



PROVINCIA DI BENEVENTO
STAZIONE UNICA APPALTANTE



AMMINISTRAZIONE AGGIUDICATRICE: COMUNE DI TELESE TERME

PROCEDURA APERTA PER L’AFFIDAMENTO DEL “SERVIZIO DI REFEZIONE SCOLASTICA PER IL COMUNE DI TELESE TERME, PER GLI ANNI SCOLASTICI 2018/2019 E 2019/2020 – CIG: 76107204D3

Verbale n. 6

L'anno duemiladiciotto, alle ore 11,15 di oggi, 23 del mese di ottobre, negli uffici dell'Amministrazione Provinciale, siti in Benevento, l.go Carducci – 3° piano – stanza del Responsabile del Servizio Appalti del Settore Tecnico - si sono riuniti, in seduta pubblica, i sottoscritti: dott. Augusto Travaglione, Responsabile del servizio Appalti con delega alle funzioni dirigenziali, ex art.17, comma 1/bis del D.lgs n.165/2001 e ss.mm.ii., giusta determina n.233 del 10.02.2018, Presidente del Seggio Monocratico di gara e, in qualità di testimoni, la dott.ssa Edvige Antonietta Coduto e la dott.ssa Patrizia Mennitto del Servizio Appalti e Assistenza Amministrativa EE.LL.

La seduta odierna è stata convocata con avviso Reg. n. 3297 del 20/10/2018, pubblicato all’Albo Pretorio on-line della Provincia di Benevento e trasmesso a tutte le imprese concorrenti, al fine di procedere ai seguenti adempimenti:

- Adozione e comunicazione di provvedimenti in merito alla procedura di gara.

Sono, altresì, presenti la sig.ra Assunta D’Onofrio e il sig. Massimiliano Iovinella, della D&D Società Cooperativa Sociale Arl.

In via preliminare, il dr. Augusto Travaglione, nella qualità di cui sopra, rende noto quanto segue:

- con determinazione di questa Stazione Unica Appaltante n. 2322 del 08/10/2018 è stato stabilito quanto segue:

- 1) di approvare i verbali delle sedute pubbliche di gara n. 1 del 28/09/2018 e n. 2 del 05/10/2018;
- 2) di ammettere alla gara in oggetto, per tutte le motivazioni di cui ai suddetti verbali di gara, la seguente impresa:

| | Denominazione | Indirizzo |
|---|----------------------------------|-----------------------|
| 1 | D&D SOCIETA’ COOPERATIVA SOCIALE | VIA NUOVA CALORE n. 8 |

3) di escludere dalla gara in oggetto, per tutte le motivazioni di cui ai suddetti verbali di gara, la seguente impresa:

| | Denominazione | Indirizzo |
|---|--|--|
| 2 | APEIRON COOPERATIVA SOCIALE. (AUSILIATA) | LOCALITA' AREANOVA PIGNATARO MAGGIORE (CE) |
| | MEGEA SERVIZI E VIGILANZA (AUSILIARIA) | VIA MADDALENA, 19 PARCO ALAMBRA (CE) |

- in esito alla seduta pubblica di gara del 19/10/2018, per le motivazioni di cui al verbale n. 5, di pari data, da intendersi integralmente richiamate, è stata convocata l'odierna seduta pubblica di gara al fine di procedere all'adozione, in autotutela, di decisione motivata in merito al provvedimento di esclusione dalla gara della COOPERATIVA SOCIALE APEIRON;
- quanto sopra, in esito ad approfondito riesame e valutazione degli atti di gara e della documentazione amministrativa prodotta dalla COOPERATIVA SOCIALE APEIRON in sede di gara,
- sono state altresì, attentamente approfondite e valutate le ragioni di fatto e di diritto di cui alla nota prot. n. 0035440 dell'11/10/2018 a firma dell'avv. Francesco Gioielli in nome e per conto della COOPERATIVA SOCIALE APEIRON, allegata al presente verbale quale parte integrante e sostanziale con la lettera A) e della nota prot. n. 0036000 del 16/10/2018, dell'avv. Luca Tozzi, in nome e per conto della COOPERATIVA SOCIALE D&D allegata al presente verbale quale parte integrante e sostanziale con la lettera B)

Premesso quanto sopra, il dr. Augusto Travaglione rende noto quanto segue:

- la COOPERATIVA SOCIALE D&D, con propria dichiarazione allegata al verbale di gara n. 1 del 28/09/2018, ha chiesto l'esclusione dalla gara della COOPERATIVA SOCIALE APEIRON sostenendo che sia suddetta Cooperativa (ausiliata), sia la COOPERATIVA MEGEA SERVIZI E VIGILANZA (ausiliaria) non avrebbero *"nel proprio oggetto sociale, come attività prevalente, il servizio di mensa scolastica"*;
- la stessa eccezione, con riferimento alla COOPERATIVA SOCIALE APEIRON, è stata riproposta con la citata nota prot. n. 0036000 del 16/10/2018, a firma dell'avv. Luca Tozzi, in nome e per conto della COOPERATIVA SOCIALE D&D allegata al presente verbale quale parte integrante e sostanziale con la lettera B)

In merito alle suddette eccezione si stabilisce quanto segue:

- si richiamano le conclusioni già assunte nel merito della suddetta eccezione nella seduta pubblica di gara del 05/10/2018, da intendersi integralmente richiamate, come da verbale di gara n. 2, di pari data, con il quale il seggio monocratico di gara ha preso atto che sia la Cooperativa APEIRON (ausiliata) che la MEGEA SERVIZI E VIGILANZA SOCIETA' COOPERATIVA (ausiliaria) risultano in possesso del requisito di idoneità professionale dell'iscrizione alla Camera di Commercio per attività **inerenti** il settore oggetto del presente appalto, secondo quanto richiesto al punto IV.1.2) "REQUISITI DI IDONEITÀ PROFESSIONALE" del bando di gara;
- ad ulteriore integrazione della suddetta motivazione si richiama quanto sancito dalla Giurisprudenza del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 5765 del 19/07/2018) che, in fattispecie analoga ha rilevato che, *"in ogni caso, l'iscrizione per un'attività corrispondente ai servizi posti a gara esiste e ciò è sufficiente a comportare*

l'osservanza dell'anzidetta norma del disciplinare, in quanto le cause di esclusione dalla gara sono, come noto, tassative e di stretta interpretazione” e che, “a tale conclusione la Sezione è pervenuta proprio sottolineando che ciò che rileva ai fini della partecipazione alla gara è l’iscrizione CCIAA per una determinata attività: iscrizione che là mancava del tutto, e che qui invece esiste, secondaria o meno che sia la sede cui si riferisce”.

- lo stesso Giudice Amministrativo (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 5170 del 26/10/2017) ha sancito che *“una rigida e formalistica applicazione del requisito condurrebbe all’ammissione alla gara dei soli operatori economici aventi un oggetto sociale pienamente speculare rispetto a tutti i contenuti del servizio in gara....con ciò restringendosi in modo ingiustificato la platea dei potenziali concorrenti e la stessa finalità del confronto comparativo-concorrenziale”* ;
- *“La giurisprudenza è costante nel ritenere che la corrispondenza tra le risultanze descrittive della professionalità dell’impresa, come riportate nell’iscrizione camerale, e l’oggetto del contratto di appalto non deve essere intesa in modo assoluto, ma in termini di congruenza contenutistica, secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, attraverso una valutazione non atomistica e frazionata, ma globale e complessiva delle prestazioni oggetto di affidamento* (Cons. Stato, III, 8 novembre 2017, n. 5170; III, 10 novembre 2017, n. 5182)
- dall’esame della visura camerale prodotta in sede di gara dalla COOPERATIVA SOCIALE APEIRON si rileva che lo stesso riporta la *“preparazione di pasti per ristorazione collettiva”* quale attività secondaria esercitata nella sede legale e che la suddetta attività si pone in termini di congruenza contenutistica con quella di mensa scolastica;
- da ultimo si rileva che l’ANAC, con propria delibera n. 194 del 1 marzo 2018, ha rilevato 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”.*

Il Presidente del Seggio Monocratico di gara, comunica, altresì, quanto segue:

- in esito alla seduta pubblica di gara del 05/10/2018, come da verbale n. 2, di pari data, la COOPERATIVA SOCIALE APEIRON è stata esclusa dalla gara per la seguente motivazione:
 - 1) il punto IV.1.2) del bando di gara, “REQUISITI DI IDONEITÀ PROFESSIONALE” richiedeva, quale requisito di partecipazione alla gara, l’iscrizione all’albo Regionale delle Cooperative Sociali di tipo B) ai sensi della Legge 8 novembre 1991, n. 381;
 - 2) la Cooperativa Sociale Apeiron ha dichiarato di partecipare alla gara con avalimento dei requisiti, ai sensi dell’art. 89 del D.lgs. n. 50 del 2016 della MEGEA SERVIZI E VIGILANZA SOCIETA’ COOPERATIVA
 - 3) in esito all’esame della documentazione amministrativa prodotta in sede di gara e a successiva visura sul sito internet www.regione.campania.it, la Società Cooperativa MEGEA SERVIZI E VIGILANZA, non risulta iscritta al suddetto albo regionale della Cooperative Sociali, aggiornato al 31/07/2018, approvato con Decreto Dirigenziale n. 468 del 06/08/2018;
 - 4) come confermato dal parere ANAC n. 218 del 10 dicembre 2015, “essendo la procedura de qua rivolta alle sole cooperative sociali di tipo B, e considerato il rapporto intercorrente tra la concorrente e l’eventuale impresa ausiliaria e stazione appaltante, si presume che il suddetto istituto possa essere utilizzato solo nel caso in

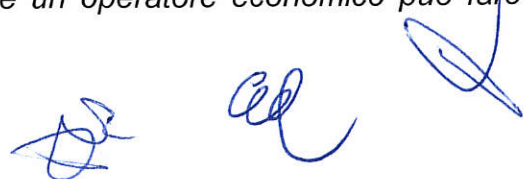
cui si risolve nella possibilità di usufruire dei requisiti di soggetti compresi nel novero delle cooperative sociali stesse)

- con nota assunta al protocollo di questo Ente al n. 0035440 dell'11/10/2018, allegata al presente verbale quale parte integrante e sostanziale con la lettera A), per le motivazioni ivi addotte, l'avv. Francesco Gioielli ha chiesto la riammissione alla gara della COOPERATIVA SOCIALE APEIRON;
- con nota assunta al protocollo di questo Ente al n. 0036000 del 16/10/2018, allegata al presente verbale quale parte integrante e sostanziale con la lettera B), per le motivazioni ivi addotte, l'avv. Luca Tozzi ha chiesto di confermare l'esclusione dalla gara della COOPERATIVA SOCIALE APEIRON in quanto la COOPERATIVA MEGEA SERVIZI E VIGILANZA SOCIETA' COOPERATIVA (ausiliaria) non risulta iscritta all'albo Regionale delle Cooperative Sociali di tipo B) ai sensi della Legge 8 novembre 1991, n. 381;

In merito alla questione di merito di cui trattasi, il Presidente del Seggio Monocratico di Gara, comunica la propria decisione assunta, in autotutela, come di seguito esposto.

Il seggio monocratico di gara ritiene di dover recepire le motivazioni e il principio di diritto sancito dalla recente Giurisprudenza (Cfr. TAR Campania, Sezione V, sentenza n. 02144/2018) che, in analogia fattispecie ha espressamente stabilito che *"ferma la necessità che la concorrente sia essa stessa iscritta nell'apposito Albo regionale delle Cooperative sociali di tipo B, non può reputarsi vietato che una impresa commerciale metta a disposizione, ad esempio, i requisiti di fatturato globale e/o specifico nell'ultimo triennio richiesti per partecipare alla gara. Ed invero, la tesi attorea, posta la già suindicata restrizione soggettiva all'accesso, nell'impedire alle cooperative sociali di più recente costituzione di partecipare al confronto concorrenziale, non disponendo dei requisiti di fatturato globale e/o specifico nell'ultimo triennio, integrerebbe una irragionevole e sproporzionata restrizione al confronto concorrenziale e al principio del favor participationis, ritorcendosi peraltro contro la stessa finalità sociale di avviamento al lavoro delle persone più svantaggiate"*.

Quanto sopra, in ossequio al rispetto dei principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione alle gare sanciti dalla medesima Giurisprudenza (Cfr. TAR Campania, Sezione V, sentenza n. 02144/2018) secondo cui *"in materia di avvalimento dei requisiti di cui all'art. 89 del D.Lgs. n. 50 del 2016 "l'avvalimento è considerato istituito con un ambito applicativo generale e, in quanto tale, non tollera interpretazioni limitative volte a restringerne l'applicabilità, ad eccezione dei requisiti soggettivi inerenti alla moralità e all'onorabilità professionale a tutela della serietà ed affidabilità degli offerenti"....."A ciò consegue l'obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale e le clausole dei bandi di gara in senso conforme ai principi comunitari (c.d. criterio dell'interpretazione conforme) e di non introdurre in relazione ad essi vincoli e limiti ulteriori (cfr. Corte di Giustizia, 10 ottobre 2013, in causa C-94/12; Corte di Giustizia, 7 aprile 2016, causa C-324/14; Consiglio di Stato, sez. V, 11/05/2017, n. 2184)". In particolare, secondo la Corte di Giustizia, il diritto sancito agli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3 della direttiva 2004/18 (l'avvalimento), "tenuto conto dell'importanza che esso riveste nell'ambito della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici, pone una regola generale di cui le amministrazioni aggiudicatrici devono tener conto allorché esercitano le loro competenze di verifica dell'idoneità dell'offerente ad eseguire un determinato appalto", che "non può essere interpretata [...] nel senso che solo in via di eccezione un operatore economico può fare ricorso alle capacità di soggetti terzi"*.



Per quanto sopra esposto, per le motivazioni sopra esposte, il Presidente del Seggio Monocratico di Gara stabilisce, in autotutela:

- di riformare la propria decisione di esclusione dalla gara della COOPERATIVA SOCIALE APEIRON, adottata nella seduta pubblica di gara del 05/10/2018, come da verbale n. 2, di pari data;
- di ammettere alla gara in oggetto la COOPERATIVA SOCIALE APEIRON.

A questo punto, il dr. Augusto Travaglione, dichiara chiusa la seduta di gara e dispone la trasmissione degli atti alla Commissione Giudicatrice.

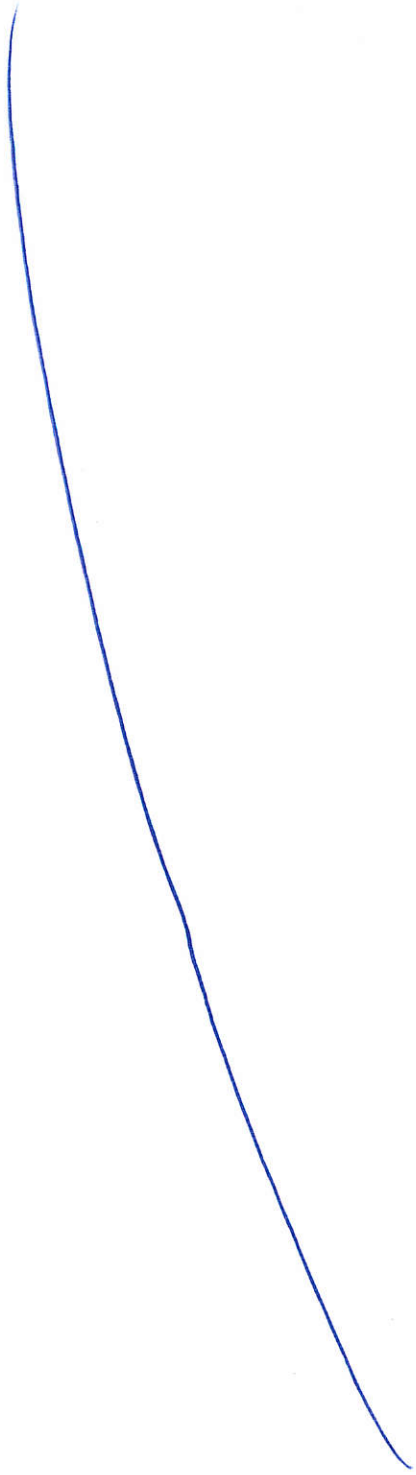
Del che viene redatto il presente verbale che, letto ed approvato, viene chiuso alle 11,40 e sottoscritto come appresso:

Il Presidente del seggio monocratico di gara
Dr. Augusto Travaglione

I testimoni

Dr.ssa Edvige Coduto

Dr.ssa Patrizia Mennitto



Studio dell'Avv. Francesco Giojelli
Diritto Amministrativo e Diritto Civile
Via R. D'Angiò, 3, 81055 S. Maria Capua Vetere (CE),
tel. 0823 812671 /cell.339 5859264
fgiojel@gmail.com

A

Spett.le
Provincia di Benevento
Settore Tecnico - Servizio Appalti
SEDE
settore.tecnico@pec.provincia.benevento.it

de

Riferimento : Nota Prot. p_bn.p_bn.Registro Ufficiale.U.0034387.02-10-2018.h.13:40 avente ad oggetto Bando di gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per il Comune Di Telesse Terme per gli anni scolastici 2018/2019 e 2019/2020 — CIG: 76107204D3. Comunicazione di avvio del procedimento di esclusione dalla gara"; Nota Prot.p_bn.p_bn.REGISTRO UFFICIALE.U.0034750.05-10-2018 Comunicazione di esclusione dalla gara.

de

Oggetto : atto di significazione e invito.

de

In ordine al riferimento, la Coop. Sociale Apeiron a r.l., in persona della l.r. p.t. Sig. Sanges Emiliano, si è rivolta al sottoscritto Avv. Francesco Giojelli eleggendo domicilio presso il mio Studio -- sito in S. Maria Capua Vetere (CE), 81055 , alla Via D'Angiò,3 – e inendendo ricevere notizie inerenti la presente procedura all'indirizzo francesco.giojelli@pec.it, quanto in appresso in premessa, per tramite dello scrivente incaricato

VI SIGNIFICA

Che l'esclusione in riferimento esita illegittima ed ingiusta, in quanto il parere ANAC 218/2015 è stato superato e smentito, anche a norma dell'intervenuto nuovo codice degli appalti, dalla seguente giurisprudenza.

Il Tar Campania, Napoli, sez. V, 03 aprile 2018, n. 2144, su fattispecie identica alla presente, tanto ha statuito:

"La figura dell'avvalimento ha incontrato il favor del legislatore, dapprima a livello comunitario (ai sensi degli artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE) poi nazionale, costituendo uno strumento per consentire ai concorrenti, che non dispongano dei requisiti richiesti (nella specie, di capacità economica-finanziario e tecnica-professionale), di partecipare alle gare di appalto, nell'ottica di assicurare la massima concorrenza. Proprio in ragione della sua ampia portata, l'avvalimento è considerato istituto con un ambito applicativo generale (cfr., ex plurimis, Consiglio di Stato, Sez. V, 15 ottobre 2015, n. 4764; id., Sez. III, 13 ottobre 2014, n. 5057; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 1° febbraio 2017, n. 62) e, in quanto tale, non tollera interpretazioni limitative volte a restringerne l'applicabilità, ad eccezione dei requisiti soggettivi inerenti alla moralità e all'onorabilità professionale a tutela della serietà ed affidabilità degli offerenti.

A ciò consegue l'obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale e le clausole dei bandi di gara in senso conforme ai principi comunitari (c.d. criterio dell'interpretazione conforme) e di non introdurre in relazione ad essi vincoli e limiti ulteriori (cfr. Corte di Giustizia, 10 ottobre 2013, in causa C-94/12; Corte di Giustizia, 7 aprile 2016, causa C-324/14; Consiglio di Stato, sez. V, 11/05/2017, n. 2184).

Ne discende anche che le fattispecie normative in cui non è ammesso il ricorso all'avvalimento (cfr., ad esempio, l'art. 89, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016), costituendo eccezioni alla regola generale, vanno interpretate restrittivamente (cfr. T.A.R. Veneto, Sez. II, 13 maggio 2016, n. 479), tenuto conto che i limiti

all'avvalimento in tanto si possono giustificare, in quanto vi sia l'esigenza di fornire idonee garanzie alla stazione appaltante per la corretta esecuzione degli appalti (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 17 febbraio 2016, n. 636; id., Sez. III, 7 marzo 2014, n. 1072; id., Sez. V, 21/03/2017, n. 1295).

In particolare, secondo la Corte di Giustizia, il diritto sancito agli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3 della direttiva 2004/18 (l'avvalimento), "tenuto conto dell'importanza che esso riveste nell'ambito della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici, pone una regola generale di cui le amministrazioni aggiudicatrici devono tener conto allorché esercitano le loro competenze di verifica dell'idoneità dell'offerente ad eseguire un determinato appalto", che "non può essere interpretata [...] nel senso che solo in via di eccezione un operatore economico può fare ricorso alle capacità di soggetti terzi".

Né la prospettazione elaborata dall'istante è evincibile dall'art. 112 del D. lgs. n. 50/2016, il quale, nel fare salva la disciplina sull'affidamento di contratti pubblici alle cooperative sociali, consente la riserva di partecipazione alla gara a favore di esse, senza stabilire alcun divieto espresso e generalizzato al ricorso dell'avvalimento.

Non valgono a giustificare la preclusione del cd. prestito dei requisiti neppure la intrinseca natura del servizio (sostituzione e messa in opera di misuratori idrici), che assume evidente rilevanza economica, sicché, ferma la necessità che la concorrente sia essa stessa iscritta nell'apposito Albo regionale delle Cooperative sociali di tipo B, non può reputarsi vietato che una impresa commerciale metta a disposizione, ad esempio, i requisiti di fatturato globale e/o specifico nell'ultimo triennio richiesti per partecipare alla gara. Ed invero, la tesi attorea, posta la già suindicata restrizione soggettiva all'accesso, nell'impedire alle cooperative sociali di più recente costituzione di partecipare al confronto concorrenziale, non disponendo dei requisiti di fatturato globale e/o specifico nell'ultimo triennio, integrerebbe una irragionevole e sproporzionata restrizione al confronto concorrenziale e al principio del favor participationis, ritorcendosi peraltro contro la stessa finalità sociale di avviamento al lavoro delle persone più svantaggiate".

D'altronde, nel caso di avvalimento dei requisiti di carattere economico - finanziario (c.d. avvalimento di garanzia, come quello in parola), non è necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o materiali.

Lo ha chiarito il Consiglio di Stato con la sentenza 22 novembre 2017, n. 5429 che ha rigettato un ricorso e confermato quanto stabilito dai giudici di primo grado che aveva accolto un ricorso per l'annullamento di un provvedimento di aggiudicazione, dichiarando l'inefficacia del contratto ove stipulato e respingendo l'azione di risarcimento dei danni.

Per i requisiti di capacità economico finanziaria, dunque, non sussiste alcun limite all'avvalimento e non è legittima alcuna esclusione.

Ciò posto, La Coop. Apeiron, ai sensi della normativa e della giurisprudenza sopra richiamate

CHIEDE

Che venga disposto il mantenimento della Apeiron nella procedura di gara.

In attesa di sollecito riscontro, si porgono distinti saluti.

Santa Maria Capua Vetere, li

(Avv. Francesco Giojelli)

STUDIO LEGALE TOZZI

B

SILVANO TOZZI
LUCA TOZZI
SALVATORE ZAZA
DARIO BRIN

ALESSANDRO PAGANO
LUCIA DI CAPRIO
ANTONIO CAIAZZO

Napoli li, 16.10.2018
Prot. n.1149 /is

Spett.le
Provincia di Benevento
Servizio Gestione Unico Appalti
c.a. Dott. Augusto Travaglione
Piazza Castello, 1
82100 BENEVENTO

Pec: protocollogenerale@pec.provinciabenevento.it
Pec: settore.tecnico@pec.provincia.benevento.it

e.p.c.

Spett.le
Comune di Teles Terme
Viale Minieri, 146
82037 TELESE TERME (BN)

Pec: comune.teleseterme.protocollo@pec.cstsannio.it

Oggetto: Istanza di accesso agli atti – Riscontro nota prot. n. 35597 del 12.10.2018 - Procedura aperta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per il comune di Teles Terme per gli anni scolastici 2018/2019 e 2019/2010 (CIG 76107204D3).

Il sottoscritto **avv. Luca Tozzi**, debitamente incaricato, in nome e per conto della **D&D Soc. Coop. Soc.** con sede legale in Benevento (BN) alla Via Nuova Calore n. 8 ed elettivamente domiciliata presso il Suo Studio in Napoli alla via Toledo n. 323 PEC studiotozzi@cnfpec.it e fax 081427074 nell'interesse della propria assistita rappresenta e comunica quanto segue.

PREMESSO

- Che la scrivente partecipa alla procedura di gara di cui in oggetto;
- Che Codesta Stazione appaltante ha avviato il procedimento di esclusione del concorrente Coop. Sociale Apeiron a causa della illegittimità del contratto di avvalimento da questa prodotto;
- Che con la nota di cui in oggetto Codesta Stazione appaltante ha richiesto allo scrivente operatore economico di rassegnare le proprie osservazioni in ordine al suddetto profilo di esclusione ed alle controdeduzioni dell'Avv. Giojelli;
- Che occorre in questa sede rilevare la necessità di escludere l'operatore economico Apeiron dalla procedura di gara di cui in oggetto;
- Che, invero, la circostanza che la ditta ausiliaria Cooperativa MEGEA non sia una Cooperativa sociale di tipo B viola sia l'art. 112 d.lgs. 50/2016 sia la prescrizione della *lex specialis* che riserva la procedura di gara a quella categoria di operatori economici;

- Che risulta parimenti violata la norma di *lex specialis* che prescrive, quale requisito di idoneità professionale, l'iscrizione all'Albo Regionale delle Cooperative Sociali di tipo B);
- Che a tal fine si consideri che la Società Apeiron si troverebbe a svolgere il servizio *de quo* con mezzi, risorse, uomini e *know how* di un operatore economico (Coop. MEGEA) che non è una Cooperativa Sociale di tipo B;
- **Che basti osservare che dalla lettura del contratto di avvalimento la ausiliaria MEGEA mette a disposizione della Apeiron automezzi, attrezzature, risorse Umane (Cuochi, aiuti cuochi, refezioniste), forniture consulenza, assistenza HACCP;**
- **Che mettendo a disposizione le proprie unità di personale per lo svolgimento del servizio la MEGEA determina la completa elusione dell'art. 112 d.lgs. 50/2016 che riserverebbe l'esecuzione del servizio *de quo* al personale svantaggiato di cui si compongono le Cooperative Sociali di tipo B);**
- Che è dunque infondata la avversa tesi volta a qualificare l'avvalimento con la ditta Coop. MEGEA come mero avvalimento *di garanzia*;
- Che la elusione e violazione di legge generale e speciale è ancor più evidente se si considera che ai sensi dell'art. 89 D.lgs. 50/2016, "*l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati*";
- Che, oltretutto, sempre ai sensi dell'art. 89 comma 5 d.lgs. 50/2016 "*Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto*" e ciò significa che, in caso di inadempienza della Apeiron, sarebbe la ditta MEGEA (che non è cooperativa di tipo B)!) a dover garantire la corretta esecuzione del servizio *de quo*, con propri mezzi e personale;
- Che, in merito, anche l'ANAC ha già chiarito che "*nel caso di procedure rivolte alle sole cooperative sociali di tipo B, l'istituto dell'avvalimento possa essere utilizzato solo nel caso in cui si risolva nella possibilità di usufruire dei requisiti di soggetti compresi nel novero delle cooperative sociali stesse*" (ANAC Parere n. 218 del 10 Dicembre 2015 ma cfr. in termini TAR Lazio - Roma, 2[^] bis, n. 17762 del 15.6.2010);
- Che si sottolinea, inoltre, che la ditta *Apeiron* deve essere esclusa in quanto priva del requisito di idoneità professionale consistente nella iscrizione alla Camera di Commercio per attività inerenti il settore oggetto della gara;
- Che per consolidata giurisprudenza "*La scelta della stazione appaltante di richiedere l'iscrizione alla CCLAA per l'attività oggetto dell'appalto, al fine della dimostrazione della capacità tecnica e professionale delle imprese partecipanti alla gara, non può considerarsi immotivata o illogica, in aderenza al precedente di Cons. Stato, V, 19 febbraio 2003, n. 925: in effetti, l'iscrizione di cui trattasi appare finalizzata a dar atto dell'effettivo svolgimento di tale attività, laddove le indicazioni dell'oggetto sociale individuerebbero solamente i settori (potenzialmente illimitati) nei quali la stessa potrebbe astrattamente venire ad operare, senza però nulla dire sull'effettivo ed attuale svolgimento dell'attività*

stessa. Più nello specifico, deve convenirsi che l'attività per la quale l'impresa risulta iscritta al registro, deve essere identificata con quella qualificante dell'impresa nei confronti dei terzi, il che non può che riferirsi all'attività principale effettivamente svolta, ossia a quella che denota l'esperienza specifica dell'impresa nel relativo settore di attività (ex multis, Cons. Stato, V, 18 gennaio 2016 n. 120; IV, 2 dicembre 2013 n. 5729). Deve quindi convenirsi che l'individuazione ontologica della tipologia di azienda può avvenire solo attraverso l'attività principale o prevalente, in concreto espletata e documentata dall'iscrizione alla Camera di Commercio, non rilevando quanto riportato nell'oggetto sociale, che esprime soltanto ulteriori potenziali indirizzi operativi dell'azienda, non rilevanti ove non attivati (Cons. Stato, VI, 15 maggio 2015 n. 2486; III, 28 dicembre 2011 n. 6968; V, 19 febbraio 2003, n. 925; VI, 20 aprile 2009, n. 2380). L'oggetto sociale, in pratica, nulla dice sull'effettivo svolgimento dell'attività (ex multis, Cons. Stato, IV, 20 dicembre 2017, n. 5989; III, 10 agosto 2017 n. 3988)" (C.d.S., 5^, n. 2176 del 10.4.2018 ma cfr. in termini C.d.S. 4^, n. 5729 del 2.12.2013);

- Che nella specie la Apeiron ha come attività principale espletata presso la sede legale "Servizi socio sanitari ed educativi" che non hanno alcuna attinenza con la preparazione pasti e la refezione scolastica in generale;
- Che né, tantomeno, risulta attivato qualsivoglia Codice Attività ATECO relativo ai servizi di refezione scolastica, così che appare manifesta la insussistenza del detto requisito di idoneità professionale;
- Che a maggior prova del fatto che la Apeiron non svolge servizi di refezione scolastica basti osservare che, oltre a non avere attivato il relativo Codice ATECO, essa è dovuta ricorrere all'avvalimento con la ditta Coop. MEGEA in ordine alla dimostrazione del fatturato specifico;
- Che ne discende la manifesta illegittimità dell'eventuale ammissione della Apeiron al prosieguo delle operazioni di gara.

Tutto ciò premesso e considerato la scrivente Cooperativa, così come sopra rappresentata e difesa, formula espressa e formale

ISTANZA

Affinchè Codesta S.A. voglia definire il procedimento di cui in oggetto escludendo il concorrente Coop. Apeiron dal prosieguo delle operazioni di gara.

Resta inteso che, diversamente, non potrà evitarsi il ricorso alle competenti Autorità giudiziarie al fine di riportare la procedura di gara nell'alveo della legittimità.

Distinti saluti.

Avv. Luca Tozzi

