

Publicato il 25/09/2019

N. 06431/2019REG.PROV.COLL.
N. 00237/2019 REG.RIC.



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 in appello iscritto al numero di registro generale 237 del 2019, proposto da

Ministero delle Infrastrutture e Trasporti - Provveditorato Interregionale alle Opere Pubbliche Campania, Molise, Puglia e Basilicata, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi 12;

contro

New Food Società Coop. Soc, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Comune di Acerra, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso il

suo studio in Roma, via Barnaba Tortolini 30;

Società Slem s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione Seconda, 10 dicembre 2018, n. 7059, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della New Food Società Coop. Soc e del Comune di Acerra;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 maggio 2019 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati dello Stato Jacoangeli, Luca Tozzi, Lorenzo Lentini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato in G.U.U.E. in data 22 dicembre 2017 e in G.U.R.I. il 10 gennaio 2018, il Provveditorato Interregionale alle Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata (di seguito "*il Provveditorato*"), quale Stazione Unica Appaltante (d'ora in avanti "*S.U.A.*") in forza di convenzione rep. 7914 del 19 febbraio 2016 stipulata con il Comune di Acerra ("*il Comune*"), ha indetto la gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica nelle scuole dell'infanzia del predetto Comune, di durata triennale e del valore stimato di € 1.817.900,00 oltre IVA.

Per quanto rileva, il Disciplinare (pagina 5) ha previsto espressamente che i concorrenti dovessero essere in possesso di

iscrizione camerale per attività inerente l'oggetto della gara, ovvero l'affidamento di "Servizi di Ristorazione Scolastica".

2. Alla gara, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha partecipato, in qualità di cessionaria del ramo di azienda connesso all'oggetto dell'appalto della Cooperativa Quadrelle 2001, la New Food Società Cooperativa Sociale (di seguito "New Food").

2.1. Nel corso della seduta del 17 ottobre 2018, la Commissione ne ha disposto l'esclusione per asserita carenza dei prescritti requisiti di partecipazione: in particolare, si contestava alla concorrente di essere *"priva dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla gara"* in quanto la società *"non presenta nel proprio oggetto sociale l'attività di servizio di refezione scolastica, come si evince ictu oculi dalla visura storica, rilasciata in data 1.10.2018 dal Registro delle Imprese della CCLAA di Salerno"*.

3. Con ricorso ritualmente notificato la New Food ha quindi chiesto al Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania l'annullamento, previa sospensione, del detto provvedimento di esclusione, lamentando "Violazione e falsa applicazione di legge (art. 83 del D.Lgs. 50/2016) – Violazione e falsa applicazione di *lex specialis* (Parte IV del Disciplinare di Gara) - Difetto ovvero carenza di istruttoria- Difetto ovvero carenza di motivazione- Illogicità ovvero irragionevolezza manifesta".

3.1. Si sono costituiti in giudizio il Provveditorato e il Comune, i quali hanno entrambi resistito al ricorso, sostenendone l'infondatezza e insistendo per il suo rigetto.

3.2. Con la sentenza in epigrafe, il tribunale amministrativo ha accolto il ricorso della New Food e annullato, per l'effetto, il provvedimento gravato, dando rilievo alle risultanze del certificato

camerale della ricorrente versato in atti (nel quale era indicata come prevalente l'attività "mense") e ritenendo che nella fattispecie in esame vi fosse "la necessaria congruenza contenutistica" tra l'attività e l'oggetto sociale della ricorrente (nel quale era comunque indicata l'"assistenza scolastica e la gestione di strutture scolastiche di ogni ordine e grado, compreso gli asili nido") e quella oggetto della gara, anche in un'ottica di *favor participationis*.

4. Avverso la sentenza propone appello il Provveditorato chiedendone la riforma con un unico articolato motivo rubricato: "Difetto dei requisiti di idoneità professionale all'espletamento del servizio oggetto di affidamento- Violazione e falsa applicazione da parte del giudice di primo grado dell'art. 83 del D.Lgs.50/2016, della parte IV del Disciplinare di gara nonché dell'art. 1, comma 1, della legge 381/1991".

4.1. Si è costituita in resistenza la New Food che ha depositato memorie difensive, eccependo preliminarmente l'inammissibilità dell'appello perché contenente la mera riproposizione delle difese di primo grado senza formulazione di specifiche censure avverso un capo autonomo della sentenza di per sé solo idoneo a sorreggere il *decisum* (avendo in particolare l'appellante omissa la specifica impugnazione del capo della sentenza che ha valorizzato l'iscrizione alla CCIAA della società appellata per attività inerente l'oggetto dell'appalto) e, comunque, chiedendone il rigetto stante la sua infondatezza.

4.2. Si è costituito ad *adiuvandum* a sostegno delle tesi dell'appellante anche il Comune di Acerra, assumendo anch'esso la legittimità del provvedimento di esclusione per carenza in capo alla New Food dei requisiti previsti dal bando e insistendo quindi per l'accoglimento del gravame proposto dalla SUA.

4.3. All'udienza del 30 maggio 2019, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. Come già accennato nella parte in fatto, con un unico motivo di impugnazione il Provveditorato appellante insiste nell'affermare che la società New Food sarebbe stata legittimamente esclusa dal confronto concorrenziale perché priva del requisito di idoneità professionale ex art. 83, comma 1, lett. a), del codice dei contratti pubblici richiesto dalla *lex specialis* e consistente nell'essere iscritta nel "registro delle imprese presso la Camera di Commercio, Industria, Artigianato ed Agricoltura per attività inerente l'oggetto della gara": avrebbe dunque errato il tribunale a ritenere l'appellata in possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara e necessari per lo svolgimento del servizio di refezione scolastica oggetto di affidamento, considerando perciò illegittima l'esclusione gravata.

5.1. In particolare, le censure formulate possono essere così sintetizzate.

5.2. L'appellante ha anzitutto evidenziato che mentre l'atto costitutivo della società Bakhita Società Cooperativa Sociale Onlus, alla quale la Quadrelle 2001 aveva ceduto il ramo di azienda connesso con la refezione scolastica, contemplava originariamente anche "l'erogazione e la gestione di servizi di preparazione e di somministrazione di alimenti e di bevande, compresa la consegna domiciliare" e la "gestione di mense, di ristoranti, di punti di ristoro e di bar" (come si evince dalla stessa visura storica della società), l'oggetto sociale era stato invece riformulato, in occasione della modifica della denominazione sociale in New Food in data 19 marzo 2018, con

esclusivo riferimento all' *"assistenza scolastica e gestione di strutture scolastiche di ogni ordine e grado, ivi comprese gli asili nido"*.

5.3. Poiché, dunque, l'attività di assistenza scolastica e di gestione di strutture scolastiche non sarebbe un'attività attinente a quella di refezione scolastica oggetto della gara di appalto, difetterebbero, dunque, sempre ad avviso dell'amministrazione appellante, i requisiti di idoneità professionale previsti a pena di esclusione dal disciplinare per lo svolgimento del servizio da affidarsi.

5.4. Sotto diverso ma concorrente profilo, l'appellante lamenta che il tribunale avrebbe inoltre pretermesso un'altra fondamentale circostanza, ovvero che nel verbale assembleare del 19 marzo 2018, oltre ad essere variata la denominazione della cessionaria del ramo d'azienda, ne è stato radicalmente modificato l'oggetto sociale, così attualmente delimitato solo alle attività di gestione di servizi socio-sanitari ed educativi ai sensi dell'art. 1 comma 1 lett. a) della legge 8 novembre 1991, n. 381 (c.d. servizi essenziali),

5.5. La New Food, pertanto, non persegue più le finalità espresse dalla lett. b) dell'art. 1 della legge citata come può evincersi anche dalla visura storica della stessa società rilasciata dalla CCIAA di Salerno in data 1 ottobre 2018 (dalla quale risulta che nel suo oggetto sociale non sono più ricomprese le attività di cui alla lett. b) tra le quali anche le attività di mensa) e dall'art. 3 dello Statuto della Cooperativa (allegato al su indicato verbale assembleare), che testualmente recita *"La Cooperativa, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1, lett. a), della legge 8 novembre 1991, n. 381 ...persegue l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini, ispirandosi ai principi della solidarietà e della promozione umana con lo scopo di*

prevenire e superare ogni forma di emarginazione sociale nei confronti di soggetti in stato di particolare difficoltà fisica, psichica e sociale”.

5.6. Pertanto, avrebbe errato il tribunale a non dare rilievo al fatto che l'oggetto sociale dell'appellata non ricomprende allo stato la erogazione di attività commerciali finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate ai sensi della lett. b) del citato art.1 laddove il presente appalto ha ad oggetto servizi di refezione scolastica, a domanda individuale, soggetti a tariffe e non riconducibili evidentemente nella sfera dei c.d. servizi essenziali previsti dalla lett. a).

5.7. Per tali ragioni la stazione appaltante avrebbe legittimamente disposto l'esclusione della New Food ai sensi dell'art. 83, comma 1, lett. a), del codice dei contratti pubblici, che contempla i requisiti di idoneità professionale da valutare nella selezione dell'affidatario di pubblici servizi, posto che l'appellata, pur avendo indicato quale attività prevalente quella del servizio mense, non soddisferebbe, comunque, i requisiti di partecipazione alla gara tenuto conto dell'oggetto sociale anche in relazione alle finalità primarie perseguite da una cooperativa (qual è appunto l'appellata) di tipo A.

5.8. In conclusione, sarebbero censurabili e meritevoli di riforma, ad avviso dell'appellante, le statuizioni di prime cure laddove hanno desunto il possesso del prescritto requisito di idoneità professionale in capo all'originaria ricorrente dalla mera attivazione di un codice ATECO relativo ad attività "mense": diversamente da quanto opinato dal tribunale, infatti, l'identificazione dell'attività prevalente sulla base del codice ATECO sarebbe mera classificazione di tipo amministrativo, finalizzata esclusivamente ad indicare le attività nella domanda di iscrizione nel registro delle imprese, senza rilevanza sulla

connotazione come attività prevalente o accessoria (cfr. Cons. di Stato, III, 2 luglio 2015, n. 3285 secondo la quale non occorre l'iscrizione camerale, essendo sufficiente che l'attività sia annoverata nell'oggetto sociale della società) laddove, sempre secondo l'appellante, ciò che rileva in termini di accertamento dell'idoneità professionale dell'operatore economico è unicamente l'oggetto sociale richiamato nello Statuto; quest'ultimo nella fattispecie in esame contemplava, infatti, la sola attività di assistenza scolastica e gestione di strutture scolastiche la quale non ricomprende all'evidenza quella di refezione, avente natura commerciale e relativa alla preparazione e somministrazione di alimenti e bevande, e il cui svolgimento non può quindi integrare il requisito di idoneità professionale richiesto dal disciplinare.

5.9. Anche il Comune, costituitosi in giudizio, ha sostenuto con proprie memorie difensive la non inammissibilità dell'appello e la fondatezza nel merito delle tesi prospettate dalla SUA.

6. L'appello è infondato nel merito, sicché può prescindersi dall'esame dell'eccezione di inammissibilità sollevata *in limine* dalla difesa dell'appellata.

6.1. Come chiarito dalla recente giurisprudenza di questo Consiglio, che la Sezione condivide e alla quale intende dare continuità, nell'impostazione del nuovo codice appalti l'iscrizione camerale è assurta a requisito di idoneità professionale [art. 83, comma 1, lett. a), e 3, d.lgs. n. 50/2016], anteposto ai più 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: la sua utilità sostanziale è infatti quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità

coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico (in tal senso Cons. di Stato, III, 8 novembre 2017, n. 5170; Cons. di Stato, V, 25 luglio 2019, 5257).

6.2. Pertanto, da tale *ratio* delle certificazioni camerali, nell'ottica di una lettura del bando che tenga conto della funzione e dell'oggetto dell'affidamento, si è desunta la necessità di una congruenza o corrispondenza contenutistica, tendenzialmente completa, tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di Commercio, e l'oggetto del contratto d'appalto, evincibile dal complesso di prestazioni in esso previste: l'oggetto sociale viene così inteso come la "misura" della capacità di agire della persona giuridica, la quale può validamente acquisire diritti ed assumere obblighi solo per le attività comprese nello stesso, come riportate nel certificato camerale (Cons. di Stato, V, 7 febbraio 2012, n. 648; IV, 23 settembre 2015, n. 4457).

6.3. Detta corrispondenza contenutistica, sebbene non debba intendersi nel senso di una perfetta e assoluta sovrapposibilità tra tutte le singole componenti dei due termini di riferimento (il che porterebbe ad ammettere in gara i soli operatori aventi un oggetto pienamente speculare, se non identico, rispetto a tutti i contenuti del servizio da affidarsi, con conseguente ingiustificata restrizione della platea dei partecipanti), va accertata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, in virtù di una considerazione non già atomistica, parcellizzata e frazionata, ma globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto. L'interesse pubblico tutelato da tale disciplina normativa non è, infatti, la creazione e il rafforzamento di riserve di mercato in favore di determinati operatori economici, ma piuttosto

quello di assicurare l'accesso al mercato (nel contemperamento con i principi della massima partecipazione e concorrenzialità) anche ai concorrenti per i quali è possibile pervenire ad un giudizio di globale affidabilità professionale (cfr. Cons. di Stato, III, 8 novembre 2017, n. 5170; III, 10 novembre 2017, n. 5182; V, 7 febbraio 2018, n. 796). In definitiva, se è vero che la recente giurisprudenza ha affermato che l'identificazione dell'attività prevalente non può essere basata solo sui codici ATECO (aventi "*preminente funzione statistica, in quanto finalizzati ad indicare l'attività nella domanda di iscrizione nel Registro delle imprese senza alcun rilievo sulla connotazione come attività prevalente o accessoria*": così Cons. di Stato, V, 17 gennaio 2018, n. 262) - specie allorquando (come nella fattispecie in esame) la *lex specialis* non ne abbia prescritto uno specifico come requisito di idoneità professionale ai fini della partecipazione alla gara- è anche vero che l'accertamento della concreta coerenza della descrizione delle attività riportate nel certificato camerale con i requisiti di ammissione richiesti dalla *lex specialis* e con l'oggetto del contratto di appalto complessivamente considerato va svolto sulla base del confronto tra tutte le risultanze descrittive del certificato camerale e l'oggetto del contratto di appalto.

6.4. Tanto premesso e alla luce di tali principi giurisprudenziali, correttamente la sentenza di prime cure, pienamente conformandosi e facendone coerente applicazione, ha ritenuto rilevante, ai fini della determinazione dell'oggetto sociale, l'iscrizione dell'impresa in una determinata categoria presso la C.C.I.A.A., dimostrativa della volontà della stessa società di esercitare quell'attività per la quale ha chiesto l'iscrizione, raffrontandola poi con l'oggetto dell'appalto; e ha quindi altrettanto correttamente

concluso, sulla base dell'operato raffronto, che la concorrente soddisfacesse il requisito prescritto dal disciplinare che richiedeva l'iscrizione camerale non già per attività corrispondenti ai servizi oggetto dell'appalto, ma *“per attività inerente l'oggetto della gara”*.

6.5. A riguardo, deve in primo luogo osservarsi come il provvedimento di esclusione recasse la testuale e stringata motivazione già riportata in narrativa (*“Dichiara esclusa dalla procedura di gara la Soc. New Food Società Cooperativa sociale perché priva dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla gara, considerato che codesta società non presenta nel proprio oggetto sociale l'attività di servizio di refezione scolastica, come si evince ictu oculi dalla visura storica, rilasciata in data 1.10.2018 dal Registro delle Imprese della CCLAA di Salerno”*), senza operare alcun riferimento alle ulteriori argomentazioni spese dalle amministrazioni con riguardo alla tipologia e alla natura della cooperativa ai sensi della richiamata legge n. 381 del 1991 e alle finalità statutarie concretamente perseguite dalla società né alcuna esternazione del percorso logico-giuridico che consenta di ritenere che l'amministrazione abbia posto anche quelli elementi di diritto a fondamento della sua decisione.

6.6. In ogni caso, tali considerazioni, oltre a costituire un'inammissibile integrazione postuma della motivazione, non rivestono portata dirimente ai fini della decisione. Esse non sovvertono le ragionevoli conclusioni cui è pervenuto il primo giudice: non esiste infatti alcun divieto normativo che impedisca alle cooperative sociali di partecipare alle gare di appalto e, a maggior ragione, a quelle relative al servizio di refezione scolastica.

6.7. Delineato dunque il *thema decidendum* della controversia sulla base dei contenuti del provvedimento gravato, risulta invece dirimente, ai

fini della valutazione in ordine alla sussistenza del requisito di idoneità professionale richiesto, il riferimento operato dal primo giudice all'oggetto sociale attivato, indicante l'attività in concreto espletata, documentata dall'iscrizione alla Camera di Commercio, laddove come evidenziato l'oggetto sociale statutario indica solo potenziali indirizzi operativi dell'azienda, attraverso un elenco descrittivo delle possibili attività che la compagine sociale si propone di esercitare che non dà indicazioni sul suo effettivo e reale svolgimento.

Come statuito dalla consolidata giurisprudenza, infatti, l'individuazione ontologica della tipologia d'azienda può avvenire solo attraverso l'attività principale o prevalente, in concreto espletata e documentata dall'iscrizione alla Camera di Commercio, mentre non rileva quanto riportato nell'oggetto sociale indicato nell'atto costitutivo o nello statuto societario che esprime soltanto ulteriori potenziali indirizzi operativi, non rilevanti ove non attivati. Pertanto la prescrizione della legge di gara con cui si richiede ai concorrenti ai fini della partecipazione l'iscrizione alla C.C.I.A.A. per determinate attività, per dimostrare la capacità tecnica e professionale dell'impresa, risulta finalizzata a selezionare ditte che abbiano un'esperienza specifica nel settore dell'appalto maturata attraverso lo svolgimento di una determinata attività direttamente riferibile al servizio da svolgere (cfr. per tutte Cons. di Stato, V. 10 aprile 2018, n. 2176).

Non possono dunque condividersi le argomentazioni del Provveditorato e del Comune che erroneamente declassano le risultanze del certificato camerale ai fini della verifica dell'idoneità professionale al corretto espletamento del servizio oggetto d'appalto.

6.8. Dette risultanze, infatti, smentiscono l'assunto delle amministrazioni secondo cui la New Food sarebbe priva del prescritto requisito di idoneità professionale in quanto non presenta nel proprio oggetto sociale l'attività di refezione scolastica.

6.9. È pacifico e non contestato che nella visura camerale versata in atti l'attività "mense" è indicata come attività prevalente della società appellata (che ha difatti attivato il corrispondente codice ATECO per attività prevalente 56.29.1. - mense).

Tali risultanze vanno poi correlate alla descrizione statutaria dell'oggetto sociale dell'appellata ove ai punti R) ed S) viene rispettivamente indicata *"l'assistenza scolastica e la gestione di strutture scolastiche di ogni ordine e grado, ivi compresi gli asili nido"* e *"l'espletamento di attività educative, formative e di supporto scolastico ed extra scolastico per minori e adulti"*.

Contrariamente a quanto assumono il Provveditorato appellante e il Comune, sussiste, in definitiva, nella fattispecie, come bene rilevato dal primo giudice, quella necessaria congruenza contenutistica tra l'attività e l'oggetto sociale dell'appellata e l'oggetto della gara, anche in un'ottica di *favor participationis*, considerato altresì che la *lex specialis* non richiedeva appunto un'assoluta identità intesa come esatta corrispondenza ai servizi da affidarsi, ma la mera inerenza dell'attività, per la quale era richiesta l'iscrizione camerale, all'oggetto della gara.

Per le ragioni esposte, non può dunque ritenersi, che l'appellata New Food fosse priva del requisito di idoneità professionale per attività inerenti l'oggetto dell'appalto in questione relativo al servizio di refezione scolastica.

7. In conclusione, per l'infondatezza delle censure formulate l'appello deve essere respinto.

8. Le spese seguono la soccombenza per quanto riguarda il Ministero appellante e sono liquidate in dispositivo, mentre sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra l'appellata New Food Società Cooperativa Sociale e il Comune, non avendo questo proposto autonoma impugnazione avverso la sentenza di primo grado.

P.Q.M.

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

Condanna il Ministero delle Infrastrutture e Trasporti - Provveditorato Interregionale alle Opere Pubbliche per Campania, Molise, Puglia e Basilicata alla rifusione delle spese di giudizio a favore della Società New Food Soc. Coop. Soc. che liquida forfettariamente in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre oneri accessori se per legge dovuti.

Dispone compensarsi le spese tra il Comune di Acerra e la New Food Società Cooperativa Sociale.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO