

Consiglio di Stato sez. V, 25/08/2023, n.7947

(omissis)

FATTO

1.- Con bando n. 5/2021, il Comune di Barletta indiceva una gara telematica a procedura aperta, da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento della gestione del centro antiviolenza comunale (ex r.r. n. 4/2007 e l.r. n. 29/2014), per una durata di trentasei mesi, con importo a base d'asta di € 114.285,71.

Alla gara partecipavano la onlus (omissis) centro antiviolenza, quale associazione di volontariato operante unicamente nel settore del sostegno e dell'aiuto alle donne vittime di violenza, e (omissis), società cooperativa esercente attività nel settore sanitario.

Nel corso della prima seduta di gara, preordinata all'apertura della documentazione amministrativa e tenutasi in data 10.6.2021, l'appellante evidenziava alcune asserite ragioni di esclusione dalla gara della controinteressata rivenienti dalle autodichiarazioni di quest'ultima, alla cui stregua sarebbe emersa la carenza dei requisiti speciali di partecipazione imposti dal bando.

Nondimeno, nella successiva seduta del 9.8.2021, il presidente del seggio disponeva l'ammissione di entrambi i concorrenti.

All'esito della apertura e valutazione comparativa, in seduta riservata, delle offerte tecniche, l'appellante conseguiva un miglior punteggio tecnico, pari a 64,56/80, a fronte dei 63,33/80 riconosciuti alla controinteressata. Quest'ultima, peraltro, conseguiva con il ribasso offerto dell'1,50% una migliore valutazione, nella successiva seduta pubblica, dell'offerta economica: sì, con il punteggio complessivo di 83,33/100 (a fronte dei 77,89/100 punti conseguiti dall'appellante), veniva proposta per l'aggiudicazione.

Con determinazione dirigenziale n. 780 del 29.5.2022 dopo aver respinto le istanze di revisione in autotutela formulate dall'appellante il Comune disponeva l'aggiudicazione dell'appalto a favore di Horizon Service.

2.- Con ricorso dinanzi al TAR per la Puglia, integrato da successivi motivi aggiunti formalizzati all'esito della interinale ostensione degli atti di gara, l'appellante impugnava gli esiti della gara, ribadendo la asserita carenza, in capo all'aggiudicataria, dei requisiti di idoneità professionale e di capacità tecnico-operativa, ivi compreso il c.d. "fatturato specifico", come richiesti dalla *lex specialis* e lamentando, sotto distinto profilo, l'anomalia dell'offerta controinteressata.

Nel rituale contraddittorio delle parti, con sentenza n. 1801 del 23.12.2022, il TAR respingeva il ricorso.

3. Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, (omissis) ha impugnato la ridetta statuizione, lamentandone la complessiva erroneità ed ingiustizia ed auspicandone integrale riforma.

Si sono costituiti, in resistenza, il Comune di Barletta e la controinteressata (omissis).

Alla pubblica udienza del 13 aprile 2023, sulle reiterate conclusioni dei difensori di parte, la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è fondato e merita di essere accolto.

2. Con un primo motivo di gravame, l'appellante lamenta che la sentenza impugnata abbia disatteso le proprie censure, avuto riguardo alla prospettata assenza, in capo alla controinteressata, del requisito di idoneità professionale postulato dalla *lex specialis*, con particolare riguardo alla previsione del 6.1. del bando di gara, che richiedeva iscrizione nel registro tenuto dalla Camera di commercio per attività coerenti con quelle oggetto della presente procedura di gara.

Sul punto, la decisione impugnata ha osservato che la censura si appuntava solo sul possesso del requisito richiesto dalla *lex specialis*, trascurando le previsioni di legge regionale citate (art. 10 L.R. n. 29/2014) che, diversamente da quanto richiesto dal bando e dal capitolato speciale di appalto, avrebbero fatto riferimento all'attività prevalente esercitata dall'operatore economico. In siffatta prospettiva, la decisione ha ritenuto che la cooperativa aggiudataria possedesse il requisito in contestazione, risultando iscritta alla CCIAA per svariate attività che comprendono quelle socio-sanitarie (prevalenti), ma anche quelle a scopo mutualistico e di assistenza, cura e gestione, al fine di sostenere e accudire soggetti in situazioni di disagio sociale e familiare.

2.1. Il motivo è fondato.

2.1.1.- Importa premettere che l'art. 3 del bando di gara prescriveva che l'oggetto dell'appalto [fosse] affidamento della gestione del servizio del centro antiviolenza comunale, preordinato alla organizzazione ed alla erogazione di un insieme di attività di ascolto e accoglienza, assistenza, consulenza e sostegno rivolto a donne vittime di violenza, sole o con minori, subita o minacciata, in qualunque forma. In particolare, la programmata metodologia di accoglienza avrebbe dovuto basarsi, in evidente considerazione della delicatezza delle prestazioni, sulla relazione tra donne.

A sua volta, l'art. 1 del capitolato speciale d'appalto precisava il proprio oggetto, con riferimento, nell'ambito territoriale del Comune, alla *gestione del Centro antiviolenza per donne sole o con minori vittime di violenza* (art. 107 del reg. Reg. n. 4/2007 L.R. n. 29/2014), autorizzato al funzionamento ed iscritto al Registro Regionale delle strutture, servizio previsto nel Piano Sociale di Zona.

Il successivo art. 7 aggiungeva, quindi, che *il Centro antiviolenza* [dovesse] *rispettare i requisiti minimi e organizzativi stabiliti dalla normativa statale e regionale di riferimento*.

Così individuato l'oggetto dell'appalto, l'art. 6.1 del bando richiedeva ai concorrenti, ai fini della dimostrazione dei requisiti di idoneità professionale, l'iscrizione nel registro tenuto dalla Camera di commercio *per attività coerenti con quelle oggetto della procedura di gara*.

2.1.2.- Ciò posto, dalla visura camerale del 28.6.2022, relativa all'aggiudicataria, emerge, in guisa non contestata: *a)* che *attività prevalente* svolta da (omissis) sia quella di *assistenza domiciliare sanitaria integrata (infermieristica, fisioterapia etc.)* (cfr. pag. 8: codice Atecori 86 90 29, che identifica servizi di assistenza sanitaria non erogati da ospedali o da medici: *attività di infermieri, o altro personale paramedico nel campo dell'optometria, idroterapia, massaggi curativi, terapia occupazionale, logopedia, chiropodia, chiroterapia, ippoterapia, ostetriche etc.*); *b)* che *attività secondaria* fosse, inoltre, quella di *assistenza sociale non residenziale per anziani e disabili e strutture di assistenza sociale residenziale*.

Con ciò, (omissis), all'evidenza, un operatore del settore dei *servizi sanitari domiciliari*: ma non ha dimostrato di possedere il requisito di idoneità professionale imposto ai concorrenti dal citato art. 6.1. della legge di gara, non avendo documentato lo svolgimento di alcuna attività nel settore specifico del sostegno e dell'aiuto alle donne, sole o con minori, vittime di violenza.

2.1.3.- Sul punto, invero, in diffinità della valutazione espressa dal primo giudice, deve, sotto un primo profilo, osservarsi che la legge di gara, imponendo ai partecipanti l'iscrizione alla CCIAA per attività *coerenti* con le prestazioni oggetto d'appalto, si riferiva espressamente all'attività *principale* o *prevalente* in concreto esercitata dal concorrente, così come documentata dall'iscrizione camerale.

È noto, infatti, che quest'ultima integra, nel quadro normativo del vigente Codice dei contratti pubblici (cfr. art. 83, commi 1, lett. e) e 3, d.lgs. n. 50/2016), requisito di idoneità professionale, anteposto ai specifici requisiti attestanti la capacità tecnico professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara di cui alle successive lettere *b)* e *c)* del medesimo comma 1: la sua utilità sostanziale, infatti, quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico. Come statuito dalla consolidata giurisprudenza, infatti, l'individuazione ontologica della

tipologia dell'azienda può avvenire solo attraverso l'attività *principale o prevalente*, in concreto espletata e documentata dall'iscrizione alla Camera di Commercio, avuto riguardo all'oggetto sociale attivato quale risulta dal certificato camerale prodotto, relativamente alle suddette attività (ovvero a quelle effettivamente e in concreto esercitate), senza che possano assumere rilievo a tal fine le attività esercitabili, soltanto in forza della generica ed onnicomprensiva descrizione dell'oggetto sociale (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5257; Id., sez. III, 8 novembre 2017, n. 5170).

Del resto, la dimostrazione dell'iscrizione alla Camera di Commercio per una definita attività (oggetto dell'affidamento) vuol significare che, attraverso la certificazione camerale, deve accertarsi il concreto ed effettivo svolgimento, da parte della concorrente, di una determinata attività, adeguata e direttamente riferibile al servizio da svolgere, e che attività effettivamente esercitata ed oggetto sociale non possono essere considerati come concetti coincidenti. Il che esclude la possibilità di prendere in considerazione imprese la cui attività *non sia stata ancora attivata*, come, peraltro, evidenziato da una giurisprudenza altrettanto uniforme che avverte, altresì, che ai fini in discussione non può giovare il fatto della mera contemplazione di un'attività nell'oggetto sociale, il quale esprime solo la misura della capacità di agire della società interessata, indicando i settori invero, potenzialmente illimitati nei quali la stessa potrebbe in astratto operare, e che, così facendo, indica degli ambiti operativi che devono reputarsi non rilevanti ove non effettivamente attivati (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1^o giugno 2022, n. 4474; Id., sez. V, 18 gennaio 2021, n. 508; Id., sez. V, 10 aprile 2018, n. 2176).

Alla luce di tali rilievi, non può essere condivisa la sopravvalutazione, operata dal primo giudice, dell'oggetto sociale dell'attività svolta da (omissis). La relativa visura camerale, infatti, alla voce *attività prevalente esercitata*, attesta che esclusivamente lo svolgimento di *assistenza domiciliare sanitaria integrata (infermieristica, fisioterapia etc.)* può assegnarsi rilievo alle *svariate attività* cui ha fatto riferimento la sentenza, che a tutto concedere rappresentano solo *potenziali* (e non *attivati*) ambiti operativi.

2.1.4. D'altra parte con valutazione da riguardarsi quale assorbente il richiamo alle attività sociali di supporto alle *tossico dipendenze*, alle *alcool dipendenze* e al *tabagismo* appare, pur trattandosi di servizi sociali, del tutto estraneo a quello (specifico e circostanziato) oggetto di affidamento.

Contrariamente all'avviso del primo giudice, l'espresso riferimento operato dal bando alla normativa regionale (L.R. 29/2014) testimonia della necessità (ivi segnatamente prevista, all'art. 10, comma 5) che i *centri antiviolenza*, affidatari del relativo servizio, debbano essere gestiti *esclusivamente da soggetti, enti, associazioni femminili, imprese sociali, operanti sul territorio regionale, che abbiano tra i propri scopi prevalenti la prevenzione e il contrasto della violenza su donne e minori*.

Tale previsione discende, del resto, direttamente dagli obblighi assunti dall' Italia sul piano internazionale con la ratifica (in data 27.9.2012) della *Convenzione di Istanbul* del Consiglio d' Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne, cui hanno fatto seguito sul piano interno, dopo il d.l. n. 93/2013, gli accordi condivisi nella prima intesa della Conferenza unificata Governo, regioni e province autonome del 27.11.2014, ove all' art., comma 3 " stato previsto che le associazioni e organizzazioni destinate ad occuparsi del " *contrasto alla violenza di genere* " e della " *assistenza delle donne vittime di violenza e dei loro figli* " debbano avere tali finalit " come " *finalit " esclusive o prioritarie coerentemente con quanto indicato con gli obiettivi della Convenzione di Istanbul* " (cos " come ancora confermato dalla successiva intesa Stato-Regioni del 14.9.2022).

Non a caso, del resto, il bando di gara postulava " quale programmatica " *metodologia di accoglienza* " " quella basata " *sulla relazione tra donne* ": che, in quanto correlata a specifiche esperienze nel relativo campo, non si lascia surrogare dal generico riferimento ad attivit " assistenziali socio-sanitarie.

3.- Le esposte considerazioni " che, in accoglimento del gravame, implicano l' annullamento dell' aggiudicazione a favore della controinteressata, in quanto priva dei necessari requisiti di partecipazione " assorbono ogni altro motivo di doglianza.

Le peculiarit " della fattispecie giustificano, ad avviso del Collegio, l' integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

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 di primo grado ed annulla i provvedimenti impugnati.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall' autorit " amministrativa.

Cos " deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 aprile 2023 con l' intervento dei magistrati:

(omissis), Presidente

(omissis), Consigliere

(omissis), Consigliere, Estensore

(omissis), Consigliere

(omissis), Consigliere

Campi meta

Massima : *In materia di gare pubbliche, l'iscrizione al registro camerale deve riguardare l'attività prevalente dell'operatore economico, e non semplicemente potenziali ambiti operativi. La carenza dei requisiti di idoneità professionale, specificamente previsti dal bando, può comportare l'annullamento dell'aggiudicazione, in quanto l'affidamento di servizi delicati, come quelli a favore delle donne vittime di violenza, richiede competenze specifiche e coerenti con l'oggetto dell'appalto.*

Supporto Alla Lettura :

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Il Codice dei contratti pubblici è un Testo Unico che regola i rapporti tra la Pubblica Amministrazione e le società incaricate a svolgere determinate opere pubbliche. In particolare, il Codice dei contratti pubblici regola la disciplina dei contratti necessari per la realizzazione di opere, servizi e forniture a favore della Pubblica Amministrazione, nonché le propedeutiche procedure di scelta del contraente privato. Tale disciplina è contenuta attualmente nel **decreto legislativo n. 36 del 31 marzo 2023**, il quale è entrato in vigore il 1° aprile 2023, ma la cui efficacia è tale solo dallo scorso 1° luglio 2023. Tuttavia, gran parte delle disposizioni sulla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti della Parte II del Libro Primo è efficace dal 1° gennaio 2024. Pertanto, il Codice, durante la sua prima applicazione, ha convissuto col vecchio Codice (D.lgs. n. 50/2016) e con altre normative di riferimento (es: DL Semplificazioni Bis) fino al 31 dicembre 2023. Il decreto legislativo n. 50/2016, quindi, è stato completamente abrogato il 1° gennaio 2024, fermo restando che, per le procedure bandite prima del 1° luglio 2023, continuano a valere le disposizioni del 'vecchio' Codice.