

CONTRATTI DELLA P.A.: Concessione di servizi - Servizi sociali e sanitari - Subappalto - Esclusione - Legittimità - Sistema dinamico di acquisizione - Contratti di rete territoriali - Bando - Limitazione della scelta a soggetti già presenti sul territorio - Legittimità.

Tar Toscana - Firenze, Sez. III, 28 marzo 2020, n. 371

- in *Rivista Trimestrale degli appalti*, 4, 2020, pag. 1933, con commento di Vittoria Vitulano, *Sistema dinamico di acquisizione per servizi sociosanitari, assistenziali e integrati alla persona e limiti territoriali*

1. “[...] L’art. 142 del d.lgs. n. 50/2016, nel richiamare le disposizioni del codice dei contratti pubblici la cui applicazione si estende agli appalti dei servizi sociali e sanitari, non opera alcun richiamo alla disciplina del subappalto (cioè all’art. 105).

Pertanto, per tale tipologia di appalti e in considerazione della loro specificità, in forza del citato art. 142 rientra nella piena facoltà della stazione appaltante la scelta di escludere la possibilità del ricorso al subappalto.

Ciò è coerente con la direttiva 2014/23/UE, il cui art. 19, nel disciplinare con disposizione di rinvio la concessione di servizi sociali e sanitari, non richiama l’art. 42, contenente la disciplina del subappalto, ed è anche coerente con la direttiva 2014/24/UE, il cui art. 74, nel disciplinare con disposizione di rinvio gli appalti pubblici di servizi sociali e sanitari, non richiama l’art. 71, riguardante il subappalto [...].

2. “[...] Il disciplinare relativo al sistema dinamico di acquisizione in argomento [...] stabilisce, in relazione agli appalti specifici aventi a oggetto la stipula di contratti di concessione di servizio e immobile, che “il candidato deve dimostrare, in fase di prequalifica, la capacità di organizzare la gestione dei servizi afferenti alla struttura (servizi alla persona, servizi di logistica e servizi all’immobile) con contratti di rete territoriale, appunto con soggetti radicati sul territorio, anche a garanzia della capacità di gestione del rischio imprenditoriale associato alla concessione”, e che il concorrente indichi la tipologia di soggetti coinvolti senza nominarli, a garanzia del fatto che gli stessi possono essere individuati da più di un concorrente, il quale al momento della presentazione dell’offerta dovrà presentare i preaccordi con i soggetti individuati [...]

In tal modo il disciplinare di gara introduce una restrizione territoriale (laddove sancisce la regola della stipula dei contratti di rete esclusivamente con soggetti “radicati sul territorio”, ovvero già presenti nel luogo dell’esecuzione dei servizi oggetto dell’appalto specifico), ovvero un limite inderogabile che estromette dalla procedura selettiva i soggetti interessati ad operare in loco ma che non sono già radicati sul territorio di riferimento e che costringe l’offerente a non avere altra scelta che avvalersi degli operatori di rete locali, già attivi in loco.

Orbene, rilevano nel caso di specie i principi fondamentali, sanciti espressamente dall'art. 30, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 (posti a tutela della libera concorrenza), di non discriminazione e par condicio, dispiegati anche nell'invocato art. 30, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 e valevoli per qualsivoglia procedura di scelta del contraente, per gli appalti e per le concessioni di beni e servizi, sopra e sotto soglia [...]

FATTO

Estar, in data 4.10.2019, ha indetto la procedura di ammissione al sistema dinamico di acquisizione, ai sensi dell'art. 55 del d.lgs. n. 50/2016, per la prestazione di servizi sociosanitari, assistenziali e integrati alla persona.

A seguito della pubblicazione dell'atto istitutivo del sistema dinamico di acquisizione i ricorrenti hanno presentato domanda di partecipazione, così da essere abilitati alla fase riguardante gli appalti specifici, in via di indizione a partire dal 9.11.2019.

Avverso l'avviso di indizione del sistema dinamico di acquisizione, il relativo disciplinare di gara, il capitolato speciale contenente le regole di dettaglio delle procedure specifiche di affidamento e, per quanto potesse occorrere, le linee guida, il modello di contratto di rete e i capitolati tecnici, le cooperative ricorrenti sono insorte deducendo:

-Violazione degli artt. 29, 30, 35, 45, 55 e 105 del d.lgs. n. 50/2016; illegittima imposizione del divieto di subappalto (art. 6 del capitolato e punto 9 del disciplinare); illegittima imposizione della supply chain e della stipula del contratto di rete territoriale (punto 8 del disciplinare); illegittima imposizione dell'obbligo di rendicontazione e del metodo di individuazione di durata della concessione (art. 3 del capitolato); illegittima imposizione del criterio del prezzo fisso (art. 8 del capitolato); illegittima determinazione del criterio di corresponsione della retta IVA inclusa (paragrafo 3, pagina 1, delle linee guida); eccesso di potere per sviamento, irragionevolezza, illogicità manifesta, contraddittorietà:

a) Il sistema dinamico di acquisizione si attaglia ai servizi standardizzati, mentre nel caso in esame rilevano anche servizi alla persona non acquisibili mediante sistema dinamico di acquisizione, come i servizi assistenziali di riabilitazione, l'assistenza di base (ad esempio quella psicomotoria), l'assistenza infermieristica, l'animazione socio educativa, la cura della persona e l'igiene personale.

b) Illegittimità del divieto di subappalto: lo Stato italiano è stato sottoposto a procedura di infrazione da parte della Commissione europea in ragione delle molteplici violazioni delle direttive comunitarie sul subappalto; la motivazione di eliminare il ricorso al subappalto, espressa nell'art. 6 del capitolato speciale, non trova conforto in argomentazioni congrue e sufficienti,

c) L'obbligo di descrizione della supply chain e della stipula di contratti di rete con operatori radicati sul territorio è limitativo della libertà imprenditoriale nonché del principio di concorrenza e di non discriminazione.

Le ricorrenti contestano il precetto di gara secondo cui ogni candidato deve dimostrare, in fase di prequalifica, la capacità di organizzare la gestione dei servizi afferenti alla struttura con contratti di rete territoriali con soggetti radicati sul territorio, e deve descrivere la catena dell'offerta che intende implementare per l'erogazione del servizio, indicando per ogni attività la tipologia dei soggetti coinvolti operanti sul territorio (senza nominarli), dei quali il candidato deve verificare i requisiti professionali e le abilitazioni necessarie a svolgere la prestazione loro richiesta. Secondo le ricorrenti è inammissibile la restrizione territoriale ad un ambito individuato dalla stazione appaltante (cioè il fatto che i contratti di rete vadano stipulati con soggetti radicati sul territorio), restrizione che collide con la proiezione sovranazionale propria del sistema dinamico di acquisizione, estromette dal mercato del sistema dinamico di acquisizione un'ampia fetta di operatori, in violazione dell'art. 45 del d.lgs. n. 50/2016, esclude soggetti la cui attività non sia radicata nel tessuto sociale lavorativo toscano, in violazione dell'art. 35 (rectius: 30), comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, che vieta alle stazioni appaltanti di favorire o svantaggiare taluni operatori economici; l'imposizione di uno specifico schema contrattuale colliderebbe col principio di autonomia imprenditoriale.

Estar replica appellandosi alla direttiva 23/2014/UE del 26.2.2014, considerando n. 53 sulla normativa alleggerita (*“È opportuno escludere dalla piena applicazione della presente direttiva soltanto quei servizi che abbiano una dimensione transfrontaliera limitata, come per esempio taluni servizi sociali, sanitari o educativi. Tali servizi sono forniti in un contesto particolare che varia sensibilmente da uno Stato membro all'altro a causa delle differenti tradizioni culturali. Per le concessioni relative a questi servizi si dovrebbe perciò istituire un regime specifico che tenga conto del fatto che sono di recente regolazione. L'obbligo di pubblicare un avviso di preinformazione e un avviso di aggiudicazione della concessione per le concessioni di valore pari o superiore alla soglia stabilita nella presente direttiva è un metodo adeguato per informare i potenziali offerenti in merito alle opportunità commerciali nonché informare tutte le parti interessate in merito al numero e al tipo di contratti aggiudicati. Inoltre, gli Stati membri dovrebbero varare le misure del caso per l'aggiudicazione dei contratti di concessione per tali servizi, così da garantire il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici, consentendo allo stesso tempo alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori di tener conto delle specificità dei servizi in questione. Gli Stati membri dovrebbero far sì che alle amministrazioni*

aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori sia consentito di tener conto della necessità di garantire innovazione e, in conformità dell'articolo 14 TFUE e del protocollo n. 26, un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, parità di trattamento e promozione dell'accesso universale e dei diritti degli utenti"), e n. 56 sulla territorialità ("I servizi dovrebbero essere considerati come prestati nel luogo in cui sono eseguite le prestazioni che li caratterizzano. Se i servizi sono prestati a distanza, ad esempio quelli forniti dai call centre, dovrebbero essere considerati come prestati nel luogo in cui sono effettuati, a prescindere dai luoghi e dagli Stati membri a cui sono destinati).

d) Quanto all'obbligo di rendicontazione e alle sue finalità, le ricorrenti contestano le norme di gara che subordinano la durata del contratto riguardante le strutture residenziali alla rendicontazione economica dell'operatore e all'equilibrio del piano finanziario e penalizzano l'eventuale gestione virtuosa della struttura in concessione: l'art. 3 del capitolato stabilisce da un lato che per i contratti relativi alle strutture residenziali affidati in concessione la durata è ultraquinquennale e il periodo di durata sarà determinato in base all'equilibrio stimato del piano economico finanziario, dall'altro che la redditività della concessione che vada oltre le previsioni del bilancio di progetto faccia sì che i soggetti pubblici possano prevedere un aumento del canone o una riduzione delle rette sociali (talchè la stazione appaltante può discrezionalmente imporre maggiori oneri), mentre invece nessuna norma del codice dei contratti, riferita all'affidamento di appalti o di concessioni, impone l'obbligo di rendicontazione. Anche l'estensione contrattuale, ai sensi del citato art. 3, deve avvenire previa rendicontazione, secondo le regole degli artt. 7 e 10 del capitolato.

e) Per quanto riguarda l'imposizione del prezzo fisso quale limite alla compartecipazione pubblica nella spesa: il costo fisso previsto ai fini della remunerazione dell'operatore è inadeguato rispetto alla natura delle prestazioni, tenuto conto dell'obbligo di rendicontazione delle spese a giustificazione dell'importo corrisposto e della clausola secondo cui, nel caso i costi rendicontati risultassero inferiori al canone, il risparmio prodotto, previo accordo tra d.e.c. e project manager, potrà essere reinvestito per migliorare o arricchire il progetto.

L'affidatario si troverebbe pertanto tra due fuochi: I) se le spese eccedessero il canone fisso, ciò andrebbe a discapito dell'operatore, se invece egli riuscisse ad ottenere un utile, IIa) in caso di concessione l'utile sarebbe assorbito dall'aumento del canone concessorio o dalla diminuzione della retta sociale corrisposta all'operatore (art. 3, pagina 4 del capitolato), IIb) mentre invece negli altri casi l'utile potrebbe essere reinvestito nell'implementazione del progetto previo accordo tra d.e.c. e project manager (art. 8, pagina 7 del capitolato)

f) Le linee guida (documento n. 4) prevedono, al terzo paragrafo, che le rette corrisposte agli operatori per la gestione in global service/concessione delle strutture residenziali saranno calcolate,

in sede di appalto specifico, IVA inclusa, ma ai sensi dell'art. 35, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 il calcolo del valore stimato dell'appalto pubblico si basa sull'importo pagabile al netto dell'IVA, così da salvaguardare la par condicio evitando di avvantaggiare gli operatori usufruenti di maggiori agevolazioni o esenzioni fiscali. Secondo le ricorrenti una clausola che, in sede di appalto specifico, prevede la corresponsione della retta al lordo dell'IVA (e, di riflesso, l'offerta su di essa calibrata dall'operatore), ingenera loro uno svantaggio competitivo, in quanto esse si vedranno penalizzate da soggetti che godono di particolari esenzioni.

Si è costituito in giudizio Estar.

All'udienza del 19 febbraio 2020 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente il Collegio osserva che il ricorso è ammissibile.

Invero, l'ambito di immediata impugnabilità di un bando di gara non è circoscritto alle sole sue clausole immediatamente escludenti, ma ricomprende anche evenienze particolari, tra le quali il caso della *lex specialis* che non consenta la formulazione di una seria e ponderata offerta oppure di disposizioni di gara abnormi o illogiche che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla procedura selettiva (Cons. Stato, III, 23.1.2015, n. 293; idem, V, 18.6.2015, n. 3104; idem, 30.4.2018, n. 2602; TAR Campania, Napoli, III, 4.10.2019, n. 4753).

Orbene, le norme di gara oggetto del ricorso in esame rientrano nella suddetta casistica, in quanto l'incertezza sugli utili ritraibili dalla concessione o dagli appalti specifici (in relazione ai contestati artt. 3 e 8 del capitolato speciale) e la restrizione ai soggetti radicati sul territorio dei contratti di rete (introdotta dal paragrafo 8 del disciplinare di gara) precludono ai candidati la possibilità di un compiuto calcolo di convenienza economica a partecipare alla gara e di formulare adeguate offerte in chiave competitiva.

Sempre in via preliminare si rileva che la difesa delle ricorrenti, con memoria depositata in giudizio l'8.2.2020 (pagina 18), ha chiesto al Collegio di valutare se alcune delle espressioni utilizzate dalla difesa di Estar siano sconvenienti e perciò da oscurare.

La prospettazione delle deducenti è infondata.

Le predette espressioni si traducono in un giudizio della difesa di Estar sulla finalità perseguita dalle ricorrenti, desunta dai motivi di gravame. Esse, per quanto possano essere non condivise, non contengono parole o toni sconvenienti o offensivi, ma rilevano quale esercizio del diritto di difesa e di critica.

Ciò premesso, entrando nel merito della trattazione del gravame si osserva quanto appresso.

Con la prima censura le ricorrenti sostengono che il sistema dinamico di acquisizione può riguardare soltanto i servizi standardizzati, e non anche i servizi di assistenza alla persona cui fanno riferimento gli atti impugnati.

La doglianza non ha pregio.

La praticabilità, nel caso di specie, del sistema dinamico di acquisizione trova fondamento nell'art. 142, comma 5 sexies, del d.lgs. n. 50/2016, il quale, nel prevedere per i servizi sanitari, sociali e connessi le procedure di aggiudicazione disciplinate dagli articoli da 54 a 58 e da 60 a 65, ammette per essi anche il sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 55.

Con la seconda censura le ricorrenti deducono l'illegittimità del divieto di subappalto espresso nell'art. 6 del capitolato speciale.

Il rilievo è infondato.

L'art. 142 del d.lgs. n. 50/2016, nel richiamare le disposizioni del codice dei contratti pubblici la cui applicazione si estende agli appalti dei servizi sociali e sanitari, non opera alcun richiamo alla disciplina del subappalto (cioè all'art. 105).

Pertanto, per tale tipologia di appalti e in considerazione della loro specificità, in forza del citato art. 142 rientra nella piena facoltà della stazione appaltante la scelta di escludere la possibilità del ricorso al subappalto.

Ciò è coerente con la direttiva 2014/23/UE, il cui art. 19, nel disciplinare con disposizione di rinvio la concessione di servizi sociali e sanitari, non richiama l'art. 42, contenente la disciplina del subappalto, ed è anche coerente con la direttiva 2014/24/UE, il cui art. 74, nel disciplinare con disposizione di rinvio gli appalti pubblici di servizi sociali e sanitari, non richiama l'art. 71, riguardante il subappalto.

Pertanto, nella fattispecie in esame l'Amministrazione ha dato contezza delle motivazioni che presiedevano alla scelta di escludere il ricorso al subappalto (si veda l'art. 6 del capitolato).

Con la terza censura le esponenti contestano la norma di gara secondo cui ogni candidato deve dimostrare, in sede di prequalifica, la capacità di gestire i servizi mediante contratti di rete territoriali con soggetti radicati sul territorio.

Il rilievo è fondato.

Il disciplinare relativo al sistema dinamico di acquisizione in argomento (paragrafo 8, pagina 10) stabilisce, in relazione agli appalti specifici aventi a oggetto la stipula di contratti di concessione di servizio e immobile, che "il candidato deve dimostrare, in fase di prequalifica, la capacità di organizzare la gestione dei servizi afferenti alla struttura (servizi alla persona, servizi di logistica e servizi all'immobile) con contratti di rete territoriale, appunto con soggetti radicati sul territorio,

anche a garanzia della capacità di gestione del rischio imprenditoriale associato alla concessione”, e che il concorrente indichi la tipologia di soggetti coinvolti senza nominarli, a garanzia del fatto che gli stessi possono essere individuati da più di un concorrente, il quale al momento della presentazione dell’offerta dovrà presentare i preaccordi con i soggetti individuati (pagina 11 del disciplinare).

In tal modo il disciplinare di gara introduce una restrizione territoriale (laddove sancisce la regola della stipula dei contratti di rete esclusivamente con soggetti “radicati sul territorio”, ovvero già presenti nel luogo dell’esecuzione dei servizi oggetto dell’appalto specifico), ovvero un limite inderogabile che estromette dalla procedura selettiva i soggetti interessati ad operare in loco ma che non sono già radicati sul territorio di riferimento e che costringe l’offerente a non avere altra scelta che avvalersi degli operatori di rete locali, già attivi in loco.

Orbene, rilevano nel caso di specie i principi fondamentali, sanciti espressamente dall’art. 30, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 (posti a tutela della libera concorrenza), di non discriminazione e *par condicio*, dispiegati anche nell’invocato art. 30, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 e vevoli per qualsivoglia procedura di scelta del contraente, per gli appalti e per le concessioni di beni e servizi, sopra e sotto soglia (si vedano anche l’art. 36, comma 1, e l’art. 164, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016; TAR Veneto, I, 21.3.2018, n. 320; TAR Puglia, Lecce, I, 5.7.2018, n. 1104; TAR Molise, 28.1.2019, n. 38; si veda anche Cons. Stato, III, 3.12.2015, n. 5494).

Con la quarta doglianza le deducenti contestano l’art. 3 del capitolato, laddove la norma fa dipendere la durata della concessione dall’equilibrio stimato del piano economico finanziario, e laddove demanda ai soggetti pubblici la possibilità di stabilire, qualora la redditività della concessione superi le previsioni del bilancio di progetto, un aumento del canone o una riduzione delle rette sociali; le interessate contestano il fatto che anche l’estensione contrattuale sia condizionata alla rendicontazione e aggiungono che nessuna norma del codice dei contratti pone l’obbligo della rendicontazione.

La censura è in parte fondata.

Il Collegio osserva che l’art. 3 del capitolato speciale stabilisce che la durata della concessione è fissata nella lettera invito in base all’equilibrio del piano economico finanziario; pertanto ciascun concorrente è in grado di sapere, sin dalla fase di presentazione dell’offerta relativa all’affidamento in concessione, quale sia di preciso la durata ultraquinquennale dell’affidamento sulla base delle indicazioni contenute nella lettera invito e del piano economico finanziario, dal quale risulta il tempo presumibile di recupero degli investimenti e il previsto ritorno sul capitale investito, validi

parametri di riferimento per la determinazione della durata della concessione ai sensi dell'art. 18 della direttiva 2014/23/UE.

Pertanto è infondata la censura in esame nella parte riguardante la disciplina della durata ultraquinquennale della concessione.

Parimenti infondata è la doglianza riferita all'obbligo di rendicontazione.

La rendicontazione assolve allo scopo di rendere possibile il controllo del concedente sulla gestione e sul rispetto delle previsioni del piano economico finanziario, controllo che è in linea con la natura delle concessione, la quale può essere considerata una forma di regolazione del rapporto tra pubblica amministrazione e privati.

A diversa considerazione si presta il rilievo (ad avviso del Collegio fondato) avente a oggetto la facoltà dei soggetti pubblici di prevedere l'aumento del canone o la riduzione delle rette sociali ad esito della misurazione della redditività della concessione.

Trattasi di scelta rimessa alla piena discrezionalità della parte pubblica dall'art. 3 del capitolato speciale, anche se il monitoraggio sull'attività svolta avviene sulla base del controllo del project manager (nominato dall'affidatario) e degli indicatori di risultato individuati dal direttore dell'esecuzione del contratto, secondo quanto stabilito dall'art. 10 del capitolato speciale, mentre la presupposta rendicontazione (da cui risulta la redditività della concessione) viene redatta dal project manager ai sensi dell'art. 8 del capitolato speciale.

L'art. 3 del capitolato speciale demanda alla decisione unilaterale e libera del soggetto pubblico l'incremento del canone o la riduzione delle rette sociali, qualora si verifichi il presupposto della redditività della concessione che vada oltre le previsioni del bilancio di progetto; al verificarsi di quest'ultima condizione, la scelta dei soggetti pubblici di incrementare il canone o di ridurre le rette sociali (ovvero di incrementare una voce di costo o di ridurre un'entrata del concessionario) è configurata nel capitolato come libera, imprevedibile e disancorata dal contraddittorio con il concessionario interessato. Infatti il citato art. 3 non prevede una scelta concordata tra il soggetto pubblico e il concessionario, o tra il direttore dell'esecuzione contrattuale (nominato dall'ASL) e il project manager (nominato dall'affidatario), al contrario di quanto invece prevede il successivo art. 8 in ordine al reinvestimento dell'eventuale risparmio prodotto.

In tal modo l'eventuale redditività inferiore alle previsioni di bilancio è un rischio di cui si deve far carico il concessionario, mentre l'opposta eventualità della maggiore redditività è escluso che possa con certezza avvantaggiare il concessionario, stante l'imperscrutabile possibilità che il soggetto pubblico la faccia assorbire da una diminuzione di entrata o da un aumento di costo a carico del concessionario. Viene introdotto dalla *lex specialis* un indeterminato fattore (demandato

all'imprevedibile decisione del soggetto pubblico) di maggiore onerosità contrattuale o comunque di riduzione dei vantaggi economici conseguenti ad una gestione più redditizia del previsto della concessione, il quale fa sì che non sia controbilanciato il rischio dell'operatore di avere una redditività inferiore al previsto, ovvero il rischio d'impresa del concessionario di avere, in fase di esecuzione del servizio, maggiori costi del previsto, e quindi rende problematico il calcolo di convenienza che presiede all'opzione del privato di partecipare alla procedura selettiva.

Con la quinta censura le ricorrenti lamentano che la previsione di un tetto massimo di remunerazione (ragguagliato alla retta giornaliera per ospite e ancorato al canone mensile) è avulsa da eventuali maggiori costi che l'operatore debba sostenere; aggiungono che a fronte dell'adozione del criterio del prezzo fisso, l'obbligo di rendicontazione è illogico. Secondo le ricorrenti, da un lato le spese eccedenti il limite del canone determinato in misura fissa andrebbero a discapito dell'aggiudicatario, dall'altro, ove quest'ultimo si rivelasse invece particolarmente virtuoso, la stazione appaltante provvederebbe all'aumento del canone o alla diminuzione delle rette sociali, oppure (art. 8 del capitolato) vi sarebbe la possibilità di reinvestire il *surplus* nell'implementazione del progetto.

La censura, nella parte riferita alla possibilità del soggetto pubblico di imporre un incremento del canone o una diminuzione delle rette, è fondata per le ragioni espresse nella trattazione del precedente rilievo.

Per il resto i rilievi sono infondati, alla stregua delle seguenti considerazioni.

La *lex specialis* di gara contempla il criterio del prezzo fisso, corrispondente all'importo delle rette, escluso da qualsiasi possibilità di ribasso: l'esclusione del ribasso e l'aggiudicazione basata sui soli elementi qualitativi è in linea con il combinato disposto dell'art. 142, comma 5 septies, e dell'art. 95, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa può contemplare un prezzo o costo fisso sulla base del quale i concorrenti competono solo in base a criteri qualitativi.

L'art. 8 (pagina 7) del capitolato, laddove stabilisce che “nel caso in cui nella rendicontazione si verificassero costi da corrispondere inferiori rispetto al canone, il risparmio prodotto, previo accordo tra d.e.c. e project manager, potrà essere reinvestito per migliorare o arricchire il progetto”, contempla una evenienza in cui, a differenza del caso della maggiore redditività prevista dall'art. 3 del capitolato, la stazione appaltante non gode di una unilaterale potestà di modificare il rapporto di convenienza economica dell'esecuzione del contratto, in quanto il medesimo art. 8 prevede, in caso di costi inferiori rispetto al canone, un accordo tra direttore dell'esecuzione del contratto e project manager (il quale, come visto, è nominato dal privato affidatario) ai fini del reinvestimento, talché

l'operatore è in grado di interloquire nella scelta e di escludere, attraverso il project manager di sua nomina, la soluzione del reinvestimento propugnata, ai sensi dell'art. 8 del capitolato, dal direttore dell'esecuzione contrattuale nominato dall'ASL.

Pertanto nel suddetto caso non è ipotizzabile una modifica delle condizioni contrattuali subita dall'aggiudicatario, il quale è parte attiva nella scelta attraverso il project manager.

Le ricorrenti infine contestano la previsione della corresponsione delle rette IVA inclusa, deducendo che la previsione al lordo dell'IVA collide con l'art. 35, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 e ingenera un loro svantaggio competitivo, a fronte di altri soggetti beneficianti di particolari esenzioni.

Il motivo non è condivisibile.

L'IVA è un costo del gestore che sarà scorporato al momento del pagamento di ciascuna fattura e riguarda il servizio ceduto, trattandosi di imposta sul consumo, e non il soggetto fiscale.

In conclusione, in relazione al giudizio di fondatezza su alcune delle censure dedotte, il ricorso va accolto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come indicato nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione.

Condanna Estar a corrispondere alle ricorrenti la somma complessiva di euro 4.000 (quattromila) oltre accessori di legge, a titolo di spese di lite.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 19 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere, Estensore

Pierpaolo Grauso, Consigliere