenza impugnata, previa sospensione della stessa.

Nella camera di consiglio del 7 novembre 2019, su richiesta delle parti e sull'impegno delle stesse a non eseguire la sentenza impugnata, l'istanza cautelare è stata rinviata al merito.

In vista dell'udienza di merito le parti hanno depositato memorie e repliche.

All'udienza del 18 giugno 2020, tenutasi in collegamento da remoto con le modalità di cui all'art. 84 del d.l. n. 18/2020 (conv. con l. n. 27/2020) ed all'art. 4 del d.l. n. 28/2020, la causa

è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Forma oggetto di appello la sentenza del T.A.R. Toscana, Sezione III^A, n. 1211/2019, con cui è stato accolto il ricorso proposto dalla COOB avverso il provvedimento di aggiudicazione alla Socialwork dei lotti nn. 1 e 2 dell'appalto del servizio di manutenzione delle aree verdi a basso impatto ambientale delle Aziende Sanitarie toscane.

Come si è detto nella parte in fatto, i giudici di prime cure hanno recepito integralmente le censure contenute nel primo motivo del ricorso di COOB, assorbendo gli altri tre motivi.

In dettaglio, il T.A.R. ha innanzitutto richiamato la disciplina di gara, che richiedeva l'esecuzione del taglio del manto erboso quando l'erba avesse raggiunto l'altezza di cm. 10 per le prestazioni nn. 1, 2, 3 e 4, di cm. 20 per la prestazione n. 5 e di cm. 40 per la prestazione n. 6 "indipendentemente dal numero e dalla frequenza dei tagli da effettuare". La legge di gara prescriveva, quindi, tagli del manto erboso la cui periodicità era determinata dall'altezza dell'erba, che non avrebbe dovuto superare i limiti suindicati: ogni volta che tali limiti di altezza fossero stati raggiunti, il taglio avrebbe dovuto essere eseguito.

La sentenza ha poi richiamato la scheda dettaglio dell'offerta economica (allegato C.2 al disciplinare di gara), evidenziando che per ogni offerta economica l'aggiudicataria ha presentato schede prive dell'indicazione del numero dei tagli necessario per mantenere l'altezza del manto erboso nei limiti stabiliti per le prestazioni da 1 a 6 sopra indicate.

Secondo il T.A.R., pur non avendo la stazione appaltante previsto un numero minimo di tagli da effettuare, questo scaturisce "ragionevolmente e in via prudenziale" dalle modalità di articolazione dell'offerta.

Ad es., per il lotto n. 1, prestazione n. 3, l'importo a base d'asta (su cui effettuare il ribasso) era di € 204.000,00, ma tale prestazione riguarda una superficie erbosa di mq. 300.000 circa, sicché, essendo il prezzo unitario/mq. di ciascun taglio indicato in € 0,068, all'importo a base d'asta corrisponde un numero di 10 tagli (infatti $204.000 = 0,068 \times 300.000 \times 10$).

Per contro, Socialwork, dopo avere indicato un prezzo unitario di € 0,051, ha offerto un prezzo totale per tale prestazione di € 15.157,20, che – osserva il T.A.R. – in base ai calcoli sopra riportati non può che corrispondere ad un solo taglio ($0,051 \times 300.000 \times 1 = 15.300$).

In realtà – evidenzia la sentenza – la legge di gara ha indicato, seppure in modo non vincolante, il numero dei tagli da eseguire attraverso la colonna "valorizzazione della prestazione", il cui significato è stato precisato da un chiarimento della stazione appaltante, in base al quale "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".

Tale numero è: 10 per le prestazioni nn. 1, 3 e 4; 16 per la prestazione n. 2; 4 per la

prestazione n. 5; 2 per la prestazione n. 6.

A fronte di ciò, Socialwork ha offerto per tutte le prestazioni importi talmente ribassati da essere del tutto incongrui, in quanto in grado di “coprire” il costo di un numero di tagli così basso da non poter garantire il rispetto dei limiti di altezza più sopra ricordati. Ma la verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria ha avuto esito positivo e in giudizio la stazione appaltante si è limitata a sostenere che spettava a ciascun concorrente di fissare il numero di tagli necessario per mantenere l'altezza del manto erboso ai livelli previsti cosicché, fermo l'obbligo di rispettare tale altezza, l'aggiudicataria si sarebbe assunta il rischio di aver sottostimato il numero dei tagli, con la conseguenza di doverne poi effettuare più di quanto preventivato e di sostenere i relativi maggiori costi. Senonché – conclude il T.A.R. – non sono ammesse, in quanto inattendibili, offerte in perdita.

Inoltre, il principio di tassatività delle cause di esclusione va inteso – secondo la sentenza appellata – nel senso che le offerte che contengano un progetto inadeguato rispetto ai requisiti minimi previsti dalla stazione appaltante sono sanzionate con l'esclusione dalla gara (anche in difetto di un'espressa comminatoria nella *lex specialis*) perché mancano di un elemento essenziale dell'accordo necessario per la stipula del contratto. Di qui l'accoglimento del ricorso e l'annullamento dell'aggiudicazione disposta da E.S.T.A.R. in favore di Socialwork.

L'appellante contesta le argomentazioni e le conclusioni del T.A.R., sostenendo con il primo motivo di appello:

1) che gli enormi risparmi da essa offerti si spiegherebbero con il fatto che questa sarebbe la prima gara in cui il taglio dell'erba è assegnato con convenzione pluriennale ed al servizio di tutte le Aziende Sanitarie della Toscana, anziché con commesse a chiamata o con contratti locali, con il corollario che la centralizzazione degli acquisti garantirebbe effetti enormi sotto il profilo del risparmio.

A riprova di ciò basterebbe raffrontare i prezzi €/mq./taglio previsti da E.S.T.A.R. con il prezzario regionale. Anche la stima implicita del numero dei tagli effettuata da E.S.T.A.R. sarebbe enorme e sovrabbondante (v. infra);

2) che le stime di E.S.T.A.R. sul numero di tagli richiesto non sarebbero vincolanti, come ammesso dagli stessi giudici di prime cure;

3) che il T.A.R. avrebbe del tutto errato nel ritenere che il prezzo offerto da Socialwork sottenda un solo taglio e che quindi l'importo complessivo della prestazione consideri solo un taglio, moltiplicato poi direttamente per i metri quadri e non per il numero di tagli.

Lo sbaglio commesso dal T.A.R. nascerebbe:

A) dall'erronea convinzione che la scheda di dettaglio dell'offerta economica dovesse contenere il prezzo unitario €/mq. di un taglio, mentre doveva contenere il prezzo unitario €/mq./anno, ossia la modalità di compilazione della scheda seguita da Socialwork. Il chiarimento fornito in proposito dalla stazione appaltante, anche a volerlo intendere come lo ha

inteso il T.A.R., sarebbe recessivo rispetto a quanto stabilito dal disciplinare di gara a pag. 22, in base alla regola per la quale, in caso di contrasto tra disciplinare e chiarimenti, il primo prevale sui secondi;

B) dall'altrettanto erronea mancata valutazione, da parte dei giudici di primo grado, della possibilità che Socialwork avesse offerto un prezzo unitario comprensivo dei tagli stimati, pur se per un numero inferiore alle stime dell'E.S.T.A.R. e dell'A.T.I. COOB. Invero, nel compilare la scheda di dettaglio dell'offerta economica l'aggiudicataria, dopo aver indicato il prezzo unitario €/mq./anno, avrebbe poi compilato la colonna "importo triennale" inserendovi l'importo derivante dal prodotto dell'ora visto prezzo unitario per la superficie complessiva (il "fabbisogno") e ciò cancellerebbe ogni equivoco, in quanto non avrebbe nessun senso un importo triennale riferito ad un taglio;

C) dall'aver il T.A.R. trascurato che, in sede di giustificiche dell'anomalia dell'offerta, Socialwork, nel dare i chiarimenti sul costo del lavoro, avrebbe indicato la stima dei tagli (5 per le prestazioni da 1 a 4; 3 per le prestazioni nn. 5 e 6);

4) che un prezzo basso giustificerebbe ragionamenti sull'anomalia dell'offerta, ma non – come ha fatto la sentenza appellata – supposizioni indiziarie in merito al contenuto dell'offerta. L'economicità dell'offerta di Socialwork, cioè, non autorizzava il G.A. a presumere che essa si riferisse ad un solo taglio, il tutto soltanto perché detta offerta è distonica rispetto alle stime dell'E.S.T.A.R. e dell'A.T.I. COOB e senza tenere conto del fatto che la base d'asta sarebbe eccessiva.

Così riportate le doglianze dell'appellante, osserva il Collegio che le stesse non persuadono.

Va premesso, sul punto, che non è contestata dalle parti l'affermazione della sentenza appellata, per cui, pur nell'ambito di un contratto contemplante una molteplicità di prestazioni, l'attività di taglio dell'erba costituiva una prestazione essenziale e, in alcuni casi preponderante, rispetto al complessivo valore del contratto.

Orbene, la difformità dei prezzi offerti da Socialwork rispetto agli importi posti da E.S.T.A.R. a base della gara è vistosissima e induce a ritenere che l'offerta sia del tutto inadeguata, ovvero incongrua o comunque insufficiente, perché implicante un numero di tagli dell'erba talmente esiguo da non poter in alcun modo garantire l'altezza del manto erboso prevista dalla stessa *lex specialis*: il che è proprio quanto ha addotto il T.A.R. a fondamento della propria decisione.

Sul punto non è esatto dire – come fa l'appellante – che il T.A.R. avrebbe erroneamente ritenuto che l'offerta di Socialwork contempli un solo taglio del manto erboso: i giudici di primo grado, in realtà, hanno correttamente stigmatizzato tale offerta per avere essa previsto implicitamente (sulla base del prezzo bassissimo offerto) un numero di tagli largamente inferiore a quello stimato da E.S.T.A.R. e del tutto insufficiente a garantire i limiti di altezza dell'erba prescritti dalla *lex specialis*, quindi non in grado, già *ex ante* ed *ictu oculi*, di adempiere alle prestazioni messe a gara.

Invero, la sentenza appellata fornisce un chiaro esempio dell'incongruenza dell'offerta di

Socialwork, riportandone il prezzo offerto per quanto riguarda la prestazione n. 3 del lotto n. 1, avente importo a base d'asta di € 204.000,00 per la durata del contratto. Tale importo, infatti, data la superficie erbosa ("fabbisogno") da tagliare, pari a mq. 300.000 e il prezzo unitario a mq. assunto dalla lex specialis (€ 0,068), presuppone la stima, da parte della stazione appaltante, di n. 10 tagli. Ebbene, per il lotto in questione Socialwork ha offerto, in relazione alla prestazione n. 3, un prezzo unitario a mq. di € 0,051, inferiore, ma non in misura abnorme (25%) a quello previsto dalla legge di gara (€ 0,068): è, invece, enormemente inferiore all'importo a base d'asta l'importo triennale proposto dall'aggiudicataria (€ 15.157,00, a fronte dell'ora vista somma di € 204.000,00).

Ma una simile evidentissima sproporzione non si spiega in altro modo se non con la diversità della prestazione offerta rispetto a quella messa a gara, nel senso che il prezzo offerto da Socialwork copre un solo taglio del manto erboso e – si noti – non all'anno, ma per tutta la durata triennale del contratto. Infatti $0,051 \times 300.000 \times 1 = 15.300$: cifra, questa, significativamente quasi coincidente con l'importo proposto dall'aggiudicataria per l'intero triennio contrattuale, che, anzi, è ancora più basso (essendo pari ad € 15.157,00).

Il fatto, dunque, che tale prezzo sia in grado di garantire l'effettuazione di un solo taglio per tutta la durata del contratto, rende ancora più evidente l'inadeguatezza dell'offerta di Socialwork rispetto a quanto osservato dallo stesso T.A.R. (che ha parlato di un solo taglio annuo, comunque insufficiente), non dovendosi spendere ulteriori parole per sottolineare che, con un solo taglio effettuato per tutta la durata del contratto, non si possono rispettare in alcun modo i limiti di altezza previsti dalla legge di gara: limiti che – è bene ricordarlo – per la prestazione n. 3 comportano l'esecuzione del taglio tutte le volte che il manto erboso raggiunga i cm. 10 di altezza.

Ovviamente, il discorso non muterebbe ove si parlasse, come ha fatto il T.A.R., di un taglio dell'erba all'anno, essendo anch'esso all'evidenza assolutamente inidoneo a garantire il rispetto del suindicato limite di altezza.

Un ragionamento pressoché identico va fatto, poi, relativamente alla prestazione n. 2 del lotto n. 1, per la quale, prendendo a riferimento i dati contenuti nelle tabelle dello stesso atto d'appello, risulta quanto segue: l'importo triennale a base d'asta indicato dalla stazione appaltante è € 76.800,00, il che comporta – data la superficie erbosa di mq. 24.000 e il prezzo unitario €/mq. a base d'asta di € 0,200 – la stima ad opera di E.S.T.A.R. di un numero di tagli corrispondente a 16 (infatti $24.000 \times 0,200 \times 16 = 76.800$).

A fronte di ciò, Socialwork ha offerto un prezzo unitario €/mq. di € 0,149 (ancora una volta con una riduzione del 25% di quello a base d'asta) e un importo triennale di soli € 3.566,00, abnormemente inferiore rispetto alla base d'asta: si consideri sul punto che, per tale prestazione del lotto n. 1, l'A.T.I. COOB ha offerto il prezzo triennale di € 49.920,00. Orbene, l'importo proposto dall'aggiudicataria è praticamente uguale (ed anzi leggermente inferiore) a quello (€ 3.576,00) che si ricava dal conteggio di un solo taglio: infatti $24.000 \times 0,149 \times 1 = 3.576$.

Ed anche qui è palese l'inidoneità dell'offerta dell'aggiudicataria a garantire l'osservanza del

limite di altezza previsto dalla legge di gara per la prestazione n. 2, comportante l'esecuzione del taglio tutte le volte che il manto erboso raggiunga i cm. 10 di altezza.

Lo stesso discorso può ripetersi altresì per il lotto n. 2: qui, ad es., per la prestazione n. 6 (avente ad oggetto, si ricorda, il taglio semplice con limite di altezza a cm. 40) l'importo triennale a base d'asta è € 6.840,00. Poiché la stazione appaltante ha previsto un fabbisogno di mq. 28.500 ed un prezzo unitario €/mq. di € 0,120, se ne deduce che essa ha stimato l'esecuzione di n. 2 tagli per il periodo contrattuale: infatti $28.500 \times 0,120 \times 2 = 6.840$.

Socialwork, invece, ha offerto il prezzo unitario €/mq. di € 0,089 e l'importo triennale di € 2.542,00: atteso il fabbisogno di mq. 28.500, tale importo triennale supera lievemente il valore che, in base al prezzo unitario €/mq. proposto dall'aggiudicataria, corrisponde all'esecuzione di un taglio ($28.500 \times 0,089 \times 1 = 2.536,50$).

Ancora: dalla lettura delle tabelle 4.1 e 4.2 contenute nell'appello emerge che il ribasso proposto da Socialwork per i lotti nn. 1 e 2 rasenta il 90% rispetto alla base d'asta fissata dalla stazione appaltante: in dettaglio, per il lotto n. 1 l'importo triennale a base d'asta fissato da E.S.T.A.R. per le prestazioni previste (nn. 2, 3, 5 e 6) è di complessivi € 331.680,00, mentre l'importo offerto da Socialwork è pari, nel complesso, ad € 34.058,00; per il lotto n. 2, l'importo triennale a base d'asta è, per le prestazioni elencate (nn. 1, 3 e 6), di complessivi € 201.956,00, invece l'importo offerto dall'appellante è pari a complessivi € 17.048,00 (in questo caso il ribasso supera il 90%).

A nulla vale, quindi, obiettare – come fa Socialwork – che essa avrebbe specificato nei giustificativi prodotti in sede di verifica dell'anomalia il numero di tagli contemplato per ogni prestazione (dalla n. 1 alla n. 6) dalla propria offerta. Piuttosto, è evidente che, a voler seguire il discorso di E.S.T.A.R., imperniato sulla volontà dell'Amministrazione di cambiare rispetto al passato, non prevedendo più nella disciplina di gara il numero di tagli dell'erba richiesto ai concorrenti, ma addossando a questi il rischio dei relativi calcoli, l'offerta di Socialwork si mostra palesemente anomala, in quanto la stessa è programmaticamente in perdita. Detta offerta è, infatti, incentrata sull'assunzione di un impegno – la garanzia dell'altezza del manto erboso prevista dalla legge di gara – che non si è grado di mantenere se non a patto di una radicale revisione al rialzo dei costi da sostenere e, per conseguenza, dei prezzi proposti.

Si rammenta in argomento che costituisce principio giurisprudenziale consolidato quello per cui gli appalti pubblici devono pur sempre essere affidati ad un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno per le imprese, giacché le acquisizioni in perdita porterebbero inevitabilmente gli affidatari ad una negligente esecuzione, oltre che ad un probabile contenzioso: laddove i costi non considerati o non giustificati siano tali da non poter essere coperti neanche tramite il valore economico dell'utile stimato, è evidente che l'offerta diventa non remunerativa e, pertanto, non sostenibile (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. V, 27 novembre 2019, n. 8110 e 15 aprile 2013, n. 2063; Sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 963; Sez. III, 11 aprile 2012, n. 2073).

Come si vedrà meglio infra, una radicale revisione dell'offerta non è comunque consentita alla ditta concorrente, a pena in caso contrario di violare il principio di immodificabilità delle offerte,

posto a presidio della par condicio competitorum, nonché delle esigenze di stabilità ed affidabilità dell'offerta stessa (C.d.S., Sez. III, 10 marzo 2016, n. 962).

Neppure convince l'argomentazione dell'appellante basata sugli enormi risparmi che garantirebbero la gestione centralizzata dell'appalto e il superamento del sistema fondato sulle commesse dirette o sulle gare locali. Si tratta, infatti, di una spiegazione che potrebbe condividersi se risparmi analoghi emergessero pure dalle offerte altrui, ma si è già visto che non è così ed anzi è la stessa appellante a sottolineare la distonia della propria offerta rispetto a quella dell'A.T.I. COOB.

In secondo luogo – e soprattutto – i vistosissimi risparmi assicurati dall'aggiudicataria non derivano tanto dal prezzo unitario €/mq. da essa offerto, che sovente supera quello dell'A.T.I. COOB, quanto, piuttosto, dall'importo triennale proposto (cioè l'importo complessivo sul quale le ditte concorrenti sono state chiamate ed esprimere il ribasso offerto).

Invero, dalle tabelle nn. 4.1 e 4.2 della stessa appellante emerge che per tutte le prestazioni del lotto n. 1 il prezzo unitario €/mq. offerto da Socialwork, pur inferiore alla base d'asta, è stato superiore a quello offerto dall'A.T.I. COOB: basti considerare, al riguardo, che per le già viste prestazioni nn. 3 e 2, mentre il prezzo unitario €/mq. dell'aggiudicataria è, rispettivamente di € 0,051 ed € 0,149, quello dell'A.T.I. è di € 0,040 per la prestazione n. 3 ed € 0,130 per la n. 2.

Tuttavia, gli importi triennali offerti dall'appellante sono: per la prestazione n. 3, di € 15.157,00, a fronte di € 120.000,00 proposti dall'A.T.I., il cui prezzo, perciò, pur nettamente inferiore rispetto alla base d'asta (€ 204.000,00), supera di quasi otto volte quello offerto da Socialwork; per la prestazione n. 2, di € 3.566,00, a fronte di € 49.920,00 proposti dall'A.T.I. (e qui la differenza tra le offerte economiche delle due concorrenti è di quasi quattordici volte).

Ancora più elevati sono, ovviamente, i margini di differenza dei prezzi offerti dall'appellante rispetto agli importi triennali a base d'asta per le singole prestazioni: l'importo proposto da Socialwork per la prestazione n. 3 (€ 15.157,00) è inferiore di circa tredici volte e mezzo rispetto a quello a base d'asta (€ 204.000,00), mentre il prezzo proposto per la prestazione n. 2 (€ 3.566) è addirittura più di ventuno volte inferiore all'importo a base d'asta (€ 76.800,00). Ciò, giova ripetere, a fronte di un ribasso sul prezzo unitario €/mq. che, pur essendo cospicuo (in ambedue i casi il 25%), non presenta quei caratteri di abnormità tipici degli importi triennali offerti dall'aggiudicataria.

Ma, allora, i dati sopra riportati dimostrano indiscutibilmente che i risparmi Socialwork li fa perché effettua un numero bassissimo di tagli (spesso soltanto uno) per tutta la durata del contratto, quindi ha un costo complessivo delle prestazioni da eseguire ridottissimo e ciò le consente di giustificare la propria offerta.

In definitiva, l'insistenza e l'enfasi dell'appellante sulla clausola della lex specialis di gara che non contemplava un numero minimo di tagli, ma il rispetto di specifici limiti di altezza del manto erboso (cfr. pag. 22 del disciplinare: "per quanto riguarda le prestazioni nn. 1-2-3-4-5-6 relative al taglio del manto erboso, il prezzo unitario che dovrà essere espresso è quello necessario

per mantenere un mq di prato all'anno entro il limite di altezza indicato nelle suddette prestazioni indipendentemente dal numero e dalla frequenza dei tagli"), non portano all'approdo preteso da Socialwork, perché l'offerta di questa resta in ogni caso inidonea a garantire i minimi prestazionali previsti dalla legge di gara per la prestazione principale dell'appalto.

Si richiama, sul punto, l'insegnamento della giurisprudenza consolidata, per cui "nelle gare pubbliche le difformità essenziali nell'offerta tecnica, che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto a quello posto a base di gara, legittimano l'esclusione dell'impresa dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nella valutazione del punteggio da assegnare, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto" (così C.d.S., Sez. V, 5 maggio 2016, n. 1809; nello stesso senso, Sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4804, e 1° luglio 2015, n. 3275; Sez. V, 17 febbraio 2016, n. 633, e 23 settembre 2015, n. 4460).

In conclusione, il primo motivo dell'appello è nel suo complesso privo di fondamento, con l'avviso che dalla sua infondatezza emerge l'infondatezza anche degli altri motivi.

In particolare, quanto al secondo motivo, con lo stesso l'appellante insiste sull'argomento che, tramite i giustificativi presentati in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, essa avrebbe dimostrato di non avere stimato un solo taglio. Il numero di tagli indicato da Socialwork, ancorché più basso di quello stimato da E.S.T.A.R., sarebbe sufficiente e congruo, perché i prezzi adottati da COOB nel giudizio di primo grado, oltre a non avere il valore probatorio che questa pretende di riconnettervi, sarebbero irrilevanti, indicando essi il numero annuo dei tagli, ma non l'altezza del taglio.

Il numero di tagli stimato da E.S.T.A.R., ribadisce l'appellante, sarebbe un'enormità, come verrebbe dimostrato da commesse analoghe nei Comuni di Villaverla, Brembate e Caravaggio, poiché, sebbene detti Comuni (in specie gli ultimi due, siti nel Bergamasco) si trovino in zone assai più fresche della Toscana, il numero dei tagli sarebbe sì analogo a quello previsto nella gara per cui è causa, ma per tenere il manto erboso ad altezze molto inferiori (non cm. 10, ma rispettivamente cm. 5, 3, 7). Inoltre in determinate zone l'erba non crescerebbe e questo contribuirebbe a spiegare il risparmio di spesa di Socialwork.

Al riguardo, tuttavia, si rinvia in primo luogo a quanto poc'anzi osservato in relazione al carattere nel contempo anomalo (oltre che inadeguato) dell'offerta presentata da Socialwork: ciò, nel senso che, alla luce dei calcoli sopra riportati – calcoli, si ribadisce, svolti in base alle tabelle contenute nell'atto di appello –, ove il numero di tagli dell'erba sotteso all'offerta dell'aggiudicataria fosse quello da essa fornito nei secondi giustificativi prodotti in fase di verifica dell'anomalia dell'offerta e ripetuto nel secondo motivo di appello (n. 5 tagli per le prestazioni da 1 a 4; n. 3 tagli per le prestazioni da 5 a 6), la ridetta offerta sarebbe palesemente anomala. Il prezzo ivi indicato sarebbe, infatti, manifestamente incapiente, ad es. rispetto alle prestazioni nn. 2 e 3 del lotto n. 1 e ciò comporterebbe la necessità per Socialwork di apportare una radicale modifica alla composizione della sua offerta, in violazione del principio di immodificabilità delle offerte (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. III, 7 gennaio 2020, n. 88; Sez. V, 17 settembre 2018, n. 5419, 11 gennaio 2018, n. 113, 31 ottobre 2017, n. 4146 e 24

aprile 2017, n. 1896).

Privi di valore sono poi i paralleli con le commesse di altri Comuni, situati in regioni geografiche ben diverse e che hanno perseguito esigenze peculiari, come dimostra la previsione di altezze del manto erboso differenti da quelle stabilite da E.S.T.A.R.; con riguardo, poi, alla presenza di zone brulle, le quali, in quanto prive di manto erboso, non sarebbero assoggettate alle prestazioni per cui è causa, si osserva che, anche a voler ammettere l'esistenza di dette zone (che l'appellante allega genericamente, senza fornire sul punto un principio di prova), le stesse non possono avere estensione e consistenza tali da giustificare ribassi così elevati come quelli dell'offerta di Socialwork, che, per i lotti nn. 1 e 2, rasentano il 90% rispetto alla base d'asta (v. supra).

Nel terzo motivo di appello vengono contestati i calcoli esposti nella sentenza appellata, sostenendosi che essi siano basati su dati incomprensibili e/o erronei e che comunque siano sbagliati.

In contrario, tuttavia, è agevole sottolineare che il calcolo svolto dal T.A.R. in merito alla prestazione n. 3 del lotto n. 1, sopra riportato per esteso, è senz'altro corretto ed esso già di per sé solo illustra in modo esaustivo l'inadeguatezza dell'offerta dell'aggiudicataria.

Da ultimo, con il quarto motivo l'appellante si occupa della questione (dedotta in primo grado dalla COOB) dell'insufficienza della propria offerta rispetto ai fabbisogni complessivi e per quantità non esigue. Al riguardo sostiene i dati da essa indicati nella scheda riepilogativa sarebbero proprio quelli della tabella a base di gara e che le eventuali lievissime discrasie sarebbero da attribuire al formato della scheda "excel", che non consente di tenere conto di tutti i decimali, ma esegue un troncamento al terzo decimale.

Si tratta, all'evidenza, di censure che non rilevano ai fini della decisione dell'appello: esse, semmai, confortano ulteriormente i calcoli e le conclusioni più sopra esposte, fornendo una spiegazione delle lievissime difformità riscontrate.

Così, per la prestazione n. 3 del lotto n. 1 trova spiegazione la minima differenza tra prezzo, calcolato sulla base dei dati contenuti nella lex specialis, di un taglio del manto erboso (€ 15.300,00) e prezzo offerto da Socialwork (€ 15.157,00). Analogamente, per la prestazione n. 2 del lotto n. 1 si spiega la minima difformità tra prezzo di un taglio del manto erboso calcolato in base ai dati della lex specialis (€ 3.576,00) e importo offerto dall'aggiudicataria (€ 3.566,00).

Le suddette censure, quindi, non confutano, ma semmai rafforzano le argomentazioni sopra illustrate, che depongono per l'integrale infondatezza dell'appello.

In conclusione, perciò, l'appello è nel suo complesso infondato e da respingere, dovendo la sentenza di primo grado essere confermata.

Le spese del giudizio di appello seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo a carico di Socialwork e a favore di COOB, mentre vengono compensate nei confronti dell'E.S.T.A.R., che ha concluso a sua volta per la riforma della sentenza appellata.

Non si fa luogo a pronuncia sulle spese nei confronti delle parti evocate in giudizio e non costituitesi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Terza (III[^]), così definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società appellante al pagamento in favore della COOB – Consorzio cooperative sociali per l'inclusione lavorativa – Società Cooperativa Sociale delle spese del giudizio di appello, che in via forfettaria liquida in € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, compensando le spese nei confronti dell'E.S.T.A.R. – Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale,

Nulla spese nei confronti delle parti evocate in giudizio, ma non costituitesi.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2020.