

Massima: *L'art. 77 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 statuisce: “nelle procedure di aggiudicazione dei contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l’oggetto del contratto”. Tale disposizione definisce i limiti della competenza della commissione, che si è tenuta a svolgere un’attività di giudizio consistente nella valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico, in qualità di organo straordinario e temporaneo della stazione appaltante con funzioni istruttorie.*

La giurisprudenza amministrativa ha precisato che: a) la disposizione non impone una rigida corrispondenza tra competenza dei membri della commissione e ambiti materiali che concorrono alla integrazione del complessivo oggetto del contratto; b) la competenza ed esperienza richieste ai commissari deve essere riferita ad aree tematiche omogenee, e non anche alle singole e specifiche attività oggetto dell’appalto (Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2018, n. 5603); c) sarebbe opportuno, a fronte di componenti con competenza nel settore ‘primario’ cui si riferisce l’oggetto dell’appalto, che ve ne siano altri con competenza in settori ‘secondari’ (Cons. Stato, sez.III, 24 aprile 2019, n. 2638), non soltanto di natura tecnica, ma amministrativa e gestionale (Cons.Stato, sez.III, 28 giugno 2019, n. 4458); d) la legittima composizione della commissione presuppone la prevalente, seppure non esclusiva, presenza di membri esperti del settore oggetto dell’appalto (Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2018, n. 3721), per cui il requisito della competenza dell’organo collegiale può ritenersi concretamente soddisfatta allorchè due dei suoi tre componenti siano portatori di una specifica competenza nel settore in cui il singolo appalto si riferisce ed il terzo membro vanta comunque una competenza tecnica generale in materia di pubbliche gare (Cons. Stato, sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595); e) la competenza tecnica dei commissari di gara non deve essere necessariamente desunta da uno specifico titolo di studio, potendo, invece, risultare anche da attività espletate e da incarichi svolti in precedenza (Cons. Stato, sez.III, 23 dicembre 2019, n. 8700).

Sentenza Consiglio di Stato n. 1898 del 23/02/2023



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3658 del 2022, proposto da Raggio di Sole Società Cooperativa Onlus in proprio e quale mandataria dell'ATI con Senexus Soc. Coop. Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo, n. 323;

contro

Comune di Castellammare di Stabia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Antonella Verde, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Cooperativa Sociale Gialla, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Barbara Frateiacchi, Graziano Pungi' e Francesco Antonio Romito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

RTI Cooperativa Sociale il Quadrifoglio, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. 02778/2022, resa tra le parti, concernente per l'annullamento, previa sospensiva anche ex art.56 c.p.a., dei seguenti atti: a) del provvedimento di aggiudicazione – determina n. 1841 del 20.8.2021; b) ove e per quanto lesivi di tutti i verbali di gara; c) ove e per quanto lesiva della legge speciale di gara (così come comprensiva di bando, disciplinare, capitolato e chiarimenti), se interpretabile così come interpretata dalla S.A.; d) ove e per quanto lesiva della determina a contrarre e della determina di nomina dei commissari prot. n. 15770 del 9.3.2021; e) ove e per quanto lesiva, della determina di efficacia del provvedimento di aggiudicazione, non conosciuta, che ci si riserva di impugnare espressamente con il ricorso per

motivi aggiunti; f) in subordine, per l'annullamento della intera procedura di gara; g) di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali che ci si riserva di impugnare espressamente con ricorso per motivi integrativi/aggiuntivi nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di servizio, ove nelle more stipulato, al fine del subentro della ricorrente.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Castellammare di Stabia e della Cooperativa Sociale Gialla;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2022 il Cons. Annamaria Fasano e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.La società Raggio di Sole Società Cooperativa ONLUS (in seguito Raggio di Sole), operante in ambito sociale con particolare riferimento alla gestione degli asili nido e dei nidi di infanzia, partecipava in ATI con la Senexus Società Cooperativa Sociale alla procedura di gara aperta bandita dalla Città di Castellammare di Stabia per 'la conclusione di un accordo quadro, art. 54, comma 3, del citato decreto, per l'affidamento del servizio di gestione di asili nido comunali 'Martucci' e 'Carducci' per la durata di tre anni scolastici. In seguito alle operazioni di gara, la ricorrente risultava seconda classificata con un punteggio pari a 87,31/100, mentre il RTI 'Gialla' -Il 'Quadrifoglio' si posizionava primo in graduatoria con un punteggio pari a 88,13/00. Con verbale n. 7, la Commissione trasmetteva i verbali di gara al RUP affinché venisse espletata la fase di verifica dell'anomalia. Nell'ambito della procedura di appalto in questione, la ricorrente promuoveva anche, in data

17.6.2021, istanza di accesso agli atti finalizzata alla presa visione ed all'estrazione in copia di una serie di documenti quali: la determina a contrarre; il provvedimento di nomina della Commissione di gara e curricula dei commissari; tutti i verbali di gara, compresi quelli relativi al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della prima graduata con i relativi giustificativi ed all'espletamento di un eventuale soccorso istruttorio in favore della prima graduata con i relativi allegati; i verbali di gara relativi ai criteri di valutazione seguiti dalla Commissione, alle schede ed alle griglie di valutazione delle offerte; l'offerta tecnica, economica e la documentazione amministrativa del RTI 'Gialla – Il Quadrifoglio'; la documentazione acquisita in sede di verifica dei requisiti dichiarati dalla prima graduata. L'istanza veniva evasa dagli uffici del Comune con parziale ostensione dei documenti. Con nota prot. 50449/2021 – U del 21.7.2021, la Città di Castellamare denegava l'ostensione dell'offerta tecnica del primo graduato, dei verbali di gara relativi all'attribuzione dettagliata dei punteggi tecnici (schede e griglie di valutazione), della documentazione acquisita in sede di verifica dell'anomalia e la documentazione acquisita a comprova del possesso dei requisiti dichiarati dallo stesso.

2. In virtù della parziale documentazione trasmessa, la società Raggio di Sole adiva al T.A.R. per la Campania, con giudizio ex art. 116 c.p.a., avendo ricevuto, in data 30.9.2021, la sola documentazione amministrativa di cui alla busta A dell'ATI Gialla – Quadrifoglio, e proponeva ricorso ex art. 120 c.p.a. avverso il provvedimento di aggiudicazione, determina n. 1841 del 20.8.2021. Nelle more, il giudizio ex art. 116 c.p.a. si definiva a mezzo della sentenza n. 7427/2021 del 22.11.2021, con cui il T.A.R. per la Campania ordinava al Comune di Castellamare l'esitazione integrale dell'istanza di accesso formulata dalla ricorrente, che veniva inviata dopo numerosi solleciti. La documentazione trasmessa dalla S.A. veniva depositata in giudizio, e in tale sede la ricorrente rilevava una difformità tra la

documentazione trasmessa in data 30.9.2021, in cui vi erano certificati di qualità scaduti, e quella trasmessa in data 17.12.2021, in cui vi erano altri certificati di qualità aventi date di scadenza compatibili con la procedura oggetto di causa. La società Raggio di Sole proponeva motivi integrativi, lamentando la violazione dell'art. 80, comma 4, e comma 5 del d.lgs. 50 del 2016, stante la mancata dichiarazione da parte dell'aggiudicataria della sussistenza di una pendenza tributaria pari a circa 90.000 euro.

La ricorrente contestava la mancata esclusione del RTI aggiudicatario, per avere depositato, in riferimento alla normativa UNI 11034:2003, una certificazione priva di validità per intervenuta scadenza alla data di decorrenza del termine di presentazione delle offerte, fissato al 15.1.2021, e della cooperativa sociale il Quadrifoglio, per avere prodotto una certificazione non rilasciata da un organismo certificatore riconosciuto dal competente soggetto preposto all'accreditamento italiano (Accredia) o inglese (UKAS). Deduceva doglianze per violazione e falsa applicazione della delibera ANAC n. 157/2016, in ragione della mancata sottoscrizione del PASSOE da parte della mandante, soc. coop. Il Quadrifoglio, e della polizza fideiussoria, da parte sia della mandante che della mandataria, soc. coop. Gialla. Riferiva, inoltre, che la società Cooperativa Gialla era stata esclusa dalla procedura di gara bandita dal Comune di Quarto avente ad oggetto il 'servizio di gestione asili nido E. Morante anni 2021/2022' per incongruità dell'offerta, come desumibile dal verbale del 25.3.2021, per aver reso false e fuorvianti dichiarazioni in sede di gara. Ulteriore esclusione da altra procedura (indetta dall'INPS) sarebbe stata disposta per mancato possesso di requisiti di partecipazione. La società contestava l'illegittima attribuzione dei punteggi aggiuntivi (fino a 4) di cui ai punti B.1., A2 relativamente alle certificazioni di qualità 'ulteriori' possedute dall'aggiudicataria in ragione del possesso da parte della soc. coop. Sociale Gialla del certificato ISO 14001: 2015 (non previsto per la

partecipazione alla gara) scaduto in data 4.8.2019. Inoltre, denunciava l'illegittima composizione della Commissione di gara e l'illegittimità del provvedimento di nomina della medesima, in quanto nessuno dei membri nominati era esperto del settore. Con motivi aggiunti, la ricorrente, a seguito dell'accesso agli atti del 29.12.2021, riferiva di aver rinvenuto un ulteriore vizio dell'aggiudicazione, in ragione della irregolarità fiscale accertata dall'Agenzia delle Entrate per un importo pari ad euro 89.899, 59 per l'anno di imposta 2016, pertanto lamentava la mancata esclusione del raggruppamento controinteressato per violazione dell'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dall'art. 8, comma 5, lett. b) d.l. n. 76 del 2020, conv. in L. 120/2020, per ravvisata sussistenza di gravi violazioni.

3. Il T.A.R. per la Campania, con sentenza n. 2778 del 22.4.2022, respingeva il ricorso.

4. La Raggio di Sole Società Cooperativa ONLUS, in proprio e in qualità di mandataria dell'ATI costituenda con la Senexus Società Cooperativa sociale, ha appellato la suddetta pronuncia, denunciando: *“1. Error in iudicando – Sulla erroneità della sentenza del TAR laddove non ha preso atto della discrasia dei documenti trasmessi dal Comune di Castellammare in data 17.12.2021; 2. Error in iudicando- Omessa motivazione in ordine alla censura di cui al motivo n.4 del ricorso introduttivo – Violazione e falsa applicazione dell'art. 18 del Disciplinare- Sulla illegittima attribuzione dei punteggi di cui al punto B.1 relativamente alle certificazioni di qualità possedute dall'aggiudicataria; 3. Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione del Regolamento CE n. 765/2008- Violazione e falsa applicazione dell'art. 87 del d.lgs. 50/2016; 4. Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione dell'art. 93 del d.lgs. 50/2016; 5. Error in iudicando- Sulla erroneità della sentenza impugnata laddove ha rigettato il motivo n. 3 del ricorso introduttivo – Contraddittorietà – Eccesso di potere per violazione della discrezionalità della S.A. – Sulla violazione e falsa applicazione di legge (art. 80 comma 5, d.lgs. 50/2016 – art. 97 Cost.) – Sulla illegittimità della mancata esclusione della odierna aggiudicataria dalla procedura oggetto di*

causa; 6. Error in iudicando – Sulla violazione e falsa applicazione dell’art. 85 del d.lgs. 50/2016 – Sulla violazione e falsa applicazione dell’art. 71 del d.P.R. 445/2000; 7. Error in iudicando – In subordine – Sull’annullamento della intera procedura di gara – Sulla violazione e falsa applicazione di legge (artt. 77 e 216 d.lgs. 50/2016; art. 97 Cost.) – Eccesso di potere – Sulla illegittima composizione della Commissione di gara - Sulla illegittimità del provvedimento prot. n. 15770/2021 del 9.3.2021; 8. Error in iudicando – Sulla erroneità della sentenza impugnata laddove ha rigettato i motivi integrativi proposti dalla ricorrente – Violazione e falsa applicazione di legge (art. 80 d.lgs. 50/2016) – Sulla dichiarazione mendace ovvero sull’omessa dichiarazione delle violazioni tributarie non definitivamente accertate”.

5. Si è costituito in giudizio il Comune di Castellamare di Stabia concludendo per il rigetto dell’appello.

6. Si è costituita in resistenza la Cooperativa Sociale Gialla, chiedendo il rigetto del gravame.

7. Le parti con successive memorie e repliche hanno ribadito le proprie difese.

8. All’udienza del 17 novembre 2022, la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

9. Con il primo motivo, l’appellante lamenta che il giudice di primo grado sarebbe incorso in una evidente omessa istruttoria e/o confusione, in quanto sarebbe sufficiente analizzare la documentazione trasmessa per rilevare che quella inviata in data 30.9.2021 risulta difforme da quella depositata in data 17.12.2021; nella prima vi sono certificati di qualità scaduti, mentre nella seconda vi sono certificati di qualità aventi date di scadenza compatibili con la procedura oggetto di causa. A fronte della scadenza delle offerte prevista per la data del 15.1.2021, era precipuo compito della Raggio di Sole segnalare il mancato possesso del requisito di cui all’art. 7.3 lett. e) e 7.4. del Disciplinare di gara da parte della Cooperativa Sociale Gialla che, in riferimento alla normativa UNI 11034:2003 aveva depositato un certificato, richiesto quale requisito di partecipazione a pena di esclusione,

ampiamente scaduto alla data di scadenza delle offerte. L'appellante denuncia che solo successivamente, a valle della emanazione della sentenza del TAR n. 7427/2021 e di ben 4 diffide, il Comune di Castellamare ha trasmesso alla ricorrente anche la documentazione da cui si è potuto evincere l'avvenuta integrazione dei certificati scaduti con quelli in corso di validità.

10. Con il secondo mezzo, l'appellante censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto il quarto motivo di ricorso del ricorso introduttivo, con il quale era stata denunciata l'illegittima attribuzione dei punteggi di cui al punto B.1. relativamente alle certificazioni di qualità possedute dall'aggiudicataria, in violazione dell'art. 18 del Disciplinare. Si contesta il punto 12.1.d) della pronuncia secondo cui: *“Parimenti, sulla rilevanza della scadenza delle certificazioni ISO 14001: 2015, in disparte il rilievo per cui quest'ultima, come ammesso dalla medesima ricorrente, non è inserita tra quelle richieste dal disciplinare di gara al menzionato art. 7.36, ma rilevante al fine della dimostrazione del possesso di 'ulteriori' attestazioni, la relatività validità della certificazione (depositata dalla coop. Gialla con scadenza 4.8.2022) consente sin d'ora di superare la censura avverso l'attribuzione di n. 2 punti alla soc. coop. va Gialla (oggetto di specifico motivo di ricorso)”*. La ricorrente lamenta di avere denunciato, con il ricorso introduttivo, l'illegittimità dell'operato della S.A. per avere sostanzialmente duplicato l'attribuzione dei punteggi in riferimento alla medesima tipologia di certificazione ISO 14001:2015, con conseguente attribuzione di due punti per quella presentata dalla soc. Gialla e due punti per quella presentata dalla soc. Quadrifoglio.

11. Con la terza censura, Raggio di Sole ravvisa la violazione e falsa applicazione del Regolamento CE n. 765/2008 e dell'art. 87 del d.lgs. n. 50 del 2016, avendo sostenuto in primo grado che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara oggetto di causa, anche sotto tale ulteriore profilo, non essendo stata la certificazione dell'O.E. Quadrifoglio rilasciata da un organismo certificatore riconosciuto dal competente soggetto italiano, né inglese. Riferisce di

avere evidenziato con il motivo di ricorso n. 1.1 che l'organismo certificatore SOCOTEC Certification UK Delta Business Park aveva rilasciato le certificazioni ISO 9001:2015 e ISO 14001:2015 alla società Quadrifoglio Società Cooperativa Sociale, ma tale certificazioni non risultavano riconosciute da Accredia, in quanto il nome non era indicato nelle relative banche dati con conseguente invalidità delle stesse. L'appellante osserva che l'organismo che ha rilasciato la certificazione in parola è denominato 'Socotec Certification UK Delta Business Park', il quale non risulta citato in alcun modo nell'ambito dei soggetti accreditati dalla UKAS.

12. Con il quarto motivo, si contesta la sentenza nella parte in cui ritiene acclarato che, anche alla data di adozione del provvedimento di aggiudicazione (20.8.2021), la certificazione prodotta dalla soc. Coop. Gialla era in corso di validità, il che, dunque, risultava non idoneo ad inficiare nemmeno la validità della polizza fideiussoria. Al contrario, secondo l'appellante, l'invalidità della certificazione presentata in sede di gara dalla controinteressata determinava, come conseguenza, l'invalidità della certificazione di qualità presentata dalla stessa, pertanto l'ATI 'Gialla – Quadrifoglio' non poteva legittimamente usufruire della possibilità di presentare cauzione con importo ridotto stabilito dall'art. 93, comma 7, del d.lgs. 50/2016.

13. Con il quinto mezzo, l'appellante denuncia l'erroneità della sentenza impugnata laddove ha rigettato il terzo motivo di ricorso introduttivo con cui la Raggio di Sole aveva rilevato che la società Cooperativa Gialla era stata esclusa da una procedura di gara bandita dal Comune di Quarto per incongruità dell'offerta, rendendo false e fuorvianti dichiarazioni in sede di gara in ordine al possesso del requisito di cui al punto B3 del disciplinare di gara. Una ulteriore esclusione da altra procedura (indetta dall'INPS) sarebbe stata disposta per mancato possesso di requisiti di partecipazione. Il Tribunale adito non avrebbe correttamente riscontrato le predette censure, ritenendo che la doglianza non fosse fondata alla

luce dell'assorbente rilievo *“per cui nessuna segnalazione all'ANAC risulta in essere in relazione all'asserita condotta della soc. coop. Gialla”*.

14. Con il sesto mezzo, si contesta di avere censurato con il quinto motivo del ricorso introduttivo l'operato della Stazione appaltante per violazione dell'art. 85 del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui, in qualsiasi momento nel corso della gara, si può chiedere agli offerenti e ai candidati di presentare tutti i documenti complementari al D.G.U.E. o parte di essi, qualora lo si ritenga necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura. La S.A. non avrebbe, invece, posto in essere alcun tipo di verifica, né in ordine alla validità delle certificazioni di qualità prodotte dai controinteressati, né tantomeno in ordine a quanto autodichiarato da parte degli aggiudicatari, con particolare riferimento alla esistenza o meno di illeciti professionali, ai mezzi di prova ed alle certificazioni di cui agli artt. 86 e 87 del d.lgs. n. 50 del 2016.

15. Con il settimo motivo, si denuncia che il Collegio di prima istanza non avrebbe dichiarato l'illegittimità della procedura di gara stante l'incompetenza nella specifica materia oggetto di causa della Commissione, composta da componenti non esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto.

16. Con l'ottava censura, si denuncia l'erroneità della sentenza impugnata laddove ha respinto i motivi integrativi proposti dal ricorrente, in ordine alla dichiarazione mendace resa dall'aggiudicataria, la quale risultava debitrice (in virtù di avviso di accertamento notificato) della somma di euro 89.899,59 per l'anno di imposta 2016, nei confronti del Fisco. Il Tribunale amministrativo ha affermato che la doglianza era priva di fondamento in quanto l'Agenzia delle entrate, con nota depositata in data 19.3.2022, aveva rettificato quanto comunicato in data 27.8.2021 sulle pendenze tributarie, affermando che non vi era alcuna violazione accertata, tantomeno in via definitiva. Il ragionamento del T.A.R. sarebbe fallace, stante comunque la necessità di rendere la dichiarazione in parola, in quanto la nota di

rettifica dell'Agazia delle Entrate era intervenuta solo il 16 febbraio 2022, e depositata in data 19.3.2022, a fronte della scadenza del termine di presentazione dell'offerta in data 15.1.2021.

17. Prima dell'esame delle suddette doglianze, è utile riepilogare che oggetto della vertenza è la procedura di gara aperta bandita dalla Città di Castellamare di Stabia ai fini della conclusione di un accordo quadro, per l'affidamento del servizio di gestione asili nido comunali 'Martucci e Carducci', per la durata di tre anni scolastici.

L'appellante ha proposto ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione disposto con determina n. 1841 del 20.8.2021 in favore del RTI controinteressato, chiedendone l'annullamento, con aggiudicazione a proprio favore e declaratoria di subentro, previa dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato dall'aggiudicatario nelle more del giudizio. In subordine, ha insistito per l'annullamento dell'intera procedura di gara.

18. Il Collegio ritiene che l'esame delle critiche proposte con l'appello possa essere effettuato applicando il principio della 'ragione più liquida', mediante un approccio interpretativo con la verifica della soluzione sul piano dell'impatto operativo, piuttosto che su quello della coerenza logico sistematica, così sostituendo il profilo dell'evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare, in una prospettiva aderente alle esigenze di economica processuale e di celerità del giudizio. Pertanto, la controversia può essere decisa sulla base delle questioni ritenute di più agevole soluzione, senza che sia necessario esaminare previamente le altre (Cons. Stato n. 7569 del 30 agosto 2022; Cons. Stato, 4 ottobre 2022, n. 8503).

18.1. Ciò premesso, assume rilievo assorbente il secondo motivo di appello. Con il mezzo l'appellante censura la sentenza impugnata nella parte in cui non ha rilevato l'assegnazione di un punteggio extra non dovuto all'ATI aggiudicataria, in quanto la Commissione di gara avrebbe dovuto conteggiare solo un certificato extra per il

detto sub-criterio, il quale garantiva 2 punti per ogni certificazione di qualità ulteriore rispetto a quelle previste per la partecipazione alla gara.

18.2. La doglianza è fondata.

A tale riguardo, va respinta l'eccezione di inammissibilità per tardività del deposito della griglia di valutazione da parte dell'appellante, dedotta dalla Cooperativa Sociale Gialla anche con memoria in vista dell'udienza pubblica del 17 novembre 2022, tenuto conto che la giurisprudenza di questa Sezione ammette la produzione di documenti in sede di appello quando siano indispensabili per la definizione della lite (Cons. Stato n. 4337 del 2020). Il documento, non prodotto dall'Amministrazione, invero non amplia il *thema decidendum* del giudizio di appello e non determina una violazione del divieto dei *nova* (Cons.Stato, sez.IV, 4 maggio 2018, n. 2669).

La Cooperativa Sociale Gialla, con memoria, ha sostenuto, diversamente da quanto ritenuto dall'appellante, che la Commissione di gara avrebbe correttamente attribuito al RTI aggiudicatario il massimo punteggio di 4, stante la titolarità di ulteriori tre certificazioni di qualità oltre a quelle richieste ai fini della partecipazione. Inoltre, ha riferito che, conformemente a quanto prescritto dalla legge di gara, il RTI nella Busta A aveva allegato le certificazioni richieste ai fini della partecipazione (9001 e 11034) nonché le certificazioni 14001 ai fini della riduzione della polizza fideiussoria, mentre nella Busta B aveva inserito le OT, dichiarando la titolarità delle certificazioni di qualità ulteriori rispetto a quelle previste quale requisito di partecipazione.

Tale deduzione difensiva è inammissibile, in quanto prospettata per la prima volta in appello, e mai dedotta nel corso del giudizio di primo grado. Il possesso di ulteriori certificazioni di qualità, che si assume essere state valutate dalla Commissione ai fini della attribuzione di punteggi aggiuntivi, amplia il *thema decidendum*, in quanto investe una questione di fatto, di cui comunque non si

fornisce prova, ma che avrebbe dovuto essere introdotta nel corso del primo grado di giudizio, sicchè non essendo stata prospettata nello stesso, non può essere dedotta davanti a questo Giudice. Né risulta dai fatti di causa che i punteggi aggiuntivi, di cui all'art. 18, punto B.1. lett. c) del Disciplinare, siano stati attribuiti per le suddette ulteriori tre certificazioni di qualità. L'art. 345 c.p.a. e 104 c.p.a. vieta la proposizione per la prima volta in appello delle eccezioni in senso stretto, cioè quelle la cui deduzione sia rimessa all'iniziativa del convenuto, ossia quelle fondate su fatti estintivi, impeditivi o modificativi di quanto dedotto dall'appellante e in grado di paralizzarne le domande.

Si evince, dalla documentazione versata in atti, che il RTI aggiudicatario ha conseguito un punteggio maggiore del dovuto, avendo beneficiato dei 4 punti previsti dal criterio B.1. dell'art. 18 del Disciplinare, sulla base di una attribuzione duplicata dei criteri di attribuzione. Il sub-criterio prevedeva l'assegnazione di due punti extra ogni certificato di qualità aggiuntivo posseduto dal concorrente, sino ad un massimo di 4 punti. L'aggiudicataria ha conseguito 4 punti, in quanto la Commissione di gara, come dedotto dall'appellante, ha illegittimamente assegnato 2 punti per il certificato ISO 14001:2015 prodotto dalla 'Cooperativa Gialla' e 2 punti per il certificato ISO 14001:2015 prodotto da 'Il Quadrifoglio'. In disparte la validità dei predetti certificati, questione che verrà esaminata nel prosieguo, va rilevato l'errore in cui è incorsa la Commissione giudicatrice avendo applicato una illegittima ripetizione del criterio premiale previsto dalla *lex specialis*.

Invero, appare irragionevole attribuire per due volte il punteggio aggiuntivo ad entrambi gli operatori economici di un RTI per il medesimo certificato, tenuto conto che un raggruppamento di imprese va unitariamente considerato. Come precisato da questa Sezione con sentenza n. 1881 del 2020, il possesso della certificazione di qualità non costituisce un requisito di ammissione alla procedura, ma solo elemento integrativo e di valorizzazione dell'offerta, ai fini del

riconoscimento di un punteggio aggiuntivo per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; sicchè, se il possesso non è richiesto dalla legge di gara, a pena di inammissibilità, in capo ad ogni operatore economico, le certificazioni sono da ascrivere al raggruppamento nel suo complesso. Tanto che si è ritenuto superato l'assunto, sostenuto da un indirizzo della giurisprudenza, che vi sia un principio generale ricavabile dalla disciplina in materia, secondo cui il requisito in parola è valutabile per l'attribuzione del punteggio premiale nei confronti dei raggruppamenti solo quando sia posseduto da tutti i membri del raggruppamento, a meno che la legge di gara (ma tale evenienza nella fattispecie non ricorre) non contenga una esplicita deroga in tal senso, ovvero, all'opposto, solo quando la legge di gara lo richieda espressamente a pena di inammissibilità in capo ad ogni ditta (Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2022, n. 5190).

Ne consegue che, stante l'irragionevolezza e l'illogicità della attribuzione del doppio punteggio per il medesimo certificato, dato che lo scarto tra il primo e il secondo graduato era pari a circa 0,80 punti (avendo il secondo classificato ottenuto il punteggio di 87,31/100 e il RTI aggiudicatario di 88,13), anche solo l'accoglimento della presente censura determina lo stravolgimento della graduatoria, e consente alla società Raggio di Sole di divenire aggiudicataria dell'appalto.

19. Va accolto anche il terzo motivo di appello, nei termini di cui in motivazione.

Con il mezzo, l'appellante ha censurato la sentenza impugnata nella parte in cui ritiene che le certificazioni rilasciate alla mandante 'Il Quadrifoglio' dalla Socotec Certification UK, organismo accreditato UKAS, siano pienamente valide e legittime. Raggio di Sole ha rilevato che l'organismo certificatore Socotec Certification UK Delta Business Park, che ha rilasciato le certificazioni ISO 9001:2015 e ISO 14001:2015 alla società Quadrifoglio Società Cooperativa Sociale, non risulta riconosciuto da Accredia, in quanto il suo nome non è indicato nelle

relative banche dati, con la conseguente invalidità delle certificazioni depositate in gara dall'aggiudicataria. La Cooperativa Sociale Gialla ha replicato che *“l'ente certificatore che ha rilasciato a Il Quadrifoglio le certificazioni di cui è giudizio non è, come asserito da Raggio di Sole, Socotec Certification UK Delta, ma Socotec Certification UK Limited come agevolmente verificabile dalla lettura delle stesse certificazioni (cfr. all. n.1, all. n.9 e all. n.11 fascicolo primo grado controinteressata). La dicitura Delta Business Park non è riferita alla ragione sociale, come tenta di sostenere la controparte, ma è riferita alla sede. Il RTI ha documentalmente dimostrato che l'ente certificatore Socotec è accreditato UKAS”*.

L'art. 87 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (‘Certificazioni della qualità’) stabilisce *“le stazioni appaltanti riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri”*, e aggiunge che esse *‘ammettono parimenti altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia di qualità, qualora gli operatori economici interessati non avessero la possibilità di ottenere tali certificati entro i termini richiesti per motivi non imputabili agli stessi operatori economici, a condizioni che gli operatori economici dimostrino che le misure di garanzia della qualità proposte soddisfano le norme di garanzia della qualità richieste’*. Come si evince dalla piana lettura della norma, il legislatore non ha indicato le condizioni alle quali le amministrazioni aggiudicatrici debbano attenersi nel richiedere ai partecipanti alle procedure di gara le certificazioni, ma si è limitato a prescrivere che le norme prese a riferimento siano quelle dei sistemi di garanzia delle qualità basate sulle norme europee e, soprattutto, che il rispetto di tali qualità sia certificato da organismi accreditati, ivi inclusi gli organismi certificatori accreditati che operano in altri Stati membri. Il delineato sistema normativo che, pur prevedendo una certificazione ‘tipica di qualità’ rilasciata da organismi accreditati, impone alle stazioni appaltanti il riconoscimento dei certificati equivalenti rilasciati da organismi stabili in altri Stati membri e di consentire a determinate condizioni agli operatori economici di dimostrare che le misure di garanzia della qualità proposte soddisfano le norme di garanzia della qualità richieste, risponde all'esigenza di

favorire la più ampia partecipazione alle gare degli operatori economici in condizioni di parità e di non discriminazione. La giurisprudenza ha infatti chiarito, nell'ambito dei giudizi aventi ad oggetto la legittimità di clausole del disciplinare che prescrivevano il possesso di determinate certificazioni aggiuntive rispetto a quelle minime previste, che “... si deve quindi riconoscere alle imprese partecipanti a gare d'appalto di provare con ogni mezzo ciò che costituisce oggetto della certificazione richiesta dalla stazione appaltante, pena altrimenti, in primo luogo, l'introduzione di una causa amministrativa di esclusione in contrasto con una chiara disposizione di legge; ed inoltre la previsione di sanzioni espulsive sproporzionate rispetto alle esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici, le quali devono esclusivamente poter confidare sull'effettivo possesso dei requisiti di qualità aziendale o, per venire al caso di specie, sul rispetto delle norme sulla responsabilità sociale delle imprese” (Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2020, n. 2455; Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013, n. 5375). La tesi dell'appellante circa la non valutabilità dei certificati posseduti dalle imprese facenti parte del RTI aggiudicatario per il fatto di non essere riconosciuti o registrati presso Accredia è, pertanto, palesemente contraria e contrastante con la ratio della norma, e si espone alla violazione proprio di quei principi di concorrenza e parità dei partecipanti alla gara.

Tuttavia, l'appellante ha contestato che la mandante 'Il Quadrifoglio' ha presentato i certificati ISO 9001:2015 e ISO 14001:2015 rilasciati da un Ente certificatore non riconosciuto né in Italia, né nel Regno Unito.

In sostanza, è stato contestato che i predetti certificati siano stati effettivamente rilasciati da organismi di valutazione accreditati, secondo il proprio rispettivo diritto interno e presso altri enti di accreditamento.

Il giudice di prime cure non ha colto tale specifico aspetto della censura, affermando che “*Socotec Certification UK figura quale organismo di certificazione accreditato UKAS n.0063*”, e, a fronte della obiezione di parte ricorrente circa il fatto che tale Socotec non risulta corrispondente a quella di Socotec inserita tra i soggetti

accreditati di UKAS, ha dato rilievo al fatto, sostenuto dal raggruppamento, che Socotec Certification UK risulta avere come indirizzo *‘Delta 200 Delta Business Park Great Western Way’*, né sarebbe stato sconfessato in alcun modo, continua il giudicante, *“l’assunto per cui Socotec corrisponde al gruppo avente denominazione Socotec Certification UK (al cui interno figura Socotec Certification UK Limited) avente il codice di accreditamento 0.63. Né sono, dunque, ravvisabili elementi per escludere la documentazione di Socotec Certification UK rilasciata alla soc. Il Quadrifoglio da quella idonea ad attestare il possesso delle certificazioni richieste dal disciplinare di gara, tanto più che anche la formulazione grafica e il contenuto degli atti prodotti appare rimandare al medesimo gruppo”*.

Tali conclusioni non sono condivisibili. In disparte la circostanza che l’ente certificatore Socotec Certification Uk non è inserito nell’elenco degli organismi di certificazione accreditati e riconosciuti da Accredia (si veda allegato 6 della memoria del 10.10.2021 della Cooperativa Gialla), in quanto in tale elenco figura la diversa Socotex Certification United Kingdom United, va precisato che anche nella pagina ufficiale dell’organo certificato UKAS non vi è alcun riferimento alla Socotec Certification UK, ma a differenti operatori: a) Socotec UK Limited; b) Socotec Asbestos Limited; c) Socotec Certification United Kingdom Limited. Nessuno degli operatori indicati dall’UKAS ha la propria sede legale nel Delta Business Park Swidon, tanto che la Socotec Certification United Kingdom Limited, ditta che maggiormente, come ha detto il giudice di prima istanza, si avvicina sintatticamente alla Socotec Certification Uk, è ubicata presso il seguente indirizzo: Unit 6 Gordana Court, Gordana Gate Business Park, Serbert Close, Portishead, Bristol, England, BS 207FS.

Ne consegue l’impossibilità di sostenere la coincidenza tra Socotec Certification Uk e Socotec Certification Uk Limited e, quindi, la validità dei certificati rilasciati dalla Socotec Certification UK in procedure di gara sul territorio nazionale.

20. In applicazione del principio della ‘ragione più liquida’, il Collegio esamina il settimo motivo di gravame. Con la censura, l’appellante deduce di avere contestato nel ricorso introduttivo l’illegittimità dell’intera procedura di gara, stante l’incompetenza della Commissione nella specifica materia oggetto di causa. In particolare, la Ragione di Sole ha rilevato che i componenti della Commissione, nominata con provvedimento prot. n. 15770/2021 del 9.3.2021, non potevano essere considerati esperti nel settore relativo all’affidamento del servizio di gestione asili nido.

20.1. La critica è fondata.

L’art. 77 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 statuisce: *“nelle procedure di aggiudicazione dei contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l’oggetto del contratto”*. Tale disposizione definisce i limiti della competenza della commissione, che si è tenuta a svolgere un’attività di giudizio consistente nella valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico, in qualità di organo straordinario e temporaneo della stazione appaltante con funzioni istruttorie.

La giurisprudenza amministrativa ha precisato che: a) la disposizione non impone una rigida corrispondenza tra competenza dei membri della commissione e ambiti materiali che concorrono alla integrazione del complessivo oggetto del contratto; b) la competenza ed esperienza richieste ai commissari deve essere riferita ad aree tematiche omogenee, e non anche alle singole e specifiche attività oggetto dell’appalto (Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2018, n. 5603); c) sarebbe opportuno, a fronte di componenti con competenza nel settore ‘primario’ cui si riferisce l’oggetto dell’appalto, che ve ne siano altri con competenza in settori ‘secondari’ (Cons. Stato, sez.III, 24 aprile 2019, n. 2638), non soltanto di natura tecnica, ma

amministrativa e gestionale (Cons.Stato, sez.III, 28 giugno 2019, n. 4458); d) la legittima composizione della commissione presuppone la prevalente, seppure non esclusiva, presenza di membri esperti del settore oggetto dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2018, n. 3721), per cui il requisito della competenza dell'organo collegiale può ritenersi concretamente soddisfatta allorchè due dei suoi tre componenti siano portatori di una specifica competenza nel settore in cui il singolo appalto si riferisce ed il terzo membro vanti comunque una competenza tecnica generale in materia di pubbliche gare (Cons. Stato, sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595); e) la competenza tecnica dei commissari di gara non deve essere necessariamente desunta da uno specifico titolo di studio, potendo, invece, risultare anche da attività espletate e da incarichi svolti in precedenza (Cons. Stato, sez.III, 23 dicembre 2019, n. 8700).

Nella specie, dai curriculum dei componenti della Commissione di gara non emerge una specifica competenza nel settore avente ad oggetto l'accordo quadro per l'affidamento del servizio degli asili nido comunali. I tre componenti, pur avendo una serie di esperienze professionali tali da farne apprezzare la conoscenza dello specifico settore degli appalti pubblici, sono un ingegnere con l'incarico di Dirigente del settore LL.PP. (Urbanistica, Ambiente e Attività produttive), un dottore commercialista e un giurista con l'incarico di Istruttore Direttore amministrativo (D1) presso il comune, sicchè nessuno ha specifiche conoscenze nel campo del settore educativo e pedagogico. Tra le esperienze che possono avere una qualche attinenza con l'affidamento del servizio in questione, va segnalata quella dell'avv. Cozzolino, che è addetto al Servizio Pubblica Istruzione del Comune.

Secondo il Tribunale adito, invece, la circostanza per cui il Presidente della Commissione, ing. Miranda, sarebbe dirigente del Servizio Pubblica Istruzione del Comune di Castellamare integrerebbe il requisito essenziale. Invero, parte

appellante ha contestato correttamente questo specifico incarico, in quanto dal C.V. risulta, invece, che l'ing. Miranda ricopre la carica di Dirigente LL.PP. del Comune e non del settore della Pubblica Istruzione.

Il Collegio rileva, pertanto, che la Commissione non è stata legittimamente composta, non essendo prevalente la presenza di membri esperti delle basilari competenze psicologiche, pedagogiche, pediatriche, neppure per tematiche omogenee, necessarie per poter valutare in modo adeguato offerte consistenti in progetti educativi, e conseguentemente anche l'organizzazione e la programmazione dei servizi riguardanti le attività degli asili nido, anche sotto il profilo gestionale.

21. Per i rilievi sopra enunciati, essendo stato pregiudicato il regolare svolgimento della procedura di gara, gli atti impugnati vanno annullati e conseguentemente l'aggiudicazione approvata con determina n. 1841 del 20.8.2021.

Orbene, risulta dai fatti di causa che il RTI aggiudicatario gestisce il servizio degli asili nido 'Martucci' e 'Carducci' dal 17.9.2021, a seguito di stipula del relativo contratto, la cui durata, in base alla *lex specialis*, è prevista per tre anni scolastici.

L'appellante ha proposto domanda di subentro, e tale richiesta appare riferita all'esecuzione del servizio per la commessa residua fino alla naturale scadenza del contratto (nel 2024).

Ciò premesso, il Collegio rileva che, nella specie, non sussistono motivi ostativi desumibili dal disposto dell'art. 122 c.p.a. all'accoglimento della suddetta domanda, atteso che non risulta emersa, dalla difesa dei resistenti, alcuna contestazione sulla natura fungibile dei servizi, i quali hanno esclusivamente ad oggetto la gestione degli asili nido comunali 'Martucci' e 'Carducci' per la durata di anni tre. Va, altresì, precisato che lo stato di esecuzione del contratto appare compatibile con il richiesto subentro, e l'appellante ha riproposto, nel presente giudizio, l'istanza di declaratoria di inefficacia e di subentro nel contratto, nei termini sopra specificati.

Ne consegue che, in ragione del *petitum* illustrato con il ricorso in appello, previa dichiarazione di inefficacia del contratto ex art. 122 c.p.a., va disposto il subentro nell'esecuzione del servizio per la commessa residua fino alla naturale scadenza del contratto della Raggio di Sole Società Cooperativa Onlus, in ATI con Senexus Società Cooperativa sociale, previe le dovute determinazioni della Stazione appaltante sull'aggiudicazione in suo favore e verifica nei suoi confronti del possesso dei requisiti di partecipazione e di esecuzione.

22. In definitiva, l'appello va accolto, e ogni altra censura deve ritenersi assorbita, stante l'applicazione del principio della 'ragione più liquida' e tenuto conto che l'eventuale esame degli altri mezzi non determinerebbe una conclusione di segno contrario. A tale accoglimento consegue, in riforma della sentenza di primo grado, l'accoglimento del ricorso introduttivo proposto dalla Raggio di Sole Società Cooperativa ONLUS in proprio e in qualità di mandataria dell'ATI costituenda con la Senexus Società Cooperativa sociale, l'annullamento degli atti impugnati e il subentro dell'appellante nell'esecuzione del servizio della commessa residua fino alla naturale scadenza del contratto.

23. Le spese del doppio grado di giudizio seguono il criterio della soccombenza e vanno liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso introduttivo proposto dalla Raggio di Sole Società Cooperativa ONLUS in proprio e in qualità di mandataria dell'ATI costituenda con la Senexus Società Cooperativa sociale, annulla gli atti impugnati, dichiara l'inefficacia del contratto stipulato dal RTI 'Gialla'- 'Il Quadrifoglio' e dispone il subentro in favore dell'appellante nell'esecuzione del servizio delle commesse residue fino alla naturale scadenza del contratto.

Condanna le parti soccombenti al rimborso delle spese di lite del doppio grado di giudizio a favore dell'appellante nella misura di euro 5.000,00 (cinquemila/00) a carico di ciascuna, oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella