

Publicato il 18/03/2020

N. 00219/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00043/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 43 del 2020, proposto da Associazione San Vincenzo-Impresa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonella Paola De Stefano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Reggio Calabria, via S. Anna II Tronco Palazzo Cedir presso l'Avvocatura Civica;

nei confronti

Cooperativa Sociale Sinergie, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Cimino, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia anche inaudita altera parte ex art. 56

c.p.a.

a) del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento di servizi "Nidi d'infanzia comunali: territorio Archi, territorio Gebbione, aziendale presso CE.DIR", in riferimento al Lotto n. 3, determina n. 4323 del 31.12.2019 pubblicata in data 13.1.2020, avente ad oggetto anche l'aggiudicazione del servizio alla Cooperativa Sociale "Sinergie"; b) del provvedimento prot. n. 5874 del 14.1.2019 con cui è stata trasmessa la determina sub a); c) ove e per quanto lesiva, della nota prot. n. 208406 del 10.12.2019; d) ove e per quanto lesiva della nota prot. n. 207623 del 10.12.2019; e) ove e per quanto lesiva della nota prot. n. 195311 del 20.11.2019; f) ove e per quanto lesivo del provvedimento prot. n. 149607.U del 13.9.2019; g) ove e in quanto lesivi del bando, del disciplinare e del capitolato di gara e dei chiarimenti ove interpretati ovvero interpretabili così come fatto dalla Stazione Appaltante con particolare riferimento al punto 7.2 e 7.3 del disciplinare; h) di tutti i verbali di gara; i) ove e per quanto lesiva della determina dirigenziale prot. n. 564/I del 13/9/2019; l) ove e per quanto lesivo della determina di indizione della gara e della determina a contrarre prot 343/I del 17.6.2018; m) ove e per quanto lesivo del precedente provvedimento di aggiudicazione del lotto n. 3 - determina n. 56 del 13.9.2019; n) ove e per quanto lesivo del provvedimento prot. n. 144845 del 5.9.2019; o) ove e per quanto lesivo del provvedimento prot. n. 144027 del 4.9.2019; p) ove e per quanto lesivo del provvedimento prot. n. 128757 del 12.9.2019; q) ove e per quanto lesiva della determina n. 3149 del 15.10.2019, reg. settore n. 564 del

13.9.2019 n. det. 3149 del 15.10.2019; r) di ogni altro presupposto, connesso, consequenziale o comunque collegato che ci si riserva espressamente di impugnare con motivi aggiunti nonché per il risarcimento del danno subito e subendo; nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di servizio ove stipulato nelle more del presente giudizio, al fine della declaratoria del diritto al subentro nonché per il risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune Reggio Calabria e della Cooperativa Sociale Sinergie;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2020 il dott. Andrea De Col e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Torna all'esame del Collegio la vicenda riguardante l'affidamento dei servizi di "Nidi d'infanzia comunali suddivisi nei seguenti n. 3 lotti: territorio Archi (1°lotto), territorio Gabbione (II° lotto), aziendale presso Ce. Dir (3°lotto)", aggiudicato dal Comune di Reggio Calabria a Cooperativa Sociale Sinergie ed impugnato dall'associazione San Vincenzo-Impresa Sociale (d'ora in avanti, solo San Vincenzo), nuovamente esclusa dalla procedura di gara a seguito della determina n. 4323 del 31.12.19 adottata dalla stazione appaltante e pubblicata in data 13.01.2020.

2. La ricorrente aveva partecipato alla gara d'appalto ma, pur risultando

aggiudicataria in via provvisoria del lotto n.3, ne veniva esclusa dall'amministrazione intimata con provvedimento datato 13.09.2019, stante l'inidoneità della documentazione trasmessa a giustificare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria (punto 7.2.disciplinare di gara) e di capacità tecnico-professionale (punto 7.3.disciplinare di gara) in violazione di quanto espressamente stabilito dalla *lex specialis*.

In particolare, per quanto concerne la dimostrazione della capacità economico-finanziaria, l'elenco dei corrispettivi indicati dalla ricorrente per le annualità di riferimento e risultanti dai registri di contabilità non venivano considerati sufficienti a comprovare il fatturato specifico medio annuo, pari ad € 272.380,95 del settore per il lotto n. 3 (nido aziendale), non potendosi da essi evincere *“l'importo delle fatture emesse e i servizi inerenti”*, mentre, quanto al requisito dell'esperienza professionale, decisiva era stata la mancanza di certificazioni da parte di enti pubblici o privati circa lo svolgimento del servizio messo a gara.

3. Su ricorso proposto dalla San Vincenzo, la suddetta esclusione e la contestuale aggiudicazione in favore della ditta odierna controinteressata venivano annullate per difetto di motivazione ed istruttoria con sentenza n. 627 del 18.11.2019 di questo Tribunale, non appellata dalle parti interessate.

Alla luce dell'effetto conformativo della sentenza, il Comune di Reggio Calabria si rideterminava a rinnovare il procedimento di verifica dei due requisiti anzidetti, emendandolo dai vizi di illegittimità riscontrati e dando seguito, per quanto qui rileva, alla sollecitazione del Tribunale di attivare *“un ulteriore momento di contraddittorio procedimentale, onde consentire alla ricorrente di dimostrare e/o di spiegare in via definitiva il possesso dei requisiti di fatturato riconducibili*

esclusivamente al servizio di prima infanzia da 0 a 36 mesi”.

5. Definitivamente apprezzata la prova del possesso del requisito tecnico-professionale tramite la produzione dell'autorizzazione sanitaria per l'esercizio del servizio e dei decreti del MIUR e dell'USR, la stazione appaltante, con nota del 20.11.2019, chiariva alla ricorrente quali fossero, in mancanza di fatture, i documenti di cui sarebbe stata necessaria l'esibizione e che sarebbero stati sufficienti a dimostrare il possesso dei requisiti economico-finanziari ovvero le copie delle ricevute di pagamento rilasciate ai singoli fruitori del servizio svolto dalla ricorrente stessa in regime di gestione diretta, in modo da ricavare con certezza il fatturato riferibile al solo settore dell'asilo nido e non anche a quello della Scuola dell'infanzia.

Ad originare i dubbi della stazione appaltante era il fatto che nel registro dei corrispettivi, soprattutto in relazione all'annualità 2016-17, non sarebbe indicata con sufficiente chiarezza la fascia di età di riferimento, essendo riportata su alcuni fogli dei registri la dicitura “24 mesi-5 anni”, in altri la dicitura “Sezione Primavera/Scuola dell'Infanzia”, rendendo di fatto impossibile “disaggregare” il dato economico imputabile alla Sezione Primavera (24-36 mesi) da quello relativo alla Scuola dell'Infanzia (3-5 anni) e, in definitiva, risalire al fatturato specifico del servizio da affidare riferito esclusivamente alla fascia di età da 0 a 36 mesi.

6. A fronte della posizione assunta dall'amministrazione comunale, la San Vincenzo produceva nuovamente le proprie scritture contabili e i bilanci, stavolta autenticati da un notaio, sottolineando a più riprese di non poter ottemperare altrimenti alle richieste di chiarimenti della stazione appaltante in ordine al requisito della capacità economico-finanziaria, dal momento che molti dei genitori degli alunni, non solo

non richiedevano né fatture né ricevute di pagamento, ma non prestavano nemmeno il consenso al trattamento dei dati personali, impedendone la divulgazione a tutela della privacy.

7. Non ritenendo le delucidazioni rese dalla San Vincenzo utili a superare la difficoltà di distinguere dal fatturato globale gli introiti riferibili alla sola gestione dell'asilo nido, onde verificare o meno il raggiungimento del fatturato specifico medio richiesto per il triennio antecedente alla pubblicazione del bando di gara, l'amministrazione intimata provvedeva ad escludere per la seconda volta la ditta ricorrente per non aver provato il possesso del requisito economico-finanziario nei termini e con le modalità previste dal sopra richiamato punto 7.2. e ad aggiudicare il servizio a Cooperativa Sociale Sinergie.

8. Avverso l'esclusione e, in via derivata avverso l'aggiudicazione a favore dell'altra concorrente, è insorta la San Vincenzo, affidando il ricorso a due gruppi di censure così riassunte:

8.1. *Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 83 e 86 del D.lgs. 50/2016; art. 3 L. 241/90; art. 97 Cost.) – Eccesso di potere – Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara (artt. 7.2 e 7.3 del disciplinare) – Carenza dei presupposti – Difetto di motivazione – Difetto di istruttoria”.*

Con un primo e articolato motivo di gravame, la ricorrente:

- a) lamenta il difetto di motivazione del provvedimento di esclusione da cui non è possibile evincere per quale ragione ai sensi dell'art. 86 del D.Lgs n. 50/2016, letto in combinato disposto con l'Allegato XVII del Codice degli appalti, la documentazione dalla stessa prodotta non sarebbe stata idonea a fornire piena prova in ordine alla dimostrazione del requisito di capacità economico-finanziaria;
- b) deduce, inoltre, il difetto di istruttoria che affliggerebbe l'operato

della stazione appaltante che, pur disponendo delle scritture contabili autenticate da un notaio, non avrebbe, del tutto illegittimamente, dissipato i dubbi sulla sussistenza del fatturato specifico medio riferibile al servizio di asilo nido dell'ultimo triennio. Sarebbe oltremodo ingiustificato che la stazione appaltante non fosse ancora in grado di ricavare gli introiti relativi al servizio di asilo nido, nonostante l'indicazione, in intestazione alle singole pagine dell'attività a cui si riferiscono, del periodo temporale di riferimento (2016/2017) e delle corrispondenti entrate, oltre che dei bilanci a suo tempo presentati in sede di partecipazione alla gara; viene inoltre contestata la violazione dell'art.86 e dell'Allegato XVII del codice dei contratti, laddove la P.A. avrebbe preteso una documentazione (leggasi, la copia delle ricevute di pagamento rilasciate ai singoli utenti) ulteriore e quindi non dovuta rispetto agli stessi bilanci e dichiarazioni già fornite ed acquisite dalla stazione appaltante;

c) critica, a corollario del presente motivo di censura e sempre sotto il profilo del difetto di motivazione, l'interpretazione eccessivamente restrittiva della sentenza n. 627/2019 di questo T.A.R. nella parte in cui avrebbe indicato – in modo, a suo dire, esemplificativo – attraverso quali documenti (*“es. autocertificazioni di utenti o famiglie di utenti di aver frequentato la struttura gestita dalla ricorrente o questionari di customer satisfaction di data e provenienza certe”*) esercitare doverosamente il soccorso istruttorio ai fini di comprovare il possesso dei requisiti per partecipare alla gara;

d) ritiene, infine, contraddittorio che la stazione appaltante abbia positivamente valutato la sussistenza del possesso del requisito tecnico-professionale sulla base del registro dei corrispettivi, mentre lo stesso documento sia stato reputato inidoneo a giustificare il requisito della

capacità economico-finanziaria.

8.2. *Illegittimità degli artt. 7.2. e 7.3.*

Con il secondo motivo di gravame, la ricorrente argomenta l'illegittimità dei punti 7.2 e 7.3 del disciplinare di gara alla luce dell'interpretazione *contra legem* operata dalla stazione in violazione dell'art. 83 del D.lgs. n. 50/2016, ovvero confliggente col principio di tassatività delle cause di esclusione, nel senso che l'aver dapprima ammesso che il servizio di gestione poteva essersi svolto in via diretta avrebbe escluso la pretesa, illogica e sproporzionata, di pretendere l'esibizione delle ricevute di pagamento delle rette mensili per singoli utenti associate alle rispettive annualità di riferimento.

In via derivata dall'illegittimità dell'esclusione, la ricorrente chiedeva anche l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva disposta contestualmente a favore della cooperativa controinteressata.

9. Con decreto n. 26 del 27 gennaio 2020, il Presidente del T.A.R. respingeva la richiesta di misure cautelari urgenti formulata ai sensi dell'art. 56 c.p.a.

10. Con memoria depositata il 04.02.2020, si costituiva in giudizio la Cooperativa Sociale "Sinergie", insistendo per la reiezione del ricorso, stante l'infondatezza di tutte le doglianze con esso avanzate.

11. Con memoria depositata in data 18.02.2020, si costituiva in giudizio per resistere al ricorso anche il Comune di Reggio Calabria, eccependone l'inammissibilità e l'infondatezza, in quanto la stazione appaltante si sarebbe conformata alle statuizioni della sentenza n. 627/2019 del T.A.R. rieditando correttamente il potere di aggiudicazione secondo le puntuali direttive lumeggiate nella menzionata decisione.

12. Alla camera di consiglio del 20 febbraio 2020, la difesa di parte

ricorrente eccepiva la tardività della memoria e della documentazione versata in atti dal Comune resistente oltre le ore 12.00 del 18.02.2020 e, in sintonia con un certo orientamento giurisprudenziale, la loro inutilizzabilità ai fini della decisione sulla domanda cautelare.

La causa è stata quindi discussa e posta in decisione.

13. Ritiene innanzitutto il Collegio che sussistono i presupposti di legge per definire il giudizio nella presente sede cautelare, con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 120 comma 6 c.p.a., essendo, tra l'altro, state rese edotte le parti di tale eventualità, come consta dal verbale d'udienza.

14. Prima di affrontare nel merito le singole censure proposte con il ricorso introduttivo, va disattesa l'eccezione di inammissibilità della memoria e della produzione documentale del Comune di Reggio Calabria, in quanto depositata dopo le ore 12.00 dell'ultimo giorno utile in vista della camera di consiglio e più precisamente il 18 febbraio 2020 alle ore 17.00, ciò che ne differirebbe automaticamente il deposito al giorno successivo ex art. 4, comma 4, all. 2 al d.lgs. n. 104 del 2010.

Pur consapevole del diverso avviso fatto proprio da una parte della giurisprudenza (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. IV, 13 febbraio 2020 n. 1137), la Sezione preferisce aderire all'opposto orientamento per cui *“la possibilità di depositare gli atti in forma telematica è assicurata fino alle ore 24 dell'ultimo giorno consentito dal citato art. 4, comma 4, e tale soluzione non contrasta con quanto indicato dall'ultimo periodo della stessa disposizione, secondo cui il deposito degli atti e dei documenti in scadenza effettuato oltre le ore 12 dell'ultimo giorno si considera eseguito il giorno successivo; questo effetto, posto a garanzia del diritto di difesa delle controparti, significa unicamente che per*

contestare gli atti depositati oltre le ore 12 i termini per controdedurre decorrono dal giorno successivo; deve dunque ritenersi che, ai sensi dell'art. 4, comma 4, delle norme di attuazione al codice del processo amministrativo (così come modificato dall'art. 7, d.l. 31 agosto 2016, n. 168), la possibilità di depositare con modalità telematica atti in scadenza è assicurata fino alle ore 24 dell'ultimo giorno consentito secondo i termini perentori (cioè fino allo spirare dell'ultimo giorno); il deposito telematico si considera quindi perfezionato e tempestivo con riguardo al giorno senza rilevanza preclusiva con riguardo all'ora" (Cons. Stato, sez. IV, 15 luglio 2019, n. 4955; cfr. anche Id., 24 maggio 2019, n. 3419; 1 giugno 2018, n. 3309; sez. V, 2 agosto 2018, n. 4785; sez. III, 6 agosto 2018, n. 4833).

Sul piano dell'effettività della tutela giurisdizionale, la soluzione, sopra condivisa, si adatta a maggior ragione al caso concreto, in cui non è ravvisabile alcuna lesione al diritto di difesa delle parti.

Se per un verso, infatti, la documentazione versata in atti dall'amministrazione resistente, risulta pressoché identica a quella già depositata dalla ricorrente, per l'altro nel corso della discussione, le parti hanno diffusamente illustrato le proprie tesi difensive, nessuna esclusa, dando sfogo ad un ampio e compiuto contraddittorio.

Si osserva poi che, a prescindere dalla controversa lettura dell'art.4 comma 2 dell'Allegato 2 al c.p.a. offerta dalla giurisprudenza, si può dubitare che il rispetto del termine orario delle ore 12.00 dell'ultimo giorno utile per il deposito valga anche quando, come nel caso di specie, l'udienza in camera di consiglio sia fissata per la trattazione di un incidente cautelare nell'ambito del cd. rito appalti (art.120 c.p.a.).

Com'è noto, in ragione dell'impronta fortemente acceleratoria che connota questo rito speciale, i termini processuali, ivi inclusi quelli per

il deposito di documenti e memorie in sede cautelare, sono ridotti alla metà (art.119 comma 2 c.p.a. richiamato dall'art.120 comma 3 c.p.a.) con la conseguenza che, in vista dell'udienza di sospensiva, la possibilità di deposito si estende sino ad un giorno libero prima della camera di consiglio.

Il diritto di difesa dell'amministrazione resistente sarebbe, pertanto, irragionevolmente limitato se il termine libero di un giorno fosse ulteriormente dimezzato (vale a dire fino alle ore 12.00 del giorno in cui scade il termine), non tollerando le esigenze sottese alla celere definizione della domanda cautelare e di quella di merito "*ove ne ricorrano i presupposti*" (art.120 comma 6 c.p.a) inutili compressioni di termini già estremamente ridotti, pena l'eccessivo irrigidimento della dinamica processuale che finirebbe per pregiudicare il contraddittorio tra le parti e la superiore esigenza del giusto processo (art.2 c.p.a.).

Nel silenzio della legge, non può che propendersi, quindi, per una soluzione più flessibile, incline ad assecondare nel rito appalti la tempestività del deposito avvenuto entro le 24 ore ovvero entro un giorno libero ed "intero" prima della data fissata per l'udienza in camera di consiglio, anche perché, in caso contrario, la documentazione non ammessa ai fini della decisione sulla sospensiva potrebbe comunque tornare pienamente utilizzabile, allorché la definizione della controversia nel merito venga rinviata ad un'udienza da tenersi non oltre trenta giorni (art. 120 comma 6 c.p.a.).

15. Ciò premesso, i motivi di ricorso, che vanno esaminati congiuntamente per ragioni di connessione, non sono fondati.

Il tema della controversia verte sostanzialmente sulla questione se la stazione appaltante abbia fatto buon governo del potere di soccorso istruttorio, sollecitato dalla sentenza di annullamento n. 627/2019 di

questo Tribunale, nel rilevare o meno in capo all'associazione ricorrente il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria necessari per la gestione dei servizi di nidi di infanzia del Comune di Reggio Calabria (3°lotto).

A tal riguardo, rammenta il Collegio che la clausola prevista all'art.7.2 del disciplinare di gara richiedeva a ciascuno dei concorrenti di *“aver realizzato negli ultimi 3 esercizi finanziari disponibili un fatturato specifico medio annuo nel settore di attività oggetto dell'appalto così come indicato.... per il Lotto n.3 (Nido aziendale): fatturato non inferiore ad €. 272.380,95 IVA esclusa. Per settore di attività s'intende quelli realizzati presso nidi, pubblici e/o privati, in gestione diretta o in concessione o in appalto di servizi”*;

La ricorrente, sia nel DGUE che in sede di verifica istruttoria dei requisiti, aveva espressamente dato atto di versare nella situazione di operatore economico che, svolgendo in massima parte il servizio di asilo nido in “gestione diretta” a favore di utenti privati, non era in grado di comprovare la propria capacità economico-finanziaria attraverso la produzione di fatture, esibendo al loro posto, le risultanze dei registri dei corrispettivi degli anni 2016-2017-2018, convinta che potessero assurgere a documento considerato “idoneo” dalla stazione appaltante per legittimare la sua partecipazione alla gara.

Il T.A.R. aveva annullato l'esclusione della San Vincenzo perché l'amministrazione non aveva chiarito in modo esaustivo i motivi per cui i registri della contabilità, offerti in esame dalla ricorrente, non potevano sortire effetto soddisfacente al pari delle pur richieste fatture.

Ritiene ora il Collegio che la successiva attività procedimentale intrapresa dalla P.A. abbia posto definitivamente rimedio al rilevato deficit motivazionale ed istruttorio accertato dall'intervenuta sentenza

di annullamento e che i provvedimenti impugnati sfuggano alle censure sollevate dalla ricorrente nel presente giudizio.

In effetti, la stazione appaltante, prendendo le mosse dai registri dei corrispettivi prodotti dalla stessa ricorrente, onde avvalorare i bilanci e le dichiarazioni di cui alle lettere b) e c) dell'Allegato XVIII parte I del D.lgs n.50/2016, ha testualmente chiesto *“di specificare a quale categoria di servizio (sez. Primavera o Scuola dell'infanzia) sono riferiti i ricavi elencati nei registri dei corrispettivi per gli anni 2016/2017”* e *“di produrre copia delle ricevute di pagamento rilasciate ai genitori per il servizio di Asilo Nido e sez. Primavera fruito dai bambini nelle annualità 2016/2017/2018 comprovanti quanto dichiarato nei registri”*.

Trattasi di una richiesta del tutto ragionevole e proporzionata alla particolare delicatezza del servizio da aggiudicare che esige, come tale, rassicuranti approfondimenti circa l'affidabilità e la serietà professionale del soggetto affidatario, a fronte della quale, invece, meno rassicurante si appalesa la nota di riscontro trasmessa dalla San Vincenzo, acquisita dal Comune resistente in data 06.12.2019, con la quale la stessa ha precisato *“di non essere in grado di produrre le copie delle ricevute di pagamento rilasciate ai genitori poiché gli stessi pagavano direttamente o per cassa o per modalità tracciate senza richiedere alcuna ricevuta fiscale”* e *“di dimostrare la veridicità di quanto indicato nei corrispettivi, allegando alla stessa nota un apposito sigillo notarile di autentica dei registri dei corrispettivi”*.

Si presume, infatti, che un operatore economico, che già si trovi oppure si affacci da poco sul mercato, rilasci e conservi per il periodo stabilito dalla legge, se non le fatture, quanto meno le ricevute di pagamento o altro documento equipollente che “tracci” la prova dell'avvenuta

prestazione del servizio e della sua remunerazione e ciò anche in relazione agli obblighi fiscali di tenuta della contabilità.

Del resto, come puntualmente osservato dalla difesa comunale, proprio in ragione della loro natura di documentazione fiscale corrente, l'esibizione di copia delle ricevute di pagamento avrebbe rappresentato un impegno tutt'altro che disagiata per la San Vincenzo e comunque meno difficoltoso rispetto a quello che ci si sarebbe potuto attendere dalla produzione di *“autocertificazioni di utenti o famiglie di utenti di aver frequentato la struttura gestita dalla ricorrente o questionari di customer satisfaction di data e provenienza certe”* indicata, pur sempre a titolo esemplificativo dalla sentenza n. 627/1019 di questo Tribunale, come idonea a comprovare il requisito dell'esperienza professionale di cui all'art.83 lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016.

16. Va anche posto in luce che quando il RUP ha ritenuto opportuno *“procedere all'esclusione dell'Associazione "San Vincenzo" dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio "Nidi d'infanzia comunali: Territori Archi e Gebbione, nido aziendale presso Ce.Dir." Lotto n. 3 per la mancanza del possesso del requisito economico finanziario di cui all'art. 83 del D. Lgs n. 50/16 e ss. mm. ii.”*, non ha inteso riferirsi all'inadeguatezza, in astratto, della documentazione prodotta dalla concorrente (bilanci, dichiarazioni e registri dei corrispettivi) a dimostrare il possesso del requisito come configurato dalla legge di gara e cioè un fatturato specifico medio d'importo complessivo triennale almeno pari ad € 272.380,95, ma alla mancata prova circa la riferibilità di quel fatturato al servizio specifico richiesto dal bando di gara (servizio di asilo nido per utenti da 0 a 36 mesi).

Non v'è dubbio che il volume d'affari, nella misura minima richiesta dalla legge di gara per il periodo di riferimento (2016-2018), dovesse

essere conseguito mediante la percezione di corrispettivi nell'esercizio dell'attività di gestione del servizio di asili nido.

La giurisprudenza amministrativa riguardante il possesso del requisito del "fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto", così attualmente codificato dall'art. 83, comma 4, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016, ha più volte stabilito che esso è *"finalizzato a garantire che la selezione venga svolta tra concorrenti che diano prova di adeguata affidabilità nell'espletamento di un determinato servizio, per aver avuto precedenti esperienze nel settore di attività oggetto di gara o in settori analoghi (cfr. Cons. Stato, V, 6 aprile 2017, n. 1608; nonché già Cons. Stato, V, 28 luglio 2015, n. 3717 e 25 giugno 2014, n. 3220); con la precisazione che, pur rilevando l'identità del settore imprenditoriale o professionale, il confronto va fatto in concreto tenendo conto del contenuto intrinseco delle prestazioni (Cons. Stato, V, 12 maggio 2017, n. 2227)"* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 dicembre 2018 n. 6943).

Coerentemente con la finalità appena detta, lo stesso art. 83, al comma 7 prevede che la dimostrazione del requisito sia fornita utilizzando i mezzi di prova di cui all'art. 86, commi 4 e 5, vale a dire -per quanto qui rileva- mediante uno o più mezzi di prova indicati nell'allegato XVII, parte I, del codice. La San Vincenzo ha dichiarato sin dall'inizio nel DGUE il possesso del fatturato annuo medio nel settore per il numero di esercizi specificato nel bando, individuandone la media nell'importo complessivo di € 279.778,40 per i tre anni di riferimento ed ha quindi prodotto dapprima gli estratti degli esercizi contabili e, su richiesta di integrazione documentale da parte del RUP, i registri dei corrispettivi distinti anno per anno.

Poiché, tuttavia, dai detti registri non si poteva distinguere quali fossero

i ricavi provenienti dalla gestione della sezione Primavera (0-36 mesi) e quali invece quelli conseguiti dalla Scuola dell'infanzia (3 -5 anni) né si poteva scorporare quest'ultimo dato dal complessivo, onde stimare per differenza il raggiungimento della soglia minima del fatturato richiesto, la ricorrente avrebbe dovuto fornire (ex art. 86, comma 4 del D.Lgs. n.5072016) documenti idonei allo scopo, fossero essi o meno ricevute di pagamento, purché tali, comunque, da consentire alla pubblica amministrazione di "incrociare" i dati relativi al volume d'affari nel periodo considerato per i singoli servizi realizzati in relazione allo specifico oggetto dell'appalto con quelli risultanti dai libri contabili tenuti per legge.

Non avendo la ricorrente offerto la prova richiesta, è da escludere, dunque, che la stazione appaltante, nel non considerare idonea la documentazione atta a dimostrare il requisito di capacità economico finanziaria in capo all'associazione qui ricorrente, sia incorsa nella denunciata violazione della normativa del codice dei contratti e/o della *lex specialis*.

Sotto quest'ultimo profilo, è fin troppo evidente che la certificazione apposta da un notaio può valere soltanto a garantire l'autenticità delle scritture risultanti dai registri dei corrispettivi e/o l'eventuale conformità della copia all'originale, non certo ad assumere efficacia fidefacente circa la riferibilità del fatturato specifico al servizio di asilo nido per utenti da 0 a 36 mesi (o sezione primavera, che dir si voglia) piuttosto che al servizio di scuola dell'infanzia (da 3 a 5 anni), non richiesto quest'ultimo dal bando di gara.

Del tutto coerentemente, allora, pur non essendone a rigore formalmente tenuto, il RUP ha sospinto l'attività di soccorso istruttorio fino a richiedere-con nota trasmessa alla ricorrente in data 10.12.2019-

la documentazione in base alla quale il notaio avesse potuto attestare che il fatturato riportato nei registri dei corrispettivi fosse relativo solo agli asili nido per l'età 0-36 mesi ovvero *“ogni altro documento utile a mettere in correlazione le entrate ricavate dal servizio di asilo nido con ogni singolo utente”*.

Non avendo ricevuto riscontri plausibili (le ragioni di riservatezza opposte dalle famiglie degli utenti appaiono oggettivamente inconsistenti, potendo essere superate attraverso le suggerite tecniche di oscuramento dei dati personali) e, anzi, ammettendo la ricorrente l'impossibilità di trasmettere la documentazione richiesta al fine di attestare l'effettiva utenza di asilo nido e il corrispondente “fatturato”, la stazione appaltante non poteva fare altro che procedere ad escluderla dalla gara, affidando il servizio alla controinteressata.

In relazione al dedotto vizio motivazionale, il provvedimento impugnato appare, anche sotto quest'ultimo aspetto, del tutto autosufficiente a giustificare l'inidoneità della documentazione prodotta dalla S. Vincenzo a comprova del possesso della capacità economico-finanziaria.

17. Quanto fin qui argomentato consente al Collegio di ritenere prive di fondamento anche le restanti censure sviluppate nel ricorso introduttivo.

Quanto al denunciato profilo di contraddittorietà dell'azione amministrativa, sarà sufficiente osservare che la sussistenza del requisito della capacità tecnico-professionale in capo alla ricorrente, per cui non v'è ragione di contesa, è stata discrezionalmente apprezzata non solo alla stregua delle emergenze del registro dei corrispettivi, ma anche in virtù dell'autorizzazione sanitaria rilasciata dagli enti competenti per l'agibilità dei locali in cui la ricorrente svolge

abituamente il servizio di asilo nido in regime di gestione diretta.

Va, infine, confutata la presunta illegittimità delle regole della procedura ad evidenza pubblica seguita per la selezione del soggetto affidatario (punto 7.2. e 7.3 del disciplinare di gara), essendosi sopra chiarito che la P.A., pretendendo la consegna di copia delle ricevute di pagamento esclusivamente ai fini delle riferibilità del fatturato al servizio specifico richiesto, si è correttamente conformata alle prescrizioni della citata sentenza n. 627/2019 di questo Tribunale.

18. In conclusione, per tutte le considerazioni che precedono, il ricorso è infondato e va, dunque, respinto con conseguente conferma dell'aggiudicazione del servizio in favore della cooperativa controinteressata.

19. Le spese del giudizio seguono la regola della soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la ricorrente, in persona del legale rappresentante pro tempore, al pagamento, in favore del Comune resistente e della Cooperativa Sociale Sinergie, delle spese del presente giudizio che liquida in € 2.000,00 (duemila/00) per ciascuna parte, oltre accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Andrea De Col, Referendario, Estensore

Antonino Scianna, Referendario

L'ESTENSORE

Andrea De Col

IL PRESIDENTE

Caterina Criscenti

IL SEGRETARIO

1
2
3