

REPUBBLICA ITALIANA
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 3693 del 2020, proposto da Azienda Agricola Prezzo Laura Anna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Achille Morcavallo e Alessandra Morcavallo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Achille Morcavallo in Roma, via Arno, n.6; contro

Provincia di Cosenza, non costituita in giudizio;
Ufficio Territoriale del Governo di Cosenza, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12; nei confronti

Azienda Agricola e Agrituristica di Gagliardi Angelo, non costituita in giudizio;
per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Prima, 22 aprile 2020, n. 603, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ufficio Territoriale del Governo di Cosenza;

Visto il dispositivo di sentenza n. 8497 del 29 dicembre 2020;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2020, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, il consigliere Angela Rotondano, nessuno presente per le parti costituite;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Azienda agricola Prezzo Laura (di seguito "l'Azienda agricola" o "Azienda Prezzo") ha partecipato alla gara, bandita dalla Provincia di Cosenza, in qualità di Stazione unica appaltante, per conto della Prefettura della stessa città, per l'affidamento, mediante procedura aperta da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei servizi di gestione di centri di prima accoglienza con capacità recettiva massima di 50 posti, tramite accordo quadro con più operatori economici.

1.1. Con nota del 10 febbraio 2020 la Provincia comunicava all'Azienda Prezzo la sua esclusione dalla gara disposta dalla Prefettura giusta provvedimento del 6 febbraio 2020, esclusione motivata dal mancato possesso dei prescritti requisiti di partecipazione di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ed in particolare perché il suo settore di attività non era coerente con l'oggetto del bando: aveva infatti dichiarato di essere iscritta nel registro regionale degli agriturismi, ma non avrebbe operato, nell'ambito dei propri fini istituzionali, in un settore di intervento pertinente con i servizi di accoglienza e assistenza alla persona, così come specificato all'art. 5 del disciplinare di gara; né i chiarimenti forniti a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, giustificato anche dal fatto che la certificazione rilasciata dalla Prefettura di Cosenza mancava della seconda pagina relativa ai servizi svolti con i relativi importi, avevano superato le rilevate criticità perché dall'esame della nuova certificazione della CCIA, trasmessa con nota pec del 20 agosto 2019, era emerso che la modifica dell'oggetto sociale era stata effettuata in data 6 agosto 2019, successivamente cioè alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

2. Il Tribunale amministrativo per la Calabria, adito dall'interessata per l'annullamento di tale esclusione, asseritamente illegittima per a) l'incompetenza del Responsabile unico del procedimento ad adottare il provvedimento di esclusione (in quanto nel caso di specie gli artt. 15 e 16 del disciplinare individuavano espressamente la commissione di gara come organo preposto alle verifiche sulla documentazione amministrativa e sulle verifiche tecniche ed economiche, escludendo dunque una competenza del RUP prevista dal Codice dei contratti pubblici in via residuale) e b) per violazione del principio di favor participationis e di tipicità delle cause di esclusione, dell'impugnato provvedimento di esclusione, con la sentenza segnata in epigrafe, nella resistenza dell'intimata Prefettura di Cosenza, ha respinto il ricorso, condannando la ricorrente al pagamento delle spese di lite.

3. L'Azienda Prezzo ha proposto appello contro detta sentenza, chiedendone la riforma per i seguenti motivi: "1. Error in procedendo e/o iudicando: travisamento dei fatti- violazione e/o falsa applicazione art. 15 e 16 disciplinare di gara- violazione e/o falsa applicazione art. 31, comma 3, D.Lgs. 50/2016- Incompetenza"; 2. Error in procedendo e/o iudicando: violazione e/o falsa applicazione artt. 83, comma 9, Codice appalti e 12.1.2. disciplinare di gara- difetto di istruttoria e di motivazione- eccesso di potere per illogicità, erroneità, travisamento dei fatti e degli atti- contraddittorietà- violazione e/o falsa applicazione dei principi del favor participationis e di tassatività delle cause di esclusione, nonché del principio di proporzionalità".

Sono state in tal modo riproposte le censure formulate in primo grado, per l'appellante malamente apprezzate ed ingiustamente respinte con motivazione lacunosa e approssimativa.

3.1. Anche nel giudizio di appello si è costituito l'Ufficio del Governo- Prefettura di Cosenza.

3.2. Con ordinanza n. 3190 del 5 giugno 2020 la Sezione ha accolto la domanda cautelare, disponendo la riammissione con riserva alla gara dell'odierna appellante, sussistendo tanto il fumus boni iuris, quanto il periculum in mora.

4. All'udienza del 17 dicembre 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. E' oggetto di gravame la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sez. I, 22 aprile 2020, n. 603, che ha respinto il ricorso proposto dall'Azienda Prezzo avverso il provvedimento di esclusione

dalla gara bandita dalla Provincia di Cosenza, in qualità di Stazione unica appaltante, per conto della Prefettura della stessa città, per l'affidamento, mediante procedura aperta da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei servizi di gestione di centri di prima accoglienza con capacità recettiva massima di 50 posti, tramite accordo quadro con più operatori economici, ritenendo infondate tutte le censure sollevate.

5.1. In particolare, quanto al dedotto vizio di incompetenza, ne ha negato l'esistenza atteso che l'art. 31, comma 3 d.lgs. 16 aprile 2016, n. 50, ha individuato nel responsabile unico del procedimento il soggetto deputato a svolgere "tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti", con ruolo e funzioni di garanzia e di controllo, tra le cui attribuzioni rientra anche l'adozione dei provvedimenti di esclusione delle partecipanti alla gara.

5.2. Quanto al secondo e al terzo motivo di ricorso, strettamente connessi, essi sono stati ritenuti infondati sulla scorta dei principi giurisprudenziali in materia di iscrizione camerale, assunta nell'impostazione del nuovo codice appalti a requisito di idoneità professionale (art. 83, comma 1, lett. a), e 3, d.lgs. n. 50 del 2016), anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara. Al riguardo la sentenza ha rammentato che: a) l'utilità sostanziale dell'iscrizione camerale è quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico (dal che discende 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); b) 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, rilevando pure che la su indicata corrispondenza contenutistica, sebbene non debba intendersi nel senso di una perfetta e assoluta sovrapposibilità tra tutte le singole componenti dei due termini di riferimento, 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; c) in definitiva, se l'identificazione dell'attività prevalente non può essere basata solo sui codici ATECO, 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.

Nel caso di specie dalle risultanze del certificato camerale della ricorrente si evinceva che quest'ultima era iscritta all'apposito registro per le attività di "uliveto, coltivazione miste di cereali, legumi da granella e semi oleosi, che dal 7 giugno 2017 è iniziata l'attività di "affittacamere per brevi soggiorni, case ed appartamenti per vacanze, bed and breakfast, residence" e che solo in data 6 agosto 2019, cioè dopo la presentazione della domanda di partecipazione alla gara era stata richiesta la modifica delle attività svolte; pertanto l'attività indicata nel certificato camerale non era coerente con l'oggetto dell'appalto, a nulla rilevando che in passato alla ricorrente fosse stato affidato il servizio di accoglienza.

6. Ciò posto la Sezione ritiene che l'appello sia fondato alla stregua delle osservazioni che seguono.

6.1. E' da respingere il primo motivo di censura concernente la pretesa incompetenza del R.U.P. ad adottare l'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara.

Ricordato infatti che correttamente il primo giudice ha sottolineato il ruolo centrale di vigilanza e controllo di cui è titolare il R.U.P. nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, resta da aggiungere che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale dal quale non vi è ragione di discostarsi, "in caso di procedura di gara che preveda l'affidamento...con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, competenza esclusiva della commissione giudicatrice è l'attività valutativa, mentre il R.U.P. può svolgere

tutte le attività, anche non definite dal Codice, che non implicano l'esercizio di poteri valutativi" (ex multis, Cons. Stato, V, 13 settembre 2018, n. 537; 6 maggio 2015, n. 2274; 21 novembre 2014, n. 5760; III, 19 giugno 2017, n. 2983).

Nel caso di specie non è revocabile indubbio che il R.U.P. non abbia svolto alcuna attività valutativa delle offerte, unica attività di esclusiva competenza della commissione di gara.

6.2. E' invece fondato il secondo motivo di gravame in quanto, diversamente da quanto ritenuto dal giudice di prime cure, la Sezione è dell'avviso che non siano legittime le motivazioni poste a base del provvedimento di esclusione circa la mancanza del requisito di idoneità professionale in capo all'Azienda appellante.

6.2.1. Invero il primo giudice, pur muovendo da premesse e richiami giurisprudenziali corretti (sul valore assegnato dal Codice dei contratti appalti pubblici all'iscrizione camerale e sulla necessaria corrispondenza contenutistica tra iscrizione e attività), ha tuttavia ommesso di considerare che la visura camerale prodotta dall'interessata a seguito dell'attivato soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 12.1.2 del Disciplinare di gara (che esplicitamente ammetteva, in caso di omessa o irregolare produzione documentale, la sua successiva integrazione laddove questa consenta di attestare circostanze preesistenti, vale a dire l'antecedente possesso dei requisiti previsti per la partecipazione), certificava effettivamente lo svolgimento del settore di attività richiesto dal bando sin dal 2016 (a seguito di aggiudicazione di altra gara avente oggetto analogo da parte della stessa Prefettura di Cosenza), cioè in data antecedente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte (avendo del resto la ricorrente pure allegato l'attestato, rilasciato dalla stessa Prefettura, riguardo all'attività effettivamente svolta per il medesimo ente di "servizio accoglienza cittadini stranieri", con l'indicazione dei relativi importi erogati, proprio negli anni 2016/2017/2018).

Ciò consente di ritenere provata la preesistenza del requisito di partecipazione in capo alla ricorrente.

6.2.2. Ha pertanto errato la sentenza impugnata per aver ritenuto legittimo il provvedimento di esclusione sulla base del mero elemento formale della data di registrazione camerale dell'intervenuta modifica dell'attività, del tutto obliterando il dato sostanziale e storico della decorrenza effettiva dell'attività stessa, corrispondente a quella di interesse per la procedura di gara in questione.

Come già rilevato, risulta dagli atti che lo svolgimento di detta attività risalgia invero al 2016, che sia perciò preesistente al bando e che sia stata svolta proprio a seguito di affidamento da parte della medesima stazione appaltante; emerge infatti indiscutibilmente dalla mera lettura della visura camerale quanto segue: "data effetto: 18/03/2016 – inizio attività: altre strutture di assistenza sociale residenziale ulteriori specifiche: ricoveri temporanei per senzatetto ed immigrati".

In definitiva, a prescindere dalla data di richiesta della modifica dei codici di attività, le attività medesime, sulla base del certificato camerale rilasciato, risultavano svolte effettivamente da data ben antecedente a quella della scadenza del bando di gara.

6.2.3. Non è superfluo osservare che ciò che rileva (e che del resto ha costituito oggetto di specifica doglianza nel ricorso introduttivo) non è il mero dato fattuale dell'affidamento concreto dell'attività in questione da parte della Prefettura alla ricorrente in data antecedente alla scadenza del bando di gara, ma il riconoscimento del precedente possesso del requisito di gara, mediante l'attestazione contenuta nel certificato camerale, in ossequio a quanto richiesto dalle disposizioni di legge e del bando medesimo.

Invero, nel ricorso introduttivo, dall'incontestata ratio delle certificazioni camerali, come pure poi individuata correttamente nell'appellata sentenza, nell'ottica di una lettura del bando funzionale all'oggetto dell'affidamento, si era dedotta 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, in linea con i richiamati principi giurisprudenziali (Cons. Stato, V, 7 febbraio 2012, n. 648; Id., IV, 23 settembre 2015, n. 4457).

Nondimeno, proprio alla luce di quei principi, era stato allegato e provato che l'attività svolta ed indicata nella certificazione camerale è proprio quella richiesta dal bando, vale a dire il servizio di accoglienza ed assistenza a cittadini stranieri, da data antecedente alla scadenza del bando medesimo.

6.2.4. Non vi è pertanto ragione di discostarsi dal consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui ciò che rileva ai fini della partecipazione è "il possesso da parte dell'impresa contraente, in data anteriore alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte fissato dal bando, della capacità tecnica e della specifica professionalità necessarie per la corretta esecuzione delle prestazioni affidate e certificate con effetto ricognitivo da un'iscrizione alla Camera di Commercio avente un oggetto congruente con quello dell'appalto" (ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2018, n. 3035; Id., 17 gennaio 2018, n. 262, id., 14 aprile 2015, n. 1874).

Nella fattispecie in esame il possesso del requisito in capo alla Azienda Prezzo è attestato dalla Camera di Commercio a decorrere dal 2016 in ragione dell'effettivo svolgimento di detta attività per la stessa Prefettura, sicché il certificato camerale, pur recando una data successiva alla scadenza del termine di presentazione delle domande, svolge una funzione ricognitiva del possesso del prescritto requisito.

Deve del resto ribadirsi che l'iscrizione nel registro della CCIA ha mera natura ricognitiva di un effetto che si era già prodotto in conseguenza dell'effettivo e concreto svolgimento dell'attività nel settore oggetto di appalto, con conseguente retroattività dell'effetto utile dell'iscrizione, come precisato dalla giurisprudenza (Cons. Stato, V, n. 3055-72018, cit).

6.3. Erroneo risulta anche l'ulteriore motivo di esclusione ancorato all'asserita mancanza della "seconda pagina nella certificazione rilasciata dalla Prefettura di Cosenza relativa ai servizi svolti con i relativi importi" atteso che, come rilevato in precedenza, l'appellante aveva prodotto, nei termini fissati con il soccorso istruttorio, la seconda pagina mancante, rimediando all'irregolarità documentale. È sufficiente al riguardo osservare che, per giurisprudenza consolidata, le cause di esclusione dalla gara, in quanto limitative della libertà di concorrenza, devono essere ritenute di stretta interpretazione, senza possibilità di estensione analogica, con la conseguenza che deve essere preferita quell'interpretazione che, in aderenza ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, eviti eccessivi formalismi e illegittime restrizioni alla partecipazione, laddove nella fattispecie in esame il detto motivo, posto a base del provvedimento impugnato, non rientrava tra le cause di esclusione di cui al bando e disciplinare.

8. In conclusione, l'appello va accolto, a ciò seguendo, in riforma dell'impugnata sentenza, l'accoglimento del ricorso di primo grado e l'annullamento degli atti ivi impugnati.

9. Le spese seguono la soccombenza e sono 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, accoglie il ricorso di primo grado e annulla i provvedimenti con esso impugnati.

Condanna l'Ufficio Territoriale del Governo di Cosenza alla rifusione delle spese del doppio grado di giudizio a favore dell'appellante Azienda Agricola Prezzo Laura Anna che liquida forfettariamente in complessivi euro 7.000,00 (settemila/00), oltre oneri ed accessori se per legge dovuti.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2020, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO