

N. 04208/2015REG.PROV.COLL.

N. 09431/2014 REG.RIC.



# 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 9431 del 2014, proposto da:  
PIAZZA VIRTUALE SOCIETA' COOPERATIVA SOCIALE ONLUS,  
in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentata e difesa dall'[avv.to](#) Alfredo Contieri ed elettivamente domiciliata presso lo studio  
degli avv.ti Michele De Cilla e Salvatore Napolitano, in Roma, corso Trieste, 16,

contro

- Società Cooperativa Sociale San Paolo ( oggi Società Cooperativa Sociale Parking Evolution ),  
costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'[avv.to](#) Mario Sanino ed elettivamente domiciliata  
presso lo studio dello stesso, in Roma, viale Parioli, 180;  
- ASL NA 2 Nord,  
in persona del Direttore Generale p.t.,  
non costituitasi in giudizio,

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI - SEZIONE V n. 04594/2014, resa tra le parti,  
concernente affidamento servizio di gestione aree destinate a parcheggio di sosta a pagamento.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata;

Visto che non si è costituita in giudizio l'Azienda Sanitaria;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive domande e difese;

Vista l'Ordinanza n. 539/2014, pronunciata nella Camera di Consiglio del giorno 11 dicembre 2014, di accoglimento della domanda di sospensione dell'esecuzione della sentenza appellata;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 16 luglio 2015, la relazione del Consigliere Salvatore Cacace;

Uditi, alla stessa udienza, l'avv. Alfredo Contieri per l'appellante e l'avv. Marco Di Lullo, in sostituzione dell'avv. Mario Sanino, per l'appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

## FATTO e DIRITTO

L'odierna appellante, avendo partecipato alla procedura aperta da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento del servizio di gestione aree sosta a pagamento dell'Ospedale « Santa Maria delle Grazie » di Pozzuoli indetta dall'ASL NA con bando di gara in data 26 luglio 2013 ed essendo risultata aggiudicataria definitiva dell'appalto in virtù di deliberazione del Direttore Generale n. 216 in data 19 febbraio 2014, impugna la sentenza indicata in epigrafe, con cui il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede di Napoli, ha accolto il ricorso proposto in primo grado dalla controinteressata, che ha partecipato alla stessa gara collocandosi al secondo posto della graduatoria finale con il punteggio di 74 a fronte dei 75,33 punti assegnati all'aggiudicataria, per l'annullamento:

1) della nota prot. n. 673/A/UOCGRTT del 24.2.2014, con cui la stazione appaltante comunicava all'odierna ricorrente di avere aggiudicato definitivamente alla controinteressata Cooperativa Sociale Onlus Piazza Virtuale l'appalto "procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione delle aree destinate a parcheggio di sosta a pagamento. Ospedale Santa Maria delle Grazie di Pozzuoli - CIG 5306064E84";

2) della delibera di aggiudicazione n. 216 del 19.2.2014 e degli atti della procedura di gara, nella parte in cui non recano l'aggiudicazione dell'appalto sopra citato a favore della ricorrente, individuandola come seconda classificata e nella parte in cui recano detta aggiudicazione a favore della prefata cooperativa Piazza Virtuale;

3) del verbale della Commissione giudicatrice n. 3 del 27.1.2014, nella parte in cui attribuisce alla ricorrente un punteggio complessivo di p.74,00 ed alla cooperativa P. zza Pulita un punteggio di 75,33, recando aggiudicazione provvisoria della gara a quest'ultima;

4) del verbale n. 2 della Commissione giudicatrice del 24.1.2014, nella parte in cui assegna illegittimamente (siccome prestazione completamente omessa nell'offerta tecnica) punti 5 alla controinteressata in relazione al criterio "Manutenzione" ciò in riferimento al correlato sub criterio a) "frequenza di intervento per la manutenzione sui manufatti e sulle aree al verde assegnate";

5) del medesimo verbale n. 2, nella parte in cui assegna illegittimamente (siccome manifestamente illogico e contraddittorio) punti 28,00 alla controinteressata in relazione al criterio "Progetto

migliorativo” in riferimento al correlato sub criterio d) “Migliorie progettuali suggerite” ed alla ricorrente soli punti 20,00 sebbene - ad avviso della ricorrente - le migliorie progettuali offerte dovevano essere valutate certamente migliori e/o quantunque equivalenti a quelle sì sinteticamente enunciate dalla controinteressata;

6) del medesimo verbale n. 2, nella parte in cui - in rapporto alle dette illegittimità - assegna all’offerta tecnica della controinteressata punti 67,00;

7) di ogni atto consequenziale, preordinato e connesso, in specie di tutti i documenti le valutazioni rese dalla Commissione giudicatrice, ai fini dell’attribuzione del punteggio complessivo assegnato alla Cooperativa Piazza Virtuale, con riferimento alle enunciate proposte migliorative apportate.

La decisione appellata, dopo aver respinto il ricorso incidentale proposto dall’aggiudicataria sul rilievo dell’erronea ammissione alla gara della ricorrente principale, ha ritenuto fondata la censura di difetto dei presupposti di fatto e di coerenza della procedura valutativa dell’offerta tecnica posta in essere dalla Commissione di gara, quanto in particolare alla attribuzione dei punteggi per i sub-criterii a) e b) del criterio “Manutenzione” previsto fra gli altri dalla legge di gara per la valutazione di detta offerta.

L’appellante, aggiudicataria soccombente in primo grado, sostiene la erroneità ed ingiustizia della sentenza impugnata, sia nella parte in cui ha respinto il suo ricorso incidentale di primo grado volto alla declaratoria dell’illegittimità dell’ammissione alla gara della ricorrente principale, sia laddove ha ritenuto viziate le valutazioni compiute dalla Commissione di gara ai fini dell’attribuzione del punteggio dell’offerta tecnica, peraltro ingerendosi, si afferma, nel merito intrinseco di tali valutazioni, “così inammissibilmente superando i limiti del proprio sindacato ed invadendo la sfera di valutazione discrezionale del merito riservata all’amministrazione” ( pag. 15 app. ).

Si è costituita in giudizio, per resistere, la controinteressata, riproponendo ex art. 101, comma 2, c.p.a. le censure, rimaste assorbite in primo grado, afferenti la valutazione degli altri elementi dell’offerta tecnica (“Vigilanza” e “Progetto migliorativo”) fatti oggetto di attribuzione di punteggio dalla Commissione.

Non si è invece costituita, benché ritualmente intimata, l’Azienda Sanitaria.

Con Ordinanza n. 539/2014, pronunciata nella Camera di Consiglio del giorno 11 dicembre 2014, è stata accolta la domanda di sospensione dell’esecuzione della sentenza appellata.

Con memoria in data 1° aprile 2015, corredata da documenti, l’appellante, richiamata la circostanza in fatto dell’intervenuta stipula del contratto a valle della contestata aggiudicazione in suo favore, rinvia a quanto già ampiamente argomentato nell’atto di appello.

A sua volta l’appellata, con memoria in data 7 aprile 2015, ha ampiamente dedotto in relazione al ricorso incidentale di primo grado “riproposto” in sede di appello.

Con memorie in data 9 aprile 2015 hanno svolto ulteriori osservazioni a sostegno delle rispettive tesi e domande.

La causa, chiamata alla udienza pubblica del 23 aprile 2015 ed ivi rinviata su istanza di parte per impedimento di uno dei difensori, è stata nuovamente chiamata alla udienza pubblica del 16 luglio 2015 ( in vista della quale la società appellata ha depositato verbale assemblea concernente mutamento di denominazione ) ed ivi infine trattenuta in decisione.

Ritiene il Collegio che la decisione appellata possa essere confermata, se pure con parzialmente diversa motivazione, resistendo essa alle censure proposte con l'atto di appello dell'originaria aggiudicataria.

Deve essere disattesa in primo luogo la tesi d'appello, già fatta valere in primo grado con ricorso incidentale, secondo cui l'odierna appellata (ricorrente principale nel giudizio innanzi al T.A.R.) sarebbe carente del requisito di partecipazione della iscrizione all'Albo delle Cooperative Sociali del Ministero dello Sviluppo Economico per la categoria "B" richiesta dal bando e dunque non avrebbe dovuto essere ammessa alla gara.

Ha rilevato in proposito il primo Giudice che "il riferimento alla categoria A di cui alla Visura dalla C.C.I.A.A. datata 30.4.2014, depositata in data 5.5.2024" (su cui la ricorrente incidentale fondava il suo argomentare) "era dovuta unicamente ad un errore di digitazione, sì come riscontrato e rettificato dal Responsabile Ministeriale dell'Albo", concludendo sul punto che risulta "provato in atti dall'allegata Visura Storica rilasciata dalla CCIAA del 29.5.2014 e, alla luce di copia conforme dell'atto costitutivo, che la ricorrente principale è sempre stata una cooperativa sociale di tipo B) e non di tipo A)" (pagg. 15 – 16 sent.).

Ritiene in proposito il Collegio che le pur convincenti argomentazioni dell'appellante circa l'intervenuta iscrizione della Cooperativa controinteressata all'Albo delle Cooperative Sociali nella categoria "B" solo nel corso del giudizio e circa il carattere costitutivo di tale iscrizione (atteso, come già rilevato in sede di accoglimento dell'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata, che il possesso di tale requisito non risulta dal certificato di iscrizione CCIAA in data 5 novembre 2013 presentato in allegato alla domanda di partecipazione alla gara, a nulla rilevando a tal fine né l'oggetto sociale dallo stesso risultante né le variazioni successivamente intervenute, se pure qualificate nel caso di specie come rettifiche o correzioni nell'istanza rivolta dalla Cooperativa solo in data 20 maggio 2014 al Ministero dello Sviluppo Economico, stante la natura costitutiva dell'iscrizione all'albo ai sensi dell'art. 10, comma 2, della legge 23 luglio 2009, n. 99, la cui efficacia è sempre "ex nunc" e non retroattiva, sì da consentire di escludere il possesso di tale iscrizione alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte) non valgono a sopperire al dato inconfutabile che la *lex specialis* è carente di qualsiasi previsione che annoveri tra i "requisiti minimi di partecipazione alla gara" (v. punto 2. del Disciplinare di gara) il possesso di siffatto requisito: deduzione, questa, che, formulata dall'appellata nella memoria depositata in data 7 aprile 2015, sfugge all'eccezione di inammissibilità sollevata dalla controinteressata, sia perché, a fronte della richiesta di declaratoria di illegittimità di un provvedimento amministrativo (nella fattispecie quella, formulata col ricorso incidentale di primo grado poi riproposto in appello, di annullamento del provvedimento di ammissione alla gara dell'originaria ricorrente odierna appellata), il Giudice può autonomamente ricercare all'interno degli atti di gara le circostanze di fatto e le ragioni in diritto che rendano la domanda inaccoglibile, a prescindere dalle difese delle controparti; sia perché quelle svolte dall'appellata con l'indicata memoria sono mere difese, pacificamente esaminabili per la prima volta in appello, tenuto anche conto del principio "*quae temporalia ad agendum, perpetua (sunt) ad excipiendum*" (cfr., in tal senso, Cons. St., sez. V, 26 giugno 2012, n. 3731 e 22 maggio 2013, n. 2781; Cons. St., sez. III, 4 settembre 2013, n. 4431; Cons. Giust. Amm. Sicilia, sez. giurisdiz., 22 luglio 2012, n. 721; da ultimo, Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2015, n. 412).

Il Disciplinare di gara individua invero come "soggetti ammessi alla gara" (punto 1.) le "cooperative sociali di disabili" e tale si configura senza contestazioni la cooperativa odierna appellata; quanto, poi, alla distinzione tra cooperative sociali di tipo "A" e cooperative sociali di tipo "B", riconducibile all'art. 1, comma 1, della legge 8 novembre 1991, n. 381, lo stesso Disciplinare non contiene alcuna chiara disposizione, che consenta di considerare, come sostenuto

dall'appellante, come indefettibile requisito di ammissione alla gara l'iscrizione all'Albo delle Cooperative Sociali del Ministero dello Sviluppo Economico per la categoria "B", dal momento che tra i "requisiti di carattere speciale", richiesti "a pena di esclusione", è indicata soltanto ( al punto 2.2 ) la "iscrizione nell'elenco Regionale delle Istituzioni ed Organismi a scopo non lucrativo che svolgono attività a carattere sanitario e socio-sanitario quali le cooperative sociali di disabili di gruppo B, istituito per favorire l'inserimento nel lavoro dei diversamente abili"; locuzione, questa, che, da un lato del tutto autosufficiente ( sì che essa non è integrabile con richiami alle mere premesse della deliberazione che ha indetto la gara ) e dall'altro rimasta del tutto inoppugnata, fa dunque riferimento alle "attività a carattere sanitario e socio-sanitario" ( che sono indubitabilmente oggetto della gestione propria della lettera a) del comma 1 della legge n. 381/1991 ), alle quali poi riconduce, oscuramente ma inequivocamente, con il pronome indefinito singolativo "quale" introducente una proposizione comparativa di analogia di conformità generica alla prima, "le cooperative sociali di disabili di gruppo B", riferendo poi il favor per "l'inserimento nel lavoro dei diversamente abili" non all'una e nemmeno all'altra categoria di cooperative ( che comunque considera con tutta evidenza analoghe ) ma alla ratio di istituzione dell'elenco Regionale delle Istituzioni ed Organismi a scopo non lucrativo, cui è appunto riferito il participio passato "istituito".

Peraltro, la legge regionale della Campania n. 11 del 23 ottobre 2007 ed il Regolamento approvato con D.P.G.R. 23 novembre 2009, n. 16 non prevede per le cooperative sociali ( e l'argomento è per il Collegio decisivo, alla luce del fatto che la legge di gara fa appunto riferimento all'iscrizione nell'elenco Regionale delle Istituzioni ed Organismi a scopo non lucrativo ) nessuna altra differenziazione, che non sia quella, della quale non si fa qui contestazione, basata sulla indicazione dell'area di intervento prioritaria, nella quale la Cooperativa iscritta svolge la sua attività.

A ciò aggiungasi che la stessa Amministrazione appaltante, chiamata da una Cooperativa concorrente a rendere chiarimenti sul possesso del requisito di cui si tratta e sulle modalità di dimostrazione dello stesso così come fissate al punto 3. del Disciplinare di gara a fronte dell'intervenuta abrogazione di tale registro, ha ritenuto ( v. nota del Responsabile Unico del Procedimento in data 17 ottobre 2013 ) sufficiente ad attestare il possesso del requisito di cui alla lettera b) "Requisiti di carattere speciale" del punto III.5 delle condizioni di partecipazione "una dichiarazione ... dalla quale si evinca che il soggetto (concorrente) è stato iscritto nell'abrogato Registro ... fino alla abrogazione ..." e, per "i soggetti/Cooperative di diversamente abili che si siano costituite dopo l'abrogazione del Registro, ... una dichiarazione ... ove si riporta che la Cooperativa ... si è costituita prima della pubblicazione del Bando di Gara, che la stessa non ha fini di lucro e che possiede tutti i requisiti per iscriversi al Registro Regionale laddove lo stesso non fosse stato abrogato".

In definitiva, non potendosi ricavare dalla disciplina della lex specialis alcuna disposizione limitativa della partecipazione ai soli soggetti della cooperazione sociale iscritti nella categoria "B" dell'Albo tenuto dal Ministero dello Sviluppo Economico, non può mettersi in dubbio il possesso, in capo alla privata appellata, di uno dei requisiti di ammissione alla procedura aperta contemplati ( a pena di esclusione ) dalla lex specialis medesima.

Anche il motivo di appello sub II.A), relativo al vizio rilevato dal T.A.R. di erronea valutazione da parte della Commissione di gara del criterio "Manutenzione: frequenza di intervento sui manufatti e sulle aree al verde assegnato", va disatteso.

Ed invero, premessa l'inammissibilità della inerente "relazione tecnica" per la prima volta versata in appello in violazione del divieto di cui all'art. 104, comma 2, c.p.a. ( per la cui deroga non sussistono nella fattispecie i presupposti ), rileva il Collegio che la ricorrente in primo grado ha evidenziato elementi di incongruenza ed illogicità di siffatta valutazione tali non solo da superare

l'eccezione di controparte di insindacabilità in sede di scrutinio di legittimità di apprezzamenti relativi alle caratteristiche del servizio offerto ( e ciò alla luce della assoluta obiettività del sub-criterio e della carenza dello stesso presupposto di fatto della valutazione stessa ), ma anche effettivamente sussistenti.

Dall'esame, invero, del Disciplinare di gara ( che fa consistere l'offerta tecnica in una "relazione ... nella quale dovranno essere illustrate: modalità e tipologie dei servizi di manutenzione; entità e qualità del servizio di vigilanza; proposte-progetti migliorativi" e che, ai fini della valutazione di detta offerta, prevede tra gli altri un criterio "Manutenzione" suddiviso in due sub-criterii, dei quali il primo, cui è riservato un punteggio massimo pari a 5, relativo alla "frequenza di intervento per le manutenzioni e sulle aree al verde assegnate" ) emerge infatti, in tutta la sua nitidezza, l'errore compiuto dalla Commissione di gara nell'attribuire punti 5 per tale sub-criterio all'offerta della odierna appellante, laddove essa ha ommesso del tutto di prevedere nella sua offerta la manutenzione delle aree al verde e dunque anche la relativa frequenza, che costituiva il vero ed "unico" parametro di valutazione; sì da rendere sul punto l'offerta stessa semplicemente non valutabile.

Il rilievo, poi, dell'avvenuta indicazione di tale prestazione solo in sede di "migliorie", lungi dal rappresentare ( come pretende l'appellante ) "una lettura meramente formalistica dell'offerta della ricorrente", consente invece di ricavare che l'odierna appellante non ha inteso come ricomprese nelle prestazioni dovute la manutenzione delle aree a verde ( ed ogni eventuale contraddizione interna sul punto della legge di gara avrebbe dovuto essere sollevata con apposita censura di ricorso incidentale ), pretendendo poi di trarne una doppia valutazione della prestazione stessa, non consentita dalla legge di gara, prima quale elemento dell'oggetto ordinario del servizio ( se pure in relazione al mero parametro della "frequenza" ) e poi come "miglioria", ch'è voce oggetto di specifica valutazione e per la quale l'appellante s'è vista peraltro attribuire un punteggio di 28/30.

Sulla scorta, poi, dell'offerta stessa, la indicazione, tra il personale impiegato per il servizio parcheggi ( pagg. 12 – 13 relazione tecnica ), di una unità giornaliera per "manutenzione giardinaggio" da un lato non vale di per sé a ricondurre l'attività di cui si tratta tra le prestazioni-base oggetto di valutazione nell'ambito del sub-criterio in argomento ( dal momento che nell'illustrazione dei "servizi migliorativi" la concorrente non ha indicato il personale agli stessi specificamente dedicato, sì che l'elencazione di cui alle citate pagg. 12 – 13 non può che essere riferita anche a tali servizi ), dall'altro non può certo intendersi come assorbente del mancante dato della frequenza del servizio (oggetto della valutazione di cui si tratta), sol che si considerino le varie operazioni nello stesso ricomprese ( innaffiamento, potatura siepi ed alberi, raccolta foglie, taglio tappeti erbosi, concimazioni, innesti, ecc. ), delle quali tutte ( singolarmente o per gruppi ) occorreva indicare la frequenza ( oggetto poi di complessiva valutazione ai fini della attribuzione del punteggio di cui al sub-criterio in questione ), di certo non ricavabile dal mero elemento della presenza giornaliera di un dipendente addetto al giardinaggio.

Pure in contraddizione ( e veniamo così al motivo sub II.B) dell'atto di appello ) con gli elementi ricavabili dalle offerte della odierna appellante e della controinteressata, come correttamente osservato dalla sentenza impugnata, si rivela l'attribuzione, per il criterio "Manutenzione: b) frequenza rifacimento segnaletica", di punti 4 all'offerta dell'odierna appellante ( rispetto ad un massimo previsto di punti 5 ) ed a quella dell'appellata di punti 3, laddove, a fronte di un rifacimento semestrale di tutta la segnaletica orizzontale e verticale previsto tra gli "obblighi del gestore" all'art. 9 del Capitolato di Servizio, l'appellante ha previsto nella sua offerta controlli con cadenza trimestrale per gli interventi di manutenzione straordinaria dei cartelli e dei sostegni ( nessuna cadenza diversa da quella indicata in Capitolato essendo invece ivi prevista per la manutenzione straordinaria della segnaletica orizzontale ), mentre l'appellata ha preventivato il

rifacimento della segnaletica orizzontale ogni 60 giorni, il controllo quotidiano dei pannelli informativi della segnaletica verticale e la relativa sostituzione entro 24 ore.

In conclusione, quanto ai due esaminati sub-criterii di valutazione del criterio "Manutenzione", per il primo l'assenza di qualsivoglia elemento nell'offerta dell'odierna appellante relativo alla frequenza degli interventi di manutenzione sulle aree a verde vale ad escludere la attribuibilità di un punteggio purchessia all'offerta stessa, mentre l'obiettivo minore frequenza delle attività oggetto della valutazione propria del secondo non giustifica l'attribuzione, come effettuata dalla Commissione di gara, di un maggior punteggio all'offerta dell'appellante medesima invece che a quella dell'odierna appellata.

Rimarcato che, per effetto di quanto sopra considerato, la decurtazione dei punti illegittimamente assegnati all'offerta tecnica dell'odierna appellante in relazione ai veduti sub-criterii vale a soddisfare l'interesse alla aggiudicazione posto a base del ricorso originario, l'appello va respinto, con conseguente assorbimento dei motivi del ricorso principale di primo grado, parimenti in quella sede rimasti assorbiti.

Conseguentemente la sentenza impugnata va confermata nei sensi di cui in motivazione, anche quanto alla declaratoria, rimasta esente da specifiche censure d'appello, di invalidità ed inefficacia dei contratti stipulati (anche ove intervenuti per effetto del provvedimento cautelare reso in sede di appello, ch'è misura ontologicamente temporanea e rivedibile, destinata ad essere travolta, unitamente all'attività amministrativa posta in essere in esecuzione della stessa, dagli effetti della sentenza di mérito di segno diverso) e quanto alla reiezione della domanda risarcitoria proposta col ricorso principale di primo grado, che non ha costituito oggetto di appello incidentale.

Le spese del presente grado, liquidate nella misura indicata in dispositivo, séguono, come di régola, la soccombenza.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo respinge e, per l'effetto, conferma, nei sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Condanna l'appellante alla rifusione di spese ed onorarii del presente grado di giudizio nella misura di Euro 4.000,00=, oltre I.V.A., C.P.A. e spese generali, previa revoca dell'efficacia della pronuncia sulle spese resa in sede cautelare.

Cessano gli effetti dell'Ordinanza n. 539/2014, pronunciata nella Camera di Consiglio del giorno 11 dicembre 2014, di accoglimento della domanda di sospensione dell'esecuzione della sentenza appellata.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 16 luglio 2015, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Terza – riunito in Camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/09/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)