

Pubblicato il 04/05/2022

N. 03495/2022REG.PROV.COLL.

N. 06705/2021 REG.RIC.



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 6705 del 2021, proposto da Giuli Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Russo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Comune di Sant'Antimo, Ambito n. 17 c/o il Comune Capofila di Sant'Antimo, Ambito n. 17 Ufficio di Piano, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Raggio di Sole Società Cooperativa Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione Seconda, 15 giugno 2021, n. 4060, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Raggio di Sole Società Cooperativa Onlus;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2021 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Russo e Tozzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società Raggio di Sole Società Cooperativa Onlus (di seguito "*Raggio di Sole*"), la quale aveva partecipato alla gara bandita dall'Ambito n. 17 per l'affidamento del servizio di asilo nido comunale (nido di infanzia) per la durata di undici mesi, da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e del valore complessivo di € 239.994,90, collocandosi al secondo posto in graduatoria (con un punteggio pari a 88,76), impugnava innanzi al Tribunale amministrativo per la Campania l'aggiudicazione (di cui alla determina n. 33 del 15.4.2021) a favore della Giuli Società Cooperativa Sociale Onlus (di seguito "*cooperativa Giuli*"), prima classificata con punti 91,65, in uno ai verbali di gara (ove e per quanto lesivi), alla *lex specialis* della procedura, se interpretabile in senso non escludente per la controinteressata e a tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, chiedendo altresì il subentro nel contratto previa declaratoria di inefficacia se eventualmente stipulato o, in subordine, il risarcimento per equivalente.

1.1. Avverso gli atti impugnati formulava i seguenti motivi di censura: "*1 – Violazione e falsa applicazione di legge (art. 83 D. Lgs. 50/2016; art. 97 Cost.). Violazione, falsa applicazione del d.lgs. 13 aprile 2017, n. 65 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 17-18-19-20 – 23 e ss. del Bando/Disciplinare di gara - Violazione della par condicio - Eccesso di potere – Travisamento – Difetto di motivazione e di istruttoria – Sulla illegittimità del provvedimento di aggiudicazione per mancata esclusione della odierna controinteressata. Sul mancato possesso dei requisiti dichiarati in via sostitutiva, in particolare dei requisiti di capacità economica e finanziaria e tecniche e professionali – Sulla illegittimità del contratto di avalimento; 2 – Violazione e falsa applicazione di legge (art. 3 L. 241/90; art. 75 DPR 445/2000) – Sulla violazione dell'art. 35 del Disciplinare – Difetto di istruttoria e di motivazione – Sulla necessità di escludere la controinteressata; 3 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 86 del D.Lgs. 50/2016 - Sulla violazione dell'art. 19 del Bando/Disciplinare – Sulla genericità della referenza bancaria resa dalla Coop Giuli. 4 – Violazione e falsa applicazione di legge (art. 95, 97 D.Lgs. 50/2016; art. 3 L. 241/90; art. 97 Cost.) – Sulla illegittimità delle operazioni di verifica dell'anomalia. 5 – Sulla violazione e falsa applicazione della legge speciale di gara (art. 4 del bando/disciplinare) – Sulla incongruità dell'offerta dell'aggiudicataria*".

1.2. La ricorrente domandava anche l'annullamento della nota prot. n. 13241 del 14.05.2021 nella parte in cui il Comune di Sant'Antimo non le aveva trasmesso tutta la documentazione richiesta con l'istanza di accesso prot. n. 414 del 16.4.2021, in particolare l'offerta tecnica della aggiudicataria, i giustificativi e la documentazione acquisita a comprova dei requisiti dichiarati in via sostitutiva, lamentando "*violazione e falsa applicazione di legge (artt. 22 e ss. della L. 241/90; art. 53 D.Lgs. 50/2016; art. 3 L. 241/90; art. 97 Cost.)*".

2. Con la sentenza in epigrafe, resa in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., nella resistenza del Comune di Sant'Antimo e della controinteressata (che, costituitisi in giudizio, eccepivano sotto vari profili l'inammissibilità e irricevibilità del gravame e ne esponevano l'infondatezza nel merito), l'adito Tribunale amministrativo ha in parte dichiarato il ricorso improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse nella parte in cui si è impugnata la nota prot. n.

13241 del 14 maggio 2021 (che aveva esitato solo parzialmente l'istanza di accesso agli atti di gara) e lo ha accolto invece per il resto, annullando per l'effetto la determina di aggiudicazione e gli altri atti impugnati.

In particolare, la sentenza, respinta l'eccezione di irricevibilità del ricorso (poiché ai fini della proposizione del ricorso era stata determinante l'acquisizione di documentazione con l'accesso ed i motivi spiegati si basavano proprio su tale documentazione, così che il termine di impugnazione doveva essere differito fino all'ostensione dei documenti), ha ritenuto fondato in via assorbente il primo motivo di censura circa la carenza dei requisiti di capacità tecnico-professionali ed economici, in quanto quelli posseduti dalla Cooperativa Zetesis (ausiliaria in forza di avvalimento) non corrispondevano a quelli previsti dall'art. 20 del disciplinare (attività per asili nido in particolare o servizi analoghi), avendo riguardato per il triennio 2017/2019 attività di scuola materna (rivolta a bambini di età compresa tra tre e sei anni), ciò trovando poi conferma nel fatto che il codice Ateco attivato riguardava altre attività di assistenza sociale (cod. 88.99) e non quella dell'asili nido (a nulla rilevando che l'oggetto sociale della Zetesis, come risultante dalla CCIA, faceva riferimento ai "Nidi"); ha dichiarato poi improcedibile la domanda di accesso agli ulteriori documenti dell'offerta tecnica, stante la loro inutilità ai fini della decisione proprio in considerazione dell'accoglimento del primo motivo, con assorbimento delle altre censure.

3. Con ricorso notificato il 7 luglio 2021 la cooperativa Giuli ha proposto appello avverso tale sentenza, chiedendone la riforma per i seguenti motivi: *"I. Error in iudicando- Eccesso di potere- Travisamento- Difetto di motivazione e di istruttoria- Violazione e falsa applicazione di legge- Erronea ponderazione della fattispecie contemplata- Irragionevolezza- Illegittimità manifesta- Falsa applicazione degli art. 17,18, 19, 20 e 23 del Disciplinare- Altri profili."*

3.1. In sintesi l'appellante ha sostenuto che: *a)* il ricorso di primo grado era tardivo, perché anche la richiesta di documentazione – quale l'offerta tecnica – era un mero strumento per disporre di più tempo per l'impugnazione; *b)* avrebbe errato il TAR a ritenere carente il requisito tecnico – professionale, avendo inammissibilmente ed ingiustificatamente sottovalutato le certificazioni dell'ASL sulla idoneità dei locali (sol perché assai risalenti nel tempo) e le certificazioni ISO e sopravvalutato in senso negativo l'attivazione dei codici ATECO, dando così rilievo a un mero dato formale; *c)* avrebbe ancora errato il TAR a ritenere fondato anche il motivo concernente la pretesa violazione dell'art. 23 del disciplinare (sulla necessità che l'ausiliaria svolgesse in proprio il servizio oggetto dell'appalto); *d)* la sentenza sarebbe comunque viziata per difetto di istruttoria per non aver approfondito i profili denunciati dalla ricorrente e poi inopinatamente accolti.

L'appellante ha inoltre chiesto l'ammissione di nuovi documenti (certificazioni ASL attestanti l'idoneità dei locali anche per gli anni di interesse e piano di sicurezza aziendale) che non avrebbe potuto produrre in primo grado perché non nella disponibilità dell'ausiliaria.

3.2. Ha resistito all'appello la cooperativa Raggio di Sole la quale, oltre a ribadire la tempestività del ricorso di primo grado e a esporre l'infondatezza del gravame, ha riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. i motivi assorbiti di censura sollevati in primo grado ed assorbiti dalla sentenza (concernenti la mancanza di onerosità dell'avvalimento, l'erronea valutazione di congruità dell'offerta di Giuli, l'incongruenza della referenza bancaria, essendo stata prestata dall'aggiudicataria una sola invece delle due richieste dal bando, non sostituibile a suo avviso con i bilanci).

3.3. La Raggio di Sole ha inoltre eccepito l'inammissibilità del ricorso in appello per la mancata impugnazione della determinazione n. 51 del 23 giugno 2021, con cui l'amministrazione, preso atto delle statuizioni della sentenza, ha annullato la disposta aggiudicazione della gara alla cooperativa

Giuli e aggiudicato nuovamente la gara alla seconda classificata, nonché l'inammissibilità dei nuovi documenti prodotti in appello in violazione del divieto di cui all'art. 104, comma 2, Cod. proc. amm..

3.4. Non si sono invece costituiti nel presente grado di giudizio il Comune di Sant'Antimo né le altre amministrazioni intimare.

3.5. Abbinata al merito sull'accordo delle parti la trattazione cautelare, all'udienza pubblica dell'11 novembre 2021 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. Va in primo luogo esaminata l'eccezione di sopravvenuta improcedibilità dell'appello per la mancata impugnazione di atti sopravvenuti.

1.1. Essa è infondata.

1.2. La determina che ha assegnato l'appalto in favore dell'originaria ricorrente è stata infatti adottata in mera esecuzione della sentenza, non sospesa, così che da ciò non possono ricavarsi elementi di una presunta rinuncia all'appello o di un'accettazione della sentenza stessa da parte dell'odierna appellante.

Invero, a differenza di quanto avviene per l'impugnativa dell'esclusione (nel qual caso, come ritenuto dal consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, l'omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva sopravvenuta rende in effetti inammissibile o improcedibile il ricorso o l'appello proposto, in quanto l'eventuale annullamento dell'esclusione gravata, che ha effetto viziante e non caducante, lasciando sopravvivere l'aggiudicazione non impugnata, non produrrebbe alcun effetto utile, dal che l'onere di estendere l'impugnazione all'aggiudicazione sopravvenuta, a meno che l'amministrazione non abbia specificato di compiere anche tale atto "*sotto riserva di gravame e in mero adempimento della sentenza esecutiva*", tra le tante Cons. Stato, V, 20 febbraio 2017, n. 753; id. 3 aprile 2018, n. 2039 e giurisprudenza ivi richiamata; id., 1 febbraio 2019, n. 815; V, 16 luglio 2018, n. 4304), nella diversa ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione e nuova aggiudicazione sopravvenuta va verificato se sia aggiudicazione in mera doverosa esecuzione della sentenza o se ci sia un nuovo esercizio del potere sulla base di una nuova istruttoria e di un vero e proprio riesame (cfr. Cons. Stato, V, 5 dicembre 2014, n. 6014): nel primo caso sia l'aggiudicazione, sia il successivo contratto stipulato in esecuzione della sentenza saranno automaticamente travolti in applicazione della regola del c.d. effetto espansivo esterno della sentenza di appello di cui all'art. 336 comma 2 c.p.c., applicabile al processo amministrativo in virtù del rinvio di cui all'art. 39, comma 1 Cod. proc. amm. (in termini Cons. Stato, V, 10 giugno 2019, n. 3881 e giurisprudenza ivi citata; Cons. Stato, V, 25 febbraio 2019, n. 1246; V, 18 giugno 2018, n. 3734; IV, 9 ottobre 2017, n. 4670; V, 23 dicembre 2016, n. 5445).

Nella fattispecie in esame non occorre pertanto impugnare la nuova aggiudicazione sia perché essa, in virtù dell'effetto caducante e dell'efficacia espansiva esterna, è travolta per effetto dell'accoglimento dell'appello, sia anche perché disposta in esecuzione della sentenza di primo grado.

2. Nel merito l'appello è infondato.

3. È anzitutto infondata l'eccezione di tardività del ricorso di primo grado, riproposta dall'appello.

3.1. La sentenza di primo grado ha correttamente applicato i principi affermati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Ad. Plen. 2 luglio 2020, n. 12) secondo cui *“(...) qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati) il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti”*, con la conseguenza che *“la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la ‘dilazione temporale’ quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta”*.

Pertanto, considerato che la Raggio di Sole ha adempiuto all'obbligo di diligenza cui era tenuta e si è tempestivamente attivata nel proprio interesse presentando richiesta di accesso agli atti con nota del 16 aprile 2021, immediatamente dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione (con determina n. 33 del 15 aprile 2021) e sollecitandone pure l'adempimento, non può ridondare ai suoi danni l'operato della stazione appaltante, la quale solo con la nota gravata ha trasmesso la documentazione richiesta, a ridosso della scadenza del termine per la proposizione del ricorso e per di più solo parzialmente.

Inoltre va anche sottolineato che la documentazione di gara richiesta dalla seconda classificata era in concreto necessaria ai fini della proposizione dei motivi di censura avverso gli atti impugnati e che l'istanza di accesso non era affatto generica, avendo anzi la Raggio di Sole chiaramente indicato le ragioni che rendevano necessario accedere, in qualità di seconda in graduatoria e a scopo di difesa in giudizio, alla documentazione prodotta dall'aggiudicataria, non avendo quest'ultima, per converso, evidenziato ragioni ostative (quali l'opposta esigenza di tutelare il proprio *know how* e l'invocato principio di segretezza dell'offerta tecnica) tali da prevalere sul diritto all'accesso agli atti di gara, strumentale a tutelare il prioritario principio di assoluta trasparenza delle gare pubbliche.

Infatti non emergono dagli atti di causa esigenze di riservatezza dell'odierna appellante (attinenti a segreti tecnici e commerciali) che possano giustificare la mancata tempestiva trasmissione dell'offerta tecnica da parte della stazione appaltante (che difatti, non riscontrandone, non ha respinto integralmente l'istanza di accesso, ma l'ha solo differita e parzialmente esitata, con i conseguenti riflessi sulla decorrenza dei termini di proposizione del ricorso).

Pertanto, come correttamente ritenuto dalla sentenza impugnata, il ricorso di primo grado era tempestivo in quanto tutti i motivi ivi articolati conseguivano alla conoscenza della documentazione di gara oggetto della istanza di accesso ai documenti (documentazione amministrativa ed economica dell'aggiudicataria) avvenuto, come evidenziato, solo in data 14.5.2021: era infatti quantomeno necessaria la conoscenza del contratto di avvalimento per poter contestare la sussistenza in capo alla ausiliaria dei requisiti tecnico - professionali e di capacità economica in esso evidenziati, avendo per vero solo allora la parte ricorrente potuto effettuare i riscontri a sostegno del primo motivo di ricorso, giudicato poi fondato e assorbente.

4. Nel merito deve evidenziarsi come sia esente da censure la sentenza appellata laddove ha accolto il ricorso ritenendo carente il requisito di capacità tecnico-professionale dei servizi analoghi per i quali l'aggiudicataria aveva fatto ricorso all'avvalimento della cooperativa Zetesis, la quale aveva allo scopo indicato la struttura denominata “il Bosco incantato” in Caserta: infatti in tale sede non vi è un asilo nido, ma una scuola paritaria dell'infanzia, come emerge dalle visure camerali, dal sito della società (dove si fa riferimento a tutt'altre attività), dalle informazioni riportate sul sito scuola in chiaro, non essendo rilevanti in senso opposto né le certificazioni SOA, né i certificati ASL che hanno riconosciuto l'idoneità dei locali anche per la sezione asilo nido.

4.1. Elementi decisivi nel senso prospettato dall'appellante non si traggono dalla produzione documentale depositata solo nel presente giudizio: essa, oltre che inammissibile per novità ai sensi dell'art. 104, comma 2, cod. proc. amm., in quanto la definizione in forma semplificata del giudizio di primo grado non giustifica la produzione di nuovi documenti in appello, al di fuori dei casi in cui la indicata norma lo consenta (ovvero *“salvo che la parte dimostri di non averli potuti produrre per causa ad essa non imputabile”*), prova specifica che nel caso in esame non è stata fornita dall'appellante), non conferma affatto che la cooperativa Zetesis, ausiliaria della quale la cooperativa Giuli si è avvalsa per soddisfare i requisiti di partecipazione prescritti dalla legge di gara, abbia svolto senz'altro nel periodo indicato l'attività di asilo nido.

4.2. Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, il tribunale non ha infatti travisato l'attività svolta dalla Cooperativa Zetesis né, nel ricostruire l'ambito delle competenze e dell'attività effettivamente esercitata dall'ausiliaria e nel ritenerla quindi carente del requisito di partecipazione (perché in tesi esercente esclusivamente l'attività di scuola paritaria materna- oggi denominata scuola dell'infanzia- e non di asilo nido), si è basato su meri dati formali (quali, in particolare, l'immagine del sito web della struttura in questione o il mero riferimento al codice ATECO- 88.91- in luogo del codice nomenclatore B1-B2- B3 richiesti dalla *lex specialis*). Il Tribunale non ha poi neppure inopinatamente ritenuto privo di rilievo l'oggetto sociale di cui alla visura camerale, né ha erroneamente declassato per asserita vetustà i documenti amministrativi esibiti dalla controinteressata o ancora *“eluso il modello di “valutazione sostanziale” che assiste i meccanismi di certificazione correnti”* per aver ritenuto che le certificazioni ISO prodotte dall'aggiudicataria non fossero idonee a comprovare che la società ausiliaria abbia svolto effettivamente attività di gestione di asilo nido.

4.3. L'art. 83 del d.lgs. 50/2016 dispone al comma 1 che *“I criteri di selezione riguardano esclusivamente: a) i requisiti di idoneità professionale; b) la capacità economica e finanziaria; c) le capacità tecniche e professionali.”*

La medesima disposizione, al comma 4, prevede che *“Per gli appalti di servizi e forniture, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di cui al comma 1, lettera b), le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere: a) che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto; b) che gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali che evidenzino in particolare i rapporti tra attività e passività; c) un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali.”*

4.3.1. Nella procedura per cui è causa l'art. 3 del Disciplinare di gara ha previsto che il servizio oggetto di affidamento è quello di asilo nido, rivolto a sessanta bambini di età tra i 3 mesi ed i 36 mesi (0-3 anni).

L'art. 20 del Disciplinare ha inoltre stabilito che *“Il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale è dimostrato dall'operatore economico mediante la presentazione, a pena di esclusione, dell'elenco de servizi di Asilo Nido e/o Micro Nido e/o del servizio integrativo al Nido denominato “spazio bambini e bambine” e/o del servizio integrativo al Nido denominato “Centro per i bambini e le famiglie” e/o di servizi analoghi ai servizi integrativi al Nido suindicati, prestati in ciascuno degli anni 2017, 2018 e 2019 con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi stessi per ciascuno degli anni sopra indicati, con l'indicazione del committente e dell'inizio e della fine del servizio erogato.*

La comprova dei servizi effettuati è fornita secondo le disposizioni di cui all'articolo 86 e all'allegato XVII, parte II, del Codice”.

4.3.2. L'art. 23 del Disciplinare, rubricato "Avvalimento", consente di ricorrere al detto istituto, prevedendo espressamente al comma 3 che *"Se richiesti, dal presente bando e disciplinare di gara, requisiti relativi a titoli di studio e professionali o esperienze professionali pertinenti, il concorrente, ai sensi dell'art. 89 comma 1 del Codice, può avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i servizi/prestazioni per cui tali capacità sono richieste"*.

4.4. Così in sintesi ricostruita la normativa generale e speciale rilevante ai fini della decisione, deve osservarsi come la sentenza appellata abbia coerentemente ritenuto la cooperativa ausiliaria sprovvista dei requisiti di cui ai punti 19 e 20 del Disciplinare, "prestati" all'aggiudicataria.

4.5. Come evidenziato, la cooperativa Giuli, non possedendo i requisiti in parola, è ricorsa all'avvalimento con la Coop. Sociale Zetesis a r.l. Impresa Sociale, la quale ha dichiarato di aver svolto il seguente servizio *"Il Bosco Incantato – via M Jones, 12 – Caserta – gestione Asilo Nido e servizi educativi e complementari alla prima infanzia (scuola d'infanzia, ludoscuola)"*, servizio svolto negli anni 2017, 2018 e 2019.

4.6. Tuttavia, come si evince dal combinato disposto del contratto di avvalimento, della dichiarazione di avvalimento e della visura camerale, l'ausiliaria non ha né il codice ATECO, né l'attività prevalente relativa al servizio oggetto di causa: essa infatti, con riferimento alla struttura *"Il Bosco Incantato"* citata nella documentazione relativa all'avvalimento, non ha attivato il codice attività di asilo nido (88.91), bensì il codice attività 88.99 *"altre attività di assistenza sociale"*; inoltre l'attività esercitata nella citata sede non riguarda specificamente gli asili nido (ovvero un'attività rivolta esclusivamente ai bambini di età ricompresa tra 0 e 3 anni), ma genericamente *"l'attività di assistenza allo studio extrascolastica, iniziative di sostegno ludico-espressivo a ragazzi in età scolare, attività teatrale, lettura, disegno, narrazione e poesia"*.

4.6.1. Deriva da quanto esposto che l'attività esercitata nella struttura Il Bosco incantato, oggetto del contratto di avvalimento con la cooperativa Giuli in riferimento alle annualità su indicate, non può neppure ritenersi integrante il concetto di "servizio analogo" nei termini chiariti dalla giurisprudenza (secondo cui *"le precedenti esperienze, anche se non identiche a quelle oggetto dell'appalto, devono essere, pur sempre, collegate secondo un criterio di analogia o inerenza"* (Cons. Stato, V, 31 marzo 2021 n. 2683 e giurisprudenza ivi richiamata).

4.6.2. Come emerge dagli elementi in atti, il Bosco Incantato è una struttura che non svolge asilo nido, ma solo l'attività definita di "scuola materna" (la quale, come prevede l'art. 1 la legge 18 marzo 1968, n. 444, istitutiva della scuola materna statale, *"accoglie i bambini nell'età prescolastica da tre a sei anni"* e *"si propone fini di educazione, di sviluppo della personalità infantile, di assistenza e di preparazione alla frequenza della scuola dell'obbligo, integrando l'opera della famiglia"*), oltre che quella di ludoteca per ragazzi in età scolare.

4.6.3. Si tratta di attività ben diversa da quella oggetto del presente affidamento, considerato che i servizi educativi per l'infanzia sono per legge e nel vigente quadro ordinamentale articolati in:

- nidi e micronidi che accolgono i bambini *"tra tre e trentasei mesi di età e concorrono con le famiglie alla loro cura, educazione e socializzazione, promuovendone il benessere e lo sviluppo dell'identità, dell'autonomia e delle competenze"*;

- sezioni primavera che accolgono i bambini *"tra ventiquattro e trentasei mesi di età e favoriscono la continuità del percorso educativo da zero a sei anni di età"*;

- servizi integrativi che concorrono all'educazione e alla cura dei bambini e soddisfano i bisogni delle famiglie in modo flessibile e diversificato sotto il profilo strutturale ed organizzativo;

- scuola dell'infanzia *“di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 19 febbraio 2004, n. 59 e all'articolo 2 del decreto del Presidente della Repubblica 20 marzo 2009, n. 89”* che *“assume una funzione strategica nel Sistema integrato di educazione e di istruzione operando in continuità con i servizi educativi per l'infanzia e con il primo ciclo di istruzione”* e che accoglie i bambini *“di età compresa tra i tre ed i sei anni”*.

Inoltre l'art. 5, comma 2, della legge 28 agosto 1997, n. 285 (*Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza*) prevede che i servizi di cui al comma 1 della stessa norma (vale a dire i servizi socio-educativi per la prima infanzia, ovvero: *“a) servizi con caratteristiche educative, ludiche, culturali e di aggregazione sociale per bambini da zero a tre anni, che prevedano la presenza di genitori, familiari o adulti che quotidianamente si occupano della loro cura, organizzati secondo criteri di flessibilità”* e *“b) servizi con caratteristiche educative e ludiche per l'assistenza a bambini da diciotto mesi a tre anni per un tempo giornaliero non superiore alle cinque ore, privi di servizi di mensa e di riposo pomeridiano”*) *“non sono sostitutivi degli asili nido previsti dalla legge 6 dicembre 1971, n. 1044, e possono essere anche autorganizzati dalle famiglie, dalle associazioni e dai gruppi”*.

4.6.4. Nel caso di specie non è stato quindi dimostrato che l'attività di nido e micro - nido sia stata effettivamente svolta dalla Zetesis: mancava non solo l'attivazione del corrispondente codice ATECO per la gestione di asili nido, ovvero per quelli specifici servizi educativi, ma anche - e soprattutto - ogni riferimento ad essa nelle attività espletate, principali e accessorie, dall'ausiliaria, come si evince dalla visura camerale, non essendo per converso a ciò sufficiente la mera indicazione contenuta nell'oggetto sociale, di per sé non indicativa dell'attività effettivamente esercitata dalla società, per la quale deve in concreto condursi un accertamento di congruenza tra il contenuto dell'iscrizione camerale e l'oggetto dell'appalto (Cons. Stato, V, 8 gennaio 2021, n. 508).

4.6.5. Infatti la mera dizione “NIDI” contenuta nella visura camerale della Zetesis (laddove questa, alla voce “oggetto sociale”, recita letteralmente - cfr. rigo pag. 3 punto 4.1- che la cooperativa ha come oggetto *“promuovere, progettare, organizzare e/o gestire direttamente e/o mediante la stipula di convenzioni con istituzioni scolastiche ed altri enti pubblici e privati e/o mediante la partecipazione a gare di appalto indette da amministrazioni pubbliche e private: A) centri di aggregazione, centri polieducativi, case famiglia, NIDI, (...)”*), in assenza di ulteriori e specifici elementi probatori sull'effettiva attività svolta (in favore di bambini tra 0 e 3 anni), non poteva configurare in capo all'allora aggiudicataria il possesso del requisito di capacità tecnico-professionale in parola.

Ciò in coerenza con il consolidato orientamento della giurisprudenza secondo cui oggetto sociale e attività effettivamente esercitata non possono essere considerati come concetti necessariamente coincidenti (Cons. di Stato, V, 19 febbraio 2003, n. 925; TRA le più recenti, Cons. Stato, V, 8 novembre 2017, n. 5170; id. 25 luglio 2019, n. 5257, nonché la già citata sentenza di cui a Cons. Stato, n. 508/2021): la giurisprudenza ha difatti con continuità affermato che, ai fini del possesso del requisito di idoneità professionale, non è sufficiente la mera possibilità di esercitare in astratto un'attività in quanto ricompresa tra quelle elencate nell'oggetto sociale indicato nella visura camerale (il quale - ancorché segni il campo delle attività che un'impresa può astrattamente svolgere, sul piano della capacità di agire dei suoi legali rappresentanti - non equivale, però, ad attestare il concreto esercizio di una determinata attività), richiedendosi la necessità di una congruenza 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.

Ad ogni modo, nulla cambia anche a voler considerare in luogo dei codici ATECO, i c.d. codici nomenclatore B1, B2, B3 alla luce delle norme richiamate dagli stessi codici che fanno comunque riferimento a servizi di assistenza prestati a bambini tra zero e tre anni.

4.6.6. Nemmeno è possibile ritenere che il servizio svolto dalla cooperativa ausiliaria sia un servizio analogo a quello oggetto del bando: non poteva essere valutata ai fini del possesso del requisito del servizio analogo l'attività di scuola materna (ovvero di scuola dell'infanzia), stante la diversa età dei destinatari del servizio oggetto di causa (che riguarda un'utenza composta esclusivamente da bambini di età ricompresa tra 0 e 3 anni), e tanto meno l'attività di ludoteca che (a differenza di servizi assimilabili, come quelli estivi o di prolungamento orario, aventi a oggetto lo svolgimento di analoghe attività) è carente del profilo educativo in senso stretto (si veda in fattispecie similare Cons. Stato, V, 16 giugno 2020, n. 2440) ed è perciò ontologicamente differente dai servizi di nido e micronido, prodromici all'ingresso nella scuola dell'infanzia (ex scuola materna). Analogamente è intuitivo che, stante l'immanente diversità per natura e oggetto del servizio offerto, non possono ritenersi servizio analogo a quello della *“gestione dei servizi di Asilo Nido e Micro Nido e/o del servizio integrativo al Nido denominato “Spazio bambini e bambine” e/o del servizio integrativo al nido denominato “centro per i bambini e le famiglie” e/o di servizi analoghi ai servizi integrativi al nido suindicati”*, di cui alla legge di gara le attività di assistenza allo studio extrascolastica e di sostegno a ragazzi in attività scolare, che cooperativa Zetesis ha dichiarato di aver svolto nel periodo indicato.

Pertanto, come bene evidenziato dalla sentenza appellata, se è vero che per aversi un “servizio analogo” non è necessario che la società svolga un servizio identico a quello previsto dal bando, bensì che ne abbia aspetti comuni appartenenti allo stesso settore dell'appalto, è altrettanto vero che nel caso di specie tali aspetti in comune non sussistono.

4.6.7. Invero differenti età dei destinatari dei servizi implicano differenti esigenze dell'utenza e, in parallelo, l'acquisizione di specifiche e differenti competenze da parte degli operatori economici nella gestione del servizio in termini di cura e assistenza dei beneficiari.

4.6.8. La cooperativa appellante doveva pertanto essere esclusa per mancanza del requisito di capacità tecnico ed economica di cui ai punti 19 e 20 del disciplinare, nonché di idoneità professionale (in violazione delle previsioni dell'art. 17 e 18 del disciplinare): l'attività esercitata nella struttura indicata in contratto ovvero *“l'attività di assistenza allo studio extrascolastica, iniziative di sostegno ludico-espressivo a ragazzi in età scolare, attività teatrale, lettura, disegno, narrazione e poesia”* non è coerente con quella oggetto della presente gara.

4.6.9. In definitiva, non è stato in concreto accertato l'effettivo svolgimento di una determinata attività, adeguata e direttamente riferibile al servizio da svolgere (Cons. Stato, V, n. 508/2021 cit.).

4.7. La documentazione con cui l'ASL Caserta ha certificato l'idoneità dei locali della cooperativa ausiliaria con riguardo alla struttura indicata non solo per l'attività di scuola dell'infanzia, ma anche per la sezione asilo nido per gli anni 2019-2021 (come da documentazione prodotta solo in questo grado di giudizio), come pure la documentazione concernente la “procedura di sicurezza aziendale”, non è difatti idonea ad attestare l'effettiva attività esercitata dall'ausiliaria.

4.7.1. Il parere sanitario dell'ASL in ordine ai locali nulla prova, infatti, in ordine alle attività che vi sono concretamente esercitate.

4.7.2. Analogamente non rileva la documentazione relativa al progetto di sicurezza aziendale (trattandosi appunto di un piano aziendale, avente natura meramente interna, siccome afferente alle procedure di gestione della sicurezza nell'istituto per bambini suddivisi in gruppi di età, e perciò inidoneo ad attestare la reale composizione dell'utenza), né le certificazioni ISO prodotte relativamente alle quali vanno confermate le statuizioni di prime cure secondo cui, affinché ciò possa rilevare ai fini della sussistenza del requisito, occorrerebbe che l'attività di gestione dei nidi sia quella esclusiva o quanto meno prevalente (il che, come evidenziato, non si evince dagli atti di causa).

4.7.3. Nel caso di specie invece le certificazioni ISO (14001:2015 e 9001:2015) depositate dall'appellante, tenuto conto della pluralità delle attività ivi contemplate e varietà del loro oggetto (che spaziano dai servizi di assistenza sociale per anziani e disabili fino alla pulizia del verde pubblico) non possono ritenersi idonee a comprovare (sulla base del mero riferimento, tra le tante, anche a quelle di "gestione asili nido") l'effettivo svolgimento di tale specifica attività da parte dell'ausiliaria e a superare le opposte risultanze probatorie in base alle quali non risulta che quest'ultima abbia effettivamente svolto, nel detto periodo e all'interno della struttura in questione, attività educative tipiche dell'asilo nido. Infatti, salvo manifestare ragioni di soggettivo e personale dissenso avverso le conclusioni raggiunte dalla sentenza impugnata, l'appellante non ha provato in alcun modo, mediante idonei strumenti probatori, la reale frequenza di bambini dell'età su indicata nella struttura gestita dall'ausiliaria. Ne consegue che la sentenza di primo grado, lungi dall'appiattirsi acriticamente sul dato formale (della mancata attivazione del codice ATECO relativo alla gestione dei servizi educativi di asilo nido, per avere l'ausiliaria attivato, con riferimento alla struttura in questione, solo il codice attività 88.99 "altre attività di assistenza sociale"), ha dato correttamente risalto a una pluralità di elementi convergenti, precisi e concordanti sulla carenza sostanziale del requisito prescritto in capo all'ausiliaria, finendo così per censurare l'effettiva mancata maturazione della relativa esperienza.

4.7.4. Non sussistendo alcuna distonia, incongruenza o opacità del quadro probatorio alla luce del quale la sentenza ha accolto il ricorso, non sono pertanto neppure fondati i rilievi di difetto di istruttoria con cui si censura la sentenza per non aver disposto una verifica (che ha peraltro la diversa funzione di fornire all'attività valutativa del giudice l'apporto di determinate cognizioni tecniche) o demandato un approfondimento alle amministrazioni competenti.

4.8. Sono parimenti infondate le censure con cui si contesta la sentenza appellata nella parte in cui ha ritenuto nullo e inefficace il contratto di avvalimento stipulato tra la cooperativa Giulia e l'ausiliaria Zetesis.

4.8.1. L'art. 27 del disciplinare ha previsto, al comma 3, che "se richiesti, dal presente bando e disciplinare di gara, requisiti relativi a titoli di studio e professionali o esperienze professionali pertinenti, il concorrente, ai sensi dell'art. 89, comma 1 del codice, può avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i servizi/prestazioni per cui tali capacità sono previste".

4.8.2. Come rilevato, il contratto di avvalimento stipulato dall'appellante con l'ausiliaria Zetesis ha avuto ad oggetto, oltre al requisito di capacità economico – finanziaria, anche l'utilizzo del requisito di capacità tecnica e professionale così come individuato nella "gestione Asilo nido e servizi educativi e complementari alla prima infanzia (scuola di infanzia, ludoscuola)", con particolare riferimento alla struttura "Il Bosco Incantato" relativamente alle indicate annualità.

4.8.3. Inoltre con il detto contratto l'ausiliaria ha prestato all'avvalente "le risorse necessarie di cui è carente l'impresa avvalente ... i mezzi e le risorse materiali o tecniche per l'esecuzione

dell'appalto previo pagamento, a valore di mercato, a favore dell'impresa ausiliaria", nonché "n.1. figura professionale addetta all'amministrazione/segreteria n. 4 h settimanali; n. 1 figura professionale addetta alla formazione e alla verifica delle procedure di qualità n. 4 h mensili; know-how esperienziale per la corretta gestione del servizio oggetto del servizio n. 4 h mensili; - n. 1 personal computer portale".

4.8.4. Ciò premesso, deve in effetti ritenersi che, in violazione dell'art. 89 comma 1 del D.Lgs. 50/2016 (a mente del quale *"gli operatori economici possono [...] avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste"*) e dell'art. 23 del disciplinare (che, al comma 4, in coerenza con la norma richiamata, stabilisce che *"Ai sensi dell'articolo 89, comma 1, del Codice, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dell'ausiliaria"*), con specifico riferimento al requisito relativo al patrimonio esperienziale, sia mancata nel caso di specie l'assunzione da parte dell'ausiliaria di un concreto ed effettivo ruolo esecutivo nello svolgimento del servizio, non essendo indicato (né nel contratto di avvalimento, né nella dichiarazione di avvalimento, né in altra dichiarazione resa dai contraenti) quale sia la quota di servizio che verrà svolta direttamente dall'ausiliaria (che ha prestato per intero il requisito in parola all'aggiudicataria).

4.8.5. Il contratto di avvalimento prodotto dalla controinteressata difetta quindi anche dell'assunzione da parte dell'impresa ausiliaria dell'impegno ad eseguire direttamente i servizi per i quali è stata espressamente richiesta la maturazione di un determinato requisito d'esperienza.

4.8.6. Non soccorrono invero nella presente fattispecie, consentendo di pervenire ad una diversa decisione, i principi affermati dal precedente richiamato dall'appellante (di cui a Cons. Stato, V, 26 aprile 2021, n. 3374): non solo perché quest'ultima riguardava una diversa fattispecie (inerente al *"possesso di titolo professionale coincidente con l'iscrizione all'albo forense"*), ma soprattutto poiché nel caso in esame, in cui il contratto di avvalimento riguardava anche il prestito del requisito di capacità tecnico- professionale, era indubbio che l'ausiliaria avrebbe dovuto certamente mettere a disposizione risorse di personale, ovvero i soggetti e gli operatori (educatori, coordinatori, ausiliari) che avrebbero dovuto in concreto eseguire il servizio (di asilo nido) per cui dette capacità professionali erano richieste, e non soltanto (come di fatto avvenuto) personale di segreteria e amministrativo, inidoneo e non qualificato allo scopo siccome sprovvisto delle competenze richieste e dei prescritti titoli professionali), nonché il *know how* e meri elementi esterni e accessori della struttura organizzativa; di talché, gli stessi principi di cui l'appellante invoca l'applicazione finiscono per confermare la correttezza del ragionamento del primo giudice.

4.8.7. È infatti affermazione ricorrente in giurisprudenza quella secondo cui *"nelle gare pubbliche il contratto di avvalimento deve permettere l'individuazione delle funzioni che l'impresa ausiliaria svolgerà, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, ed i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione prevedendo sia la messa a disposizione di personale qualificato, sottolineando se per la diretta esecuzione del servizio o per la formazione del personale dipendente dell'impresa ausiliata, ed anche i criteri utilizzati per la quantificazione delle risorse o dei mezzi forniti"* (Cons. Stato, IV, 11 maggio 2020, n. 2953); si è altresì affermato che *"Il riferimento fatto dall' art. 89, d.lg. n. 50/2016 alle «risorse oggetto di avvalimento» che devono essere indicate nella dichiarazione rivolta alla Stazione Appaltante e alle «risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria», la cui specificazione è richiesta a pena di nullità del contratto di avvalimento, comporta, quanto meno per l'avvalimento c.d. tecnico od operativo, che siffatte risorse debbano coincidere con l'oggetto (inteso come porzione della realtà materiale) della prestazione o delle prestazioni cui è obbligata l'impresa ausiliaria, quindi consistano nel personale e nei mezzi aziendali forniti all'impresa ausiliata per l'espletamento delle prestazioni oggetto dell'appalto"*.

4.8.8. Nel caso di specie invece, sebbene come visto la *lex specialis* avesse espressamente stabilito che “*qualora mediante il contratto di avvalimento fossero prestati requisiti concernenti “esperienze professionali”, il concorrente, avrebbe potuto avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi avessero eseguito direttamente i servizi/prestazioni per cui tali capacità sono previste*” e benché il requisito oggetto del prestito attenesse sia alla capacità tecnico - professionale, sia alla necessaria esperienza pregressa, il contratto di avvalimento in discussione non indicava affatto le risorse dell’ausiliaria, qualificate e dotate di titoli di studio e di particolari esperienze professionali nel settore oggetto di affidamento, espressive di capacità personali non trasmissibili, che avrebbero direttamente espletato il servizio presso l’asilo nido comunale, come richiesto dall’art. 27 del Disciplinare di gara, al fine di garantire la corretta esecuzione del servizio da parte dell’ausiliata “*con un adeguato standard di qualità*” (secondo la lettera dell’articolo 83, comma 6, del Codice dei Contratti pubblici).

4.8.9. La prestazione dei servizi oggetto dell’appalto in questione (avente ad oggetto servizi educativi a favore di bambini con età massima pari a 3 anni) richiedeva infatti competenze professionali specialistiche e l’impiego di figure professionali qualificate (il che integra pienamente la nozione di “*esperienza professionale pertinente*”, in quanto il requisito in esame afferiva tanto alla capacità tecnico- professionale quanto alla necessaria esperienza pregressa), sicché era necessario che il contratto di avvalimento contemplasse l’assunzione da parte dell’ausiliaria di un concreto ed effettivo ruolo esecutivo mediante risorse appositamente dedicate (nelle diverse modalità richieste a seconda delle circostanze e valutabili dalla stazione appaltante) (in termini, Cons. Stato, V, 3 aprile 2019, n.2191).

4.9. In conclusione, alla luce delle sovraesposte considerazioni, deve ritenersi non sussistente in capo alla ausiliaria Zetesis sia il requisito di capacità economico-finanziaria (fatturato specifico), sia il requisito di capacità tecnica e professionale, oggetto del contratto di avvalimento. Ne consegue che anche l’odierna appellante ne è priva.

5. All’infondatezza dei motivi di gravame consegue il rigetto dell’appello, con assorbimento delle altre censure riproposte ai sensi dell’art. 101, comma 1, Cod. proc. amm. dalla cooperativa appellata.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo nei confronti dell’appellata costituita; nulla per le spese nei confronti delle altre parti.

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 Giuli Società Cooperativa Sociale Onlus alla rifusione delle spese di giudizio a favore dell’appellata Raggio di Sole Cooperativa Società Cooperativa Sociale Onlus che liquida complessivamente in € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre oneri accessori se per legge dovuti. Nulla per le spese nei confronti delle altre parti appellate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2021 con l’intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE

Angela Rotondano

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO