



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5157 del 2018, proposto da
Soc. Coop. Sociale Esculapio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Umberto Gentile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania e Molise, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale Napoli, domiciliata ex lege in Napoli, via Armando Diaz, 11;
Comune di Giugliano in Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluca Caporaso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

a) del verbale della seduta pubblica della commissione di gara del 7 novembre 2018, in cui, a scioglimento della riserva espressa nella precedente seduta pubblica del 12 ottobre 2018, la medesima commissione ha disposto l'esclusione della Coop. Esculapio dalla gara indetta dall'ente delegante Comune di Giugliano per l'affidamento della concessione della gestione del servizio di sosta a pagamento senza custodia dei veicoli e i servizi/attività complementari, sulle aree pubbliche del territorio di Giugliano in Campania;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania e Molise e di Comune di Giugliano in Campania e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 febbraio 2019 la dott.ssa Germana Lo Sapio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando pubblicato sulla G.U.U.E. in data 27 agosto 2018 e sulla G.U.R.I. in data 29 agosto 2018, la Stazione Unica Appaltante istituita in seno al provveditorato delle Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, La Basilicata e la Puglia, nell'interesse dell'ente delegante Comune di Giugliano, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento della concessione della gestione del servizio di sosta a pagamento senza custodia dei veicoli e i servizi/attività complementari, sulle aree pubbliche del territorio di Giugliano in Campania - CIG 7586239A75.

La odierna ricorrente società cooperativa sociale "Esculapio" è stata esclusa dalla gara all'esito della seduta della commissione di gara del 7 novembre 2018 sul presupposto della incompatibilità la sua qualità soggettiva di cooperativa sociale di cui alla lett. a) dell'art. 1 co. 1 della 8 novembre 1991 n.381, e il servizio messo a gara di natura "commerciale".

L'esclusione è stata comunicata alla Coop. Esculapio con nota prot. n. 30532 del 9 novembre 2018 e confermata, rigettando la relativa istanza di riesame, all'esito della seduta del 6 dicembre 2018.

La ricorrente ha dedotto l'illegittimità dell'esclusione, sulla base di due motivi:

- a) la violazione degli art. 164, 45, 83 e 112 del D. Lgs. 50/20176 e in particolare, del principio della massima partecipazione alle gare per l'affidamento di contratti di appalto pubblici;
- b) la mancata previsione, nella *lex specialis*, di una espressa esclusione delle cooperative sociali di cui alla lett. a) dell'art. 1 co. 1 l. 381/1991.

Si sono costituiti sia la stazione unica appaltante che il Comune delegante, chiedendo il rigetto del ricorso.

Il ricorso è fondato.

La natura semplificata della decisione ex art. 74 c.p.a. consente di motivare l'accoglimento mediante il sintetico riferimento al punto di diritto già espresso in sede cautelare, non essendo emersi nella presente fase a cognizione piena nuovi profili rilevanti, né in fatto né in diritto.

L'illegittimità dell'esclusione della cooperativa sociale deriva dalla violazione dell'art. 45 del D.lgs. 50/2016 che, nella individuazione degli operatori economici "*ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*" fornisce un elenco non esaustivo comunque comprensivo delle "*società anche cooperative*" (così risolvendo positivamente anche la questione sorta nella vigenza dell'art. 34 del D.Lgs. 163/2006, che invece limitava la partecipazione solo alle "società commerciali"; cfr. Corte di Giustizia, ord. 4 ottobre 2012, n. 502/11) e che, anche a prescindere da tale specifica indicazione, si incentra in ogni caso sul principio della "neutralità" della forma giuridica rivestita dai soggetti partecipanti, a sua volta corollario del principio della più ampia partecipazione possibile alle procedure di affidamento dei contratti pubblici (Corte

Giust. Sez. IV, 18 dicembre 2007, n. 357/06 relative alle società di persone e Corte Giust. 23 dicembre 2009, n. 305/08 sulle università ed istituti di ricerca; cfr. anche Cons. St., VI, 16 giugno 2009, n. 3896 con riferimento alle fondazioni; Cons. St., sez. III, 15 gennaio 2016, n. 116, T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 18 marzo 2015 n. 1611 con riguardo alle associazioni di volontariato; cfr. artt. 19 della Direttiva 2014/24 UE e art. 37 della Direttiva 2014/25 UE di cui l'art. 45 del D.Lgs. 50/2016 è attuazione e, quanto alle coordinate ermeneutiche, il 14° e il 15° Considerando della Direttiva 2014/24 UE).

Giova aggiungere che, in primo luogo, il *favor* legislativo che riconosce particolari vantaggi anche fiscali a favore delle cooperative sociali ex artt. 2511 e ss. c.c. (disciplinate dalla L. 8 novembre 1991, n. 381, da ritenersi in forza del richiamo di cui all'art. 1, comma 4°, del d.lgs. 112/ 2017 anche prevalente rispetto a quella generale vigente per le "imprese sociali", nella cui categoria più ampia esse sono annoverabili) e che consente finanche deroghe alla disciplina dei contratti pubblici (cfr. art. 5 L. 381/1991) o sistemi di affidamento riservato ex art. 112 D. lgs. 50/2016 -effettivamente, in tal caso, solo alle cooperative sociali di cui alla lett. b) dell'art. 1 della L. 381/1991 - non implica una discriminazione al contrario, ovvero non dà luogo ad una *deminutio* della capacità di giuridica della cooperativa sociale che posseda i requisiti sostanziali di "operatore economico", nell'ipotesi in cui l'amministrazione abbia agito secondo le ordinarie regole delle gare pubbliche.

In secondo luogo, e con più specifico riguardo alla fattispecie concreta, non vi è alcun riferimento nella *lex specialis* alla distinzione tra cooperative sociali di tipo "A" e cooperative sociali di tipo "B", riconducibile all'art. 1, comma 1, della L. 8 novembre 1991, n. 381, tale da ritenere che, con una clausola di cui peraltro sarebbe stata contestabile la legittimità (cfr. T.A.R. Milano, sez. IV, 14/01/2016, n.68), fossero ammesse a partecipare solo le seconde: l'art. 7.1. del disciplinare di gara richiedeva invece unicamente l'iscrizione, "*per le cooperative ed i consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro nell'Albo nazionale delle società cooperative, presso il Ministero dello Sviluppo Economico*" (requisito non contestato).

In sintesi, la stazione appaltante avrebbe dovuto verificare in concreto, in linea con la nozione sostanziale ed eurounitaria di "operatore economico", l'idoneità della partecipante a prestare il servizio messo a gara, sia pure nell'ambito di un'organizzazione connotata da uno scopo mutualistico (la ricorrente ha peraltro documentato di aver già svolto per conto di una diversa amministrazione: cfr. determina del Comune di Falciano del Massico n. 157 del 26 aprile 2018 con cui è stato affidato alla cooperativa sociale Esculapio il servizio di "gestione dell'area di parcheggio di proprietà comunale presso la stazione FF.SS. di Falciano-Mondragone-Carinola", allegata), senza desumere alcuna limitazione dalla presunta appartenenza della società partecipante alla categoria sub a) delle cooperative sociali di cui all'art. 1 l. 381/1991 o dall'iscrizione dell'operatore nella relativa sezione dell'albo regionale (cfr. Regolamento regionale Campania del 29 marzo 2016 n. 1 che disciplina l'iscrizione all'Albo regionale delle cooperative sociali istituito ai sensi dell'articolo 4 della legge regionale 10 aprile 2015, n. 7

“Promozione e valorizzazione delle cooperative sociali in Campania, in attuazione della legge 8 novembre 1991, n. 381”, e il cui art. 5 limita gli effetti dell’iscrizione per l’accesso alle agevolazioni e ai benefici riconosciuti alle cooperative sociali: cfr. anche se riferita alle “associazioni di promozione sociale” Consiglio di Stato sez. V, 27/06/2018, n.3947) .

In conclusione il ricorso va pertanto accolto con conseguente obbligo di riammissione alla gara della ricorrente.

La peculiarità della controversia giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto annulla il provvedimento impugnato.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 5 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Gabriele Nunziata, Consigliere

Germana Lo Sapio, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Germana Lo Sapio

IL PRESIDENTE
Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO