



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 7109 del 2018, proposto da:

Società Cooperativa Delta Services, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanna Rossi, con domicilio eletto presso il suo studio in Giustizia, Pec Registri;

contro

Comune di Ponderano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maurizio Fogagnolo e Guido Francesco Romanelli, con domicilio eletto presso lo studio Guido Romanelli in Roma, via Cosseria n. 5;

nei confronti

Gestopark S.r.l. non costituito in giudizio;

per la riforma della sentenza del T.A.R. PIEMONTE – TORINO, SEZ. I n. 711/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Ponderano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2018 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Giovanna Rossi e Guido Francesco Romanelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza impugnata il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, sezione prima, ha respinto il ricorso avanzato dalla Cooperativa Sociale Delta Service, seconda classificata, per l'annullamento dell'aggiudicazione alla controinteressata Gestopark s.r.l. della

gara, indetta -per conto del Comune di Ponderano (BI), che con determinazione n. 55 del 23 marzo 2017, aveva delegato lo svolgimento della relativa procedura alla Stazione Unica Appaltante della Provincia di Biella (SUA)- per l'affidamento della concessione del *“servizio di gestione delle aree esterne e gestione meccanizzata della sosta dei veicoli nel Polo ospedaliero di Ponderano”*.

1.1.La sentenza –dato atto della contestazione, da parte della ricorrente, dell'attribuzione del punteggio tecnico relativo alla voce e) dell'art. 22 (*rectius*, 20) del bando, *“piano degli interventi manutentivi e gestionali in caso di guasto o malfunzionamento degli impianti indicando i mezzi e le risorse predisposte e le tempistiche di intervento”* (per un punteggio massimo di 10 punti), nonché di ulteriori vizi del procedimento di gara- ha deciso come segue:

- quanto al primo motivo – col quale era dedotto: *“violazione e/o falsa applicazione degli artt. 95 e ss. del d.lgs. n. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 22 del Bando di Gara. Manifesta irragionevolezza ed erroneità della valutazione dell'offerta tecnica della Delta Service; travisamento dei fatti, contraddittorietà ed eccesso di potere in relazione alla valutazione dell'offerta tecnica di Delta Service. In subordine, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 22 del Bando di Gara per erronea applicazione del punteggio all'offerta tecnica della Delta Service, sulla base dei sub-criteri stabiliti dall'allegato C al bando di gara”*- che: a) la prima censura era infondata perché, riguardando una questione di interpretazione del bando, cioè *«quale sia il criterio di valutazione, se con la formula “i mezzi e le risorse predisposte e le tempistiche di intervento” si intenda il tempo per il raggiungimento del luogo ove si è verificato il problema, ovvero anche la risoluzione del problema»*, si doveva condividere l'impostazione della difesa del Comune secondo cui l'assegnazione del punteggio relativo a tale aspetto dell'offerta tecnica si basava su una valutazione avente carattere composito e quindi *“la finalità del servizio richiesto non può che essere la valutazione della capacità operativa dell'operatore economico, funzionale alla manutenzione della struttura ed alla soluzione del problema, non il mero raggiungimento del luogo da parte del soggetto deputato alla manutenzione”*; b) la censura formulata in subordine era parimenti infondata perché la Commissione non aveva potuto attribuire un punteggio alla seconda voce dell'offerta (interventi manutentivi di 2 livello), come preteso dalla ricorrente, in quanto nell'offerta di quest'ultima *“non si indica il tempo di risoluzione”*, sicché, come specificato nella nota del 2.11.2017, l'offerta era stata ritenuta adeguata, ma secondo una valutazione complessiva dell'offerta stessa (senza poter attribuire i punteggi specifici, in quanto riferiti ai tempi di risoluzione delle problematiche, non indicati appunto nell'offerta tecnica della società cooperativa);

quanto al secondo ed al terzo motivo–con i quali era rispettivamente dedotto *“violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83 e ss. del d.lgs. n. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 19 del Bando di Gara. Mancata esclusione della Gestopark per mancata allegazione di documentazione amministrativa, in quanto non risulta la produzione, in allegato alla busta della documentazione amministrativa, del documento “PASSOE” rilasciato dal servizio AVCPASS*

attestante l'avvenuta registrazione al servizio per la presente procedura al fine di procedere alla verifica dei requisiti dell'operatore attraverso AVCPASS, come previsto dal bando" e "violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83 e ss. del d.lgs. n. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 17 del Bando di Gara. Mancata esclusione della Gestopark per mancate dichiarazioni in seno al Documento di Gara Unico Europeo (DGUE)" – che si trattava di censure smentite in punto di fatto, dal momento che la Gestopark aveva regolarmente prodotto sia il PASSOE che il DGUE, e comunque irrilevanti a fini escludenti, data la possibilità di attivare il soccorso istruttorio;

quanto al quarto ed ultimo motivo -col quale era dedotto "violazione e/o falsa applicazione degli artt. 95 e ss. del d.lgs. n. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 20 del Bando di Gara. Travisamento dei fatti e dei presupposti, contraddittorietà ed illogicità manifesta della valutazione dell'offerta tecnica della Gestopark" – che la ricorrente non aveva specificato per quali profili la valutazione dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria sarebbe stata errata e per di più non aveva considerato che per due voci la stessa ricorrente aveva ottenuto un punteggio superiore a quello della Gestopark, "per cui è logico anche dubitare dell'interesse a fare valere questo profilo di illegittimità".

1.2. Ne è seguito il rigetto del ricorso, con compensazione delle spese per il contrasto tra la decisione della fase cautelare, favorevole alla ricorrente, e la decisione di merito.

2. Avverso la sentenza la società cooperativa Delta Services già ricorrente in primo grado ha proposto appello con tre motivi.

2.1. Si è costituito in giudizio il Comune di Ponderano, resistendo all'impugnazione.

2.2. L'appellato ha depositato memoria conclusiva.

2.4. All'udienza del 22 novembre 2018, la causa è stata discussa e posta in decisione.

3. Col primo motivo (*Erroneità del capo "2.1" della sentenza impugnata per illogicità della motivazione sotto il profilo dell'interpretazione del bando di gara. Ingiustizia manifesta, disparità di trattamento e contraddittorietà in ordine alla differente interpretazione del bando di gara verso l'offerta della Delta Services*), l'appellante torna a sostenere che il coefficiente di assegnazione di punteggi –in riferimento alla voce su specificata di cui al punto e) dell'art. 20 del bando- avrebbe dovuto essere riferito ai tempi di intervento sul posto dell'addetto alla manutenzione, a seguito della segnalazione del guasto da parte dell'utente (c.d. primo intervento), e non, come ritenuto dalla sentenza, ai tempi di risoluzione dell'anomalia, non essendo quest'ultimo elemento indicato nella *lex specialis*.

3.1. Il motivo è infondato.

In punto di fatto va premesso che l'offerta tecnica/progetto tecnico formulato dalla Delta Service riportava le informazioni sulle tempistiche di "intervento sul posto in un'ora" per interventi rientranti nel c.d. servizio manutentivo primo livello (danni alle sbarre e problemi di emissione ticket o di pagamento), con supporto immediato tramite cito-telefono; prevedeva, inoltre, un servizio manutentivo c.d. di secondo livello ("*Manutenzione programmata con hub parking*

technology”), “*per guasti bloccanti: intervento entro le 24 ore dalla segnalazione*”, con rinvio ad una tavola grafica n.7 allegata.

In effetti, come dedotto dalla difesa del Comune, non vi era illustrazione del piano di azione e di risoluzione delle problematiche (salvo che per le condizioni contrattuali del servizio di manutenzione programmata dell’impianto, affidato ad una società terza); in particolare –come osservato dalla commissione di gara nella comunicazione del 2 novembre 2017- non vi era indicazione alcuna dei tempi di risoluzione delle problematiche.

3.2. Sostiene l’appellante che quest’ultima indicazione non fosse contemplata nella legge di gara, sicché la commissione, riscontrandone la carenza, avrebbe introdotto un elemento di valutazione dell’offerta nient’affatto previsto e nello stesso errore sarebbe incorsa la sentenza di primo grado, erroneamente interpretando il criterio valutativo delle “tempistiche di intervento” di cui alla lettera e) dell’art. 20 del bando.

L’assunto non merita condivisione, per le ragioni che seguono.

3.3. Sebbene sia da preferire il criterio ermeneutico letterale, l’interpretazione sostenuta dall’appellante (per la quale per “tempistiche di intervento” si dovrebbero intendere i tempi di c.d. primo intervento, cioè di raggiungimento del luogo in cui si è verificato il guasto) non è di certo l’unica desumibile inequivocabilmente dalla lettera dell’espressione adoperata dal bando, essendo questa più che compatibile, dal punto di vista letterale, anche con il significato di “tempistiche di intervento” risolutore, cioè di risoluzione del guasto segnalato dall’utente.

Nella possibile alternativa tra le dette due interpretazioni è corretta la conclusione raggiunta dalla sentenza impugnata, nel senso che debba essere privilegiata l’interpretazione più coerente con “*lo scopo del servizio richiesto*”, cioè con gli obiettivi perseguiti dalla stazione appaltante nell’affidamento del servizio. Questi vanno desunti, oltre che dall’oggetto dell’appalto, dai criteri di valutazione dell’offerta tecnica, con i quali si valorizzano gli aspetti di questa ritenuti indispensabili od utili, secondo l’insindacabile giudizio della stazione appaltante. Peraltro, in linea con l’orientamento giurisprudenziale che vuole applicabili all’interpretazione della legge di gara i criteri in tema di ermeneutica contrattuale di cui agli artt. 1362 e seg. cod. civ., l’attenzione prestata allo scopo perseguito dall’amministrazione aggiudicatrice è conforme al criterio interpretativo del secondo comma dell’art. 1362 cod. civ. e la lettura combinata delle previsioni del bando che regolano l’attribuzione dei punteggi per l’offerta tecnica è, a sua volta, conforme al criterio interpretativo dell’art. 1363 cod. civ.

Nel caso di specie, come detto nella sentenza di primo grado, “*la finalità del servizio richiesto non può che essere la valutazione della capacità operativa dell’operatore economico, funzionale alla manutenzione della struttura ed alla soluzione del problema*” ed in tale senso depongono i criteri di valutazione dell’aspetto dell’offerta tecnica concernente il “*piano degli interventi manutentivi e gestionali in caso di guasto o malfunzionamento degli impianti indicando i mezzi e le risorse predisposte e le tempistiche di intervento*” (riguardante, come dedotto dalla difesa del Comune, una valutazione vertente “*sulle tempistiche di intervento manutentivo e gestionale, sulle*

relative modalità di azione utili alla soluzione delle criticità, sull'indicazione dei mezzi impiegabili, nonché sulle risorse predisposte").

Ciò considerato, per un verso non è violato il criterio interpretativo letterale, poiché non si perviene affatto ad un'interpretazione in contrasto o incompatibile con il dato letterale; per altro verso, nell'obiettiva incertezza di questo dato, lo si interpreta coerentemente con lo scopo del servizio da affidare.

3.3. Una volta interpretata la legge di gara nel senso che i singoli coefficienti in percentuale fissati per la "tempistica di intervento" nell'allegato in calce al bando di gara (*"entro 2 ore: 100; entro 4 ore: 70; entro 8 ore: 50; entro 24 ore: 35; oltre:0"*) fossero attribuibili solo in riferimento ai tempi di risoluzione degli inconvenienti, risulta infondata anche la pretesa subordinata dell'appellante di vedersi attribuito un punteggio pari alla media tra i punteggi riferibili ai "tempi di intervento" indicati nell'offerta di Delta Service (entro 2 ore: 10 punti ed entro 24 ore:3,5 punti) così da ottenere un punteggio (pari a 6,5) maggiore di quello di 5, complessivamente attribuito all'offerta da parte della commissione di gara.

La pretesa è infondata perché non avrebbe potuto la commissione di gara attribuire all'offerta dell'impresa concorrente un significato da questa stessa smentito, laddove ha escluso di aver tenuto conto, nel formulare il progetto tecnico, dei tempi di risoluzione degli inconvenienti.

3.4. Le restanti censure -attinenti all'attribuzione, da parte della commissione di gara, del punteggio parametrato ad un criterio di giudizio ("adeguato"), asseritamente escluso dall'allegato al bando- sono inammissibili sia perché, nei termini esposti nell'atto di appello, non sono state formulate nel ricorso in primo grado, sicché risultano inammissibili per novità della deduzione; sia perché attinenti, comunque, alla valutazione dell'offerta tecnica, riservata alla commissione di gara (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 4 dicembre 2017, n. 5690).

Il primo motivo va perciò rigettato.

4. Col secondo motivo (*Erroneità del capo 2.2 della sentenza impugnata per errore nel giudicare la doglianza espressa con il terzo motivo del ricorso in primo grado: Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83 e ss. del d.lgs. n. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 17 del Bando di Gara. Mancata esclusione della GESTOPARK per mancate dichiarazioni in seno al Documento di Gara Unico Europeo (DGUE)), l'appellante assume che la sentenza avrebbe equivocato sulla portata della censura svolta in primo grado, atteso che questa non avrebbe riguardato il deposito del DGUE (come ritenuto in sentenza), bensì il suo contenuto; in particolare, avrebbe riguardato il mancato adempimento, da parte di Gestopark e della società sua ausiliaria per avvalimento, Axess S.r.l., degli obblighi imposti dall'ultimo capoverso dell'art. 17 del bando di gara, nella parte in cui disponeva la dichiarazione nel DGUE, secondo il modello allegato alla documentazione di gara, del "possesso dei requisiti di ordine speciale di capacità economico finanziaria e di capacità tecnico organizzativa".*

4.1. Il motivo è in parte infondato ed in parte inammissibile.

Esso è inammissibile, come eccepito dal Comune di Ponderano, per violazione dell'art. 104, comma 1, cod. proc. amm., nella parte in cui vi si deduce "*l'indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto del contratto di avvalimento*" e si argomenta in merito alla violazione degli artt. 88, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010 e 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, come risultante a seguito della modifica apportata dal decreto "correttivo", relativamente al contenuto del contratto di avvalimento.

Le relative censure (pagg. 18-23 dell'atto di appello) sono state svolte per la prima volta nel giudizio di secondo grado, in violazione del divieto di *ius novorum* in appello, per come è reso evidente dal semplice confronto tra il contenuto degli atti introduttivi dei due gradi di giudizio.

Il terzo motivo del ricorso del primo grado era riferito esclusivamente ad "*omesse dichiarazioni in seno al DGUE*" e su queste si è pronunciata la sentenza qui gravata.

In senso contrario non vale obiettare che le dichiarazioni omesse riguardavano il possesso dei requisiti di ordine speciale, atteso che la violazione degli obblighi dichiarativi, condensati nella previsione dell'art. 85 (*Documento di gara unico europeo*) del d.lgs. n. 50 del 2016 circa il contenuto del DGUE, non è equiparabile -quanto ai possibili effetti escludenti- all'effettiva mancanza dei requisiti di ordine speciale di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnico-organizzativa. In sintesi, un conto è non aver dichiarato di avere il possesso dei requisiti speciali; altro conto è non possedere tali requisiti (anche in ragione dell'asserita indeterminatezza del contratto di avvalimento).

Ne consegue che nettamente diverse sono le censure rivolte all'operato dell'impresa poi risultata aggiudicataria ed a quello della SUA, rispettivamente, in primo ed in secondo grado, non essendo mai stato messo in discussione, nel primo, il possesso in capo a Gestopark o alla sua ausiliaria dei requisiti di partecipazione (in particolare del requisito di "*aver svolto nel triennio 2014/2016 la gestione di almeno un servizio di parcheggi in area ospedaliera interferenti con la viabilità, per un valore (fatturato) medio annuo d'importo non inferiore a 350.000,00 Euro indicando il nominativo del concedente ed il luogo di esercizio del servizio*", di cui è detto nell'atto di appello); né essendosi mai dibattuto dei requisiti di validità del contratto di avvalimento (pure questo esaminato per la prima volta nell'atto di appello).

I nuovi profili di censura del provvedimento di aggiudicazione ampliano perciò inammissibilmente il *thema decidendum*; questo in appello deve essere circoscritto alle censure ritualmente sollevate in primo grado, non potendosi dare ingresso a nuove doglianze rimaste estranee al pregresso dibattito processuale (cfr., tra le altre, da ultimo, Cons. Stato, III, 5 marzo 2018, n. 1335).

4.2. Il terzo motivo di ricorso in primo grado, relativo, come detto, alla violazione dei soli obblighi dichiarativi, si compendia nell'assunto della ricorrente per il quale "*... tali omesse dichiarazioni inficiano irrimediabilmente la documentazione di gara della GESTOPARK s.r.l. trattandosi di vizio fondamentale ed insuscettibile di essere superato mediante integrazioni postume*", sicché, in applicazione della giurisprudenza ivi richiamata (Cons. Stato, III, 7 luglio

2017, n. 3364), secondo la ricorrente, la controinteressata avrebbe dovute essere esclusa dalla gara.

L'assunto riproposto in appello circa l'impossibilità di attivare il soccorso istruttorio è privo di giuridico fondamento, per l'inequivoca disposizione dell'art. 83, comma 9, del Codice dei contratti che lo consente *“in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'art. 85 ...”*.

Il motivo è comunque infondato in concreto perché -per quanto il requisito non fosse stato espressamente riportato nel DGUE- esso era desumibile dalle dichiarazioni trasmesse alla stazione appaltante, dalla Gestopark e dalla sua ausiliaria, contestualmente ai documenti di gara, in ottemperanza a quanto previsto in tema di avvalimento dall'art. 17 del bando di gara (tanto da rendere inutile, nel caso di specie, la pur sempre possibile attivazione della procedura di soccorso istruttorio).

Il secondo motivo di gravame va perciò rigettato.

5. Col terzo motivo (*Erroneità del capo 2.3 della sentenza impugnata per errore nel giudicare la doglianza espressa con il quarto motivo del ricorso in primo grado: Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 95 e ss. del d.lgs. n. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 20 del Bando di Gara. Travisamento dei fatti e dei presupposti, contraddittorietà ed illogicità manifesta della valutazione dell'offerta tecnica della GESTOPARK*), l'appellante sostiene l'illogicità e la contraddittorietà della valutazione effettuata dalla commissione di gara dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, riproponendo il quarto motivo di ricorso, respinto in primo grado anche in ragione della genericità delle censure. L'appellante deduce, per contro, che già dinanzi al TAR avrebbe *“ampiamente sottolineato la carenza del progetto presentato dalla Gestopark rispetto alla previsione contenuta negli artt. 20 e 22 del bando di gara ed art. 7 del Capitolato”*; per avvalorare tale deduzione fa riferimento agli allegati al ricorso; svolge quindi argomentazioni volte a dimostrare l'inadeguatezza del progetto della controinteressata (pagg. 25-32).

5.1. Il motivo è inammissibile per due ordini di ragioni.

In primo luogo, come eccepito dal Comune appellato, anche le censure svolte col terzo motivo risultano in gran parte nuove, poiché volte a censurare la valutazione dell'offerta di Gestopark relativamente a criteri di valutazione non specificamente oggetto del ricorso di primo grado.

La violazione dell'art. 104, comma 1, cod. proc. amm. è manifesta, non rilevando, in senso contrario, come sembra supporre l'appellante, che analoghi rilievi concernenti l'offerta tecnica dell'aggiudicataria fossero desumibili dagli allegati al ricorso. La *causa petendi* della domanda va infatti desunta dal contenuto del ricorso, che, ai sensi dell'art. 40 cod. proc. amm., si compone, tra l'altro, dell'esposizione sommaria dei fatti (lett. c) e dei motivi specifici su cui si fonda il ricorso (lett. d). Si deve ritenere mancante di specificità il ricorso -che come accaduto nel caso di specie in riferimento al quarto motivo- faccia generico rinvio ad una relazione tecnica allegata (quale l'allegato 13 al fascicolo di primo grado), senza svolgere, nel ricorso, ed in ossequio a quanto

richiesto in particolare dall'art. 40, comma 1, lett. d), motivi di censura idonei ad identificare la *causa petendi*.

Tali motivi, proposti per la prima volta in appello, sono conseguentemente inammissibili poiché non può il ricorso in appello colmare la lacuna di contenuto del ricorso del primo grado introducendo per la prima volta censure specifiche che, in quanto mancanti nell'atto introduttivo del giudizio, risultano proposte in secondo grado in violazione dell'art. 104, comma 1, cod. proc. amm.

5.2. Peraltro, si tratta di censure che involgono l'attività valutativa della commissione di gara, eccedendo di gran lunga l'ambito consentito del sindacato giurisdizionale, in quanto non evidenziano alcuna illogicità manifesta né travisamenti di fatto.

Conclusivamente, il terzo motivo di appello è inammissibile.

6. L'appello va quindi respinto.

6.1. Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese processuali, che liquida, in favore del Comune di Ponderano, nell'importo complessivo di € 4.000,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO