



DELIBERA N. 370

24 luglio 2024

Oggetto

Istanza SINGOLA presentata dal [OMISSIS]- Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara art. 50, comma 1, lettera e) del d.lgs. n. 36/2023 per l'affidamento della gestione del Centro Antiviolenza CAV "C. MORLINO" dell'Ambito Territoriale d Foggia - CIG: A04305B05F - Importo: euro: 187.509,21 - S.A.: Comune di Foggia - Ambito Territoriale.

UPREC-PRE-0192-2024-S-PREC

Riferimenti normativi

Art. 100 del d.lgs. 36/2023

Art. 104 lett. b) del d.lgs 36/2023

Parole chiave

Appalto pubblico -- servizi – procedura – requisiti di idoneità professionale – avalimento

Massima

Non massimabile

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 24 luglio 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 71334 del 24.6.2024, con la quale l'o.e. [OMISSIS]ha chiesto alla scrivente Autorità di voler esprimere un parere di precontenzioso in merito alla legittimità dell'affidamento della gestione dei servizi di un Centro Anti Violenza (CAV) al R.T.I. Consorzio Matrix coop. soc. - Mondo Nuovo Associazione di promozione sociale, in quanto prive dei requisiti ex art. 100 del d.lgs



36/2023, censurando in particolare la corretta iscrizione alla CCIA per categoria coincidente e il possesso della richiesta esperienza quinquennale mediante ricorso all'avvalimento;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 73185 del 26.6.2024;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalla parte istante, dalla parte controinteressata e dalla stazione appaltante;

RILEVATA preliminarmente l'eccezione di inammissibilità dell'istanza vertente sulla tardività ex art. 7 co. 1 lett. d) del vigente Regolamento in materia di precontenzioso riferito nel dettaglio a quelle istanze "dirette a far valere l'illegittimità di un atto della procedura di gara autonomamente impugnabile, rispetto al quale siano già decorsi i termini di impugnazione in sede giurisdizionale": segnatamente sia la stazione appaltante che l'o.e. controinteressato rilevano come, per effetto del positivo riscontro della richiesta di accesso agli atti, il termine per proporre impugnazione deve ritenersi pari a 45 giorni complessivi e decorrente dalla data di notifica del provvedimento di aggiudicazione, il 26.4.2024, conformemente alle chiare indicazioni della giurisprudenza in materia (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, sent. n. 2882 del 27.3.2024). In funzione di tale osservazione, pertanto, il termine per impugnare e/o proporre istanza ex art. 220 del d.lgs 36/2023 sarebbe spirato in data 10.06.2024, mentre l'odierna domanda di precontenzioso risulta proposta invece solo il successivo 24.6.2024.

CONSIDERATO tuttavia che, come pacificamente rilevato da tutte le parti coinvolte nell'odierno procedimento, alla data del 10.6.2024, l'istante formulava espressa richiesta di integrazione della documentazione mancante rispetto all'originario riscontro all'accesso atti, risultando in particolare non trasmesso, né il DGUE, né la dichiarazione sul possesso dei requisiti riferita ad uno dei due componenti l'RTI aggiudicatario (sulla cui specifica posizione sono peraltro focalizzate entrambe le contestazioni di merito dell'odierno parere). In funzione di tale circostanza di fatto, risulta che la stazione appaltante non ha pertanto dato puntuale riscontro all'istanza di accesso, con l'effetto, sempre secondo pacifica giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. II, sent. n. 2376 del 7.3.2023), di determinare la posticipazione del *dies a quo* da cui far decorrere il termine per impugnare, non più pertanto quello relativo alla data di emanazione provvedimento impugnato, ma da quello in cui si è raggiunta la completezza dell'accesso agli atti. Per l'effetto di tali considerazioni, perciò, discende che l'istanza proposta deve ritenersi non tardiva ed ammissibile;

CONSIDERATO che la prima questione controversa sottoposta all'Autorità verte sulla carenza del requisito previsto all'art. 4 dell'Avviso di manifestazione di interesse relativo alla " *idoneità professionale - Iscrizione alla Camera di Commercio per attività coincidente con quella oggetto del presente appalto*": ad avviso dell'istante dalla certificazione camerale di riferimento non vi sarebbe traccia di gestione di CAV da parte dei componenti l'RTI aggiudicatario, intervenuto come controinteressato nell'odierno procedimento;

PRESO ATTO che, al fine di esaminare correttamente la vicenda, occorre preliminarmente precisare che la funzione della certificazione camerale è quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico, da tale *ratio* si desume la necessità di una congruenza contenutistica tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di commercio, e l'oggetto del contratto d'appalto e ciò in quanto l'oggetto sociale va 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. A parziale mitigazione di tale impostazione si sostiene, d'altra parte, che detta corrispondenza contenutistica - tra risultanze descrittive del certificato camerale e



oggetto del contratto d'appalto - non deve tradursi in una perfetta ed assoluta sovrapposibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento, ma che la stessa va appurata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della idoneità professionale richiesta, e quindi in virtù di una considerazione globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto (Cons. Stato, sez. III, 8 novembre 2017 n. 5170), premesso ciò si osserva che "il requisito della iscrizione alla CCIAA per attività coincidenti a quelle oggetto dell'appalto deve essere valutato con un approccio sostanzialistico, essendo irrilevante, ad esempio, l'identificazione dell'attività svolta in base ai codici ATECO, i quali hanno prevalentemente funzione statistica non rilevano ai fini della connotazione prevalente o accessoria dell'attività svolta (Cons. Stato, sez. V, sent. 17 gennaio 2018, n. 262)." (cfr. ANAC delibera n. 194 del 1.3.2018; Cons. Stato, sez. V, sent. n. 4474 del 1.6.2022);

CONSIDERATO quanto sopra, dall'esame della documentazione di gara emerge che, con riferimento al Consorzio MATRIX, capogruppo mandataria del RTI aggiudicatario, il requisito in contestazione si evince pacificamente dal DGUE, avendo lo stesso Consorzio documentato di avere svolto il servizio di gestione di CAV presso alcuni Comuni, tra cui la medesima stazione appaltante, oltre a risultare espressamente indicato nella visura della CCIA in cui tra gli scopi del Consorzio vi è anche "la gestione dei centri anti violenza di genere". Con riferimento alla mandante, Associazione Mando Nuovo, nella certificazione camerale vi è il chiaro riferimento alla gestione di strutture quali "case rifugio per donne vittime di violenza" che "centro antiviolenza e assistenza alle donne vittime di violenza";

RILEVATO quanto sopra e tenuto conto di quanto emerge *per tabulas*, nonché dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante e dalla controinteressata con precipue memorie, la prima doglianza deve ritenersi priva di pregio;

PRESO ATTO che con la seconda doglianza l'o.e. istante censura la legittimità del ricorso all'avvalimento per la dimostrazione del requisito di "Capacità Tecnica e Professionale", rappresentata da "Esperienza almeno quinquennale, documentata da precedenti contratti presso Enti Pubblici per la gestione di Centri Antiviolenza", sulla base di quanto previsto nella "Intesa, ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano e gli Enti locali di modifica dell'Intesa Rep. Atti n.146/CU del 14 settembre 2022, relativa ai requisiti minimi dei Centri antiviolenza e delle Case rifugio", in cui è espressamente previsto all'art. 1, co. 5 che "Nei limiti di quanto indicato al comma 3, è esclusa la possibilità di fare ricorso all'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 89 del D. Lgs. 16 aprile 2016 n. 50 e /o altre forme di "cessione" dei requisiti previsti";

CONSIDERATO preliminarmente che ai sensi dell'art. 8, co. 6 della L. 5.6.2003, n. 131 "Il Governo può promuovere la stipula di intese in sede di Conferenza Stato-Regioni o di Conferenza unificata, dirette a favorire l'armonizzazione delle rispettive legislazioni o il raggiungimento di posizioni unitarie o il conseguimento di obiettivi comuni; in tale caso è esclusa l'applicazione dei commi 3 e 4 dell'articolo 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Nelle materie di cui all'articolo 117, terzo e quarto comma, della Costituzione non possono essere adottati gli atti di indirizzo e di coordinamento di cui all'articolo 8 della legge 15 marzo 1997, n. 59, e all'articolo 4 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112", tali intese assurgono pertanto ad un accordo amministrativo di particolare rilevanza, tramite cui gli Enti pubblici rappresentativi concertano fra di loro le modalità organizzative e di perseguimento degli interessi pubblici di propria competenza. Le intese rientrano nella attività di raccordo e concertazione, insieme agli accordi, con cui la Conferenza Unificata esprime una determinazione concordata, all'unanimità, da parte del Governo, di tutti i Presidenti delle Regioni e delle Province autonome e dei Rappresentanti delle Autonomie locali, dei contenuti dei provvedimenti medesimi e volta ad armonizzare le finalità della programmazione statale con quella regionale e degli enti locali (cfr. Senato della Repubblica - Legislatura



17ª - Dossier n. 275). Secondo la giurisprudenza infatti " *L'intesa costituisce lo strumento che assicura la partecipazione ed il coinvolgimento degli enti in materie di loro interesse, attuando un procedimento amministrativo concertato, aperto alla partecipazione dei diversi livelli di governo interessati dalla materia sulla base del principio di leale collaborazione che ispira il rapporto tra gli enti, i cui poteri, in materie che vedono la concorrenza di competenze di più soggetti istituzionali, possono essere esercitati e mediati in sede di Conferenza Unificata, quale sede di esercizio condiviso della funzione, che l'ordinamento riserva a più livelli di Governo, e concertazione delle relative scelte*" (cfr. TAR Lazio – Roma sez. II bis, sent. 6260 del 21.5.2019);

CONSIDERATO quanto sopra, alla luce della rilevanza giuridica dell'invocato art. 1, co 5 dell'Intesa rep/CU n. 156 del 2022 e, soprattutto, in considerazione del mancato recepimento del precipuo divieto di avvalimento, da parte del Legislatore nel d.lgs 36/2023, né in altre previsioni aventi forza di legge, ciò comporta l'inevitabile conseguenza di ritenere non censurabile la condotta della stazione appaltante. Sulla base di tali premesse, l'amministrazione comunale di Foggia, con riferimento alla procedura *de qua*, ha legittimamente ritenuto non sussistente il divieto di avvalimento, sia come già osservato per effetto della sopravvenuta disciplina in materia di cui all'art. 104 del d.lgs 36/2023 (che non contiene tale divieto), sia anche per il fatto che recentemente la stessa Conferenza Unificata ha espressamente determinato di voler " *rivedere entro 18 mesi i contenuti dell'intesa Rep. atti n. 146/CU del 14 settembre 2022*" (cfr. Rep. atti n.15/CU del 25 gennaio 2024);

RILEVATO quanto sopra, ne discende, che alla luce della vigente disciplina in materia di avvalimento, nonché del generale principio del *favor participationis* per cui va sempre preferita la " *necessità di applicare i criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, con la finalità di escludere soluzioni interpretative eccessivamente restrittive ed anticoncorrenziali, per cui, in caso di dubbi interpretativi, deve essere sempre preferita la soluzione che consenta la massima partecipazione alla gara*" (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, sent. n. 4365 del 30 maggio 2022) ed in attesa del riordino della specifica materia " *relativa ai requisiti minimi dei Centri anti violenza e delle Case rifugio*", anche con riferimento alla seconda doglianza, la condotta della stazione appaltante, nei limiti di quanto contestato dall'istante, appare corretta e non suscettibile di censure;

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione e nei limiti del sindacato della scrivente Autorità, che:

- l'operato della stazione appaltante è conforme alla normativa di riferimento in particolare le previsioni degli artt. 100 e 104 del d.lgs 36/2023;

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 luglio 2024

Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente