

Publicato il 01/06/2022

N. 04474/2022REG.PROV.COLL.
N. 10347/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10347 del 2021, proposto da Gesticom S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Romina Raponi e Cristian Malaguti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Unione dei Comuni Savena - Idice, Comune di Monghidoro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Federico Ventura, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

MWM S.r.l.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Pier Francesco Uselli e Lorenzo Di Gaudio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) n. 937 del 2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Unione dei Comuni Savena – Idice, del Comune di Monghidoro e di MWM S.r.l.s.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 maggio 2022 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Raponi, Ventura e Coletta, in dichiarata delega degli avvocati Uselli e Di Gaudio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Gesticom S.r.l. ha impugnato l'aggiudicazione a MWM S.r.l.s. della procedura aperta indetta dal comune di Monghidoro mediante la stazione unica appaltante dell'Unione dei Comuni Savena – Idice per l'affidamento della gestione in concessione per dodici anni del campeggio di proprietà comunale denominato “camping La Martina”, sito in via Ca' della Selva n. 3.

Il Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna ha respinto il ricorso con sentenza n. 937 del 2021, appellata da Gesticom S.r.l. per i seguenti motivi di gravame:

I) violazione e falsa applicazione di legge: art. 83, comma 1, lett. *a*), e comma 3, del d.lgs n. 50 del 2016 e art. 9, comma 1, lett. *c*), del disciplinare, artt. 3 e 97 della Costituzione; eccesso di potere per difetto del presupposto ed erronea valutazione e/o travisamento dei fatti, ingiustizia, difetto di istruttoria, sviamento di potere - motivazione carente o comunque incongrua e perplessa;

II) violazione e falsa applicazione di legge: art. 97, comma 3 e 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 e art. 18 del disciplinare - eccesso di potere ed erronea valutazione e/o travisamento dei fatti, ingiustizia, difetto di istruttoria, sviamento di potere, motivazione carente o comunque incongrua e perplessa;

III) violazione e falsa applicazione di legge: art. 95, comma 8 e 10 del d.lgs. n. 50 del 2016 e artt. 10 e ss. del disciplinare - eccesso di potere ed erronea valutazione e/o travisamento dei fatti, ingiustizia, difetto di istruttoria, sviamento di potere, motivazione carente o comunque incongrua e perplessa; IV) erroneità della sentenza in merito alla liquidazione delle spese legali in violazione dell'art. 26 c.p.a. e degli artt. 91, 92, 93, 94, 96 e 97 c.p.c.

L'appellante ha chiesto, altresì, la valutazione della sussistenza o meno dei presupposti per deferire la questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, per il pronunciamento di un principio di diritto in merito alla corretta applicazione e interpretazione dell'art. 83, comma 1, lett. a), e comma 3, d.lgs n. 50 del 2016, atteso il contrasto tra giudicati che si evincerebbe dalla sentenza impugnata.

Si sono costituiti per resistere all'appello l'Unione dei Comuni Savena - Idice, il Comune di Monghidoro e MWM S.r.l.s.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 19 maggio 2022 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da Gesticom S.r.l. contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna n. 937 del 2021 che ha respinto il suo ricorso per l'annullamento dell'aggiudicazione a MWM S.r.l.s. della procedura aperta per l'affidamento della gestione in concessione per dodici anni del campeggio di proprietà comunale denominato "camping La Martina", sito in via Ca' della Selva n. 3, in prossimità del "Parco La Martina", costituito da un complesso immobiliare completamente recintato comprendente una *reception*, una baita in legno adibita a zona ricreativa, due case mobili arredate di proprietà comunale, un fabbricato in muratura adibito a bagni, un prefabbricato adibito a bagni ed un fabbricato denominato "Casa del Parco" adibito a bar/ristorante.

Alla gara hanno partecipato solo i suddetti due concorrenti.

L'art. 9, comma 1, lett. *c)* del disciplinare di gara richiedeva, tra i requisiti di partecipazione, l'iscrizione alla Camera di Commercio per attività inerenti l'oggetto dell'appalto, in applicazione dell'art. 83, comma 1, lett. *a)* e 3 del d.lgs. n. 50 del 2016, che prevede l'iscrizione camerale tra i requisiti di idoneità professionale.

Con il primo motivo di gravame l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza per non avere accolto la censura con cui aveva evidenziato che la società MWM era stata creata appositamente per la partecipazione alla gara (era stata costituita il data 13 aprile 2021 ed iscritta alla Camera di Commercio il 15 aprile 2021), era inattiva alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte (29 aprile 2021), e lo è rimasta almeno sino all'aggiudicazione della gara e per questo andava esclusa. Ai fini della dimostrazione di un'idonea capacità professionale non basterebbe, infatti, la mera dimostrazione dell'iscrizione formale alla Camera di commercio, dovendo i concorrenti essere forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico, senza che rilevi quanto riportato nell'oggetto sociale indicato nell'atto costitutivo o nello statuto societario, che esprimerebbe soltanto potenziali indirizzi operativi, non rilevanti ove l'attività non risulti attivata.

Con la seconda censura l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza atteso che, pur essendo nota l'obbligatorietà della verifica di anomalia solo quando le offerte sono superiori a tre, ai sensi dell'art. 97, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, nel caso di specie detta verifica sarebbe stata comunque necessaria alla luce del comma 6 della stessa disposizione normativa, atteso che la controinteressata, avendo ottenuto 80 punti per l'offerta tecnica e 20 per quella economica, aveva di gran lunga superato la soglia di anomalia, ai sensi dell'art. 97, comma 3, del codice degli appalti, che era di 64 quanto all'offerta tecnica e 16 per l'offerta economica.

Con il terzo e il quarto motivo di gravame l'appellante ha contestato il punteggio attribuito alle offerte tecniche delle due concorrenti sotto plurimi profili, nonché il capo della sentenza sulla condanna alle spese, formulando, infine, domanda di rimessione all'adunanza plenaria al fine di ottenere un pronunciamento di un principio di diritto in merito alla corretta applicazione e interpretazione dell'art. 83, comma 1, lett. a), e comma 3, del d.lgs n. 50 del 2016, atteso il contrasto tra giudicati che si evincerebbe dalla sentenza impugnata.

Per la stazione appaltante, l'intenzione chiara e voluta che risultava dalla *lex specialis* di gara era quella di aprire la concorrenza anche a imprese cosiddette "start up"; la stessa ha previsto, invero, che partecipassero anche operatori economici neocostituiti e per di più in assenza di specifici requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa, ma dotati degli specifici requisiti di professionalità, in considerazione sia del modico valore e della semplice esecuzione dell'affidamento, che consisteva nella mera gestione di un *camping*, che della poca appetibilità della commessa, atteso che il campeggio è situato in zona appenninica, molto remota e non turistica. Se la stazione appaltante avesse operato prevedendo nel disciplinare l'esclusione per le imprese iscritte alla CCIAA ma inattive, Gesticom sarebbe stata l'unica concorrente, arrivando a vincere la competizione per mera presenza. Il fatto che alla gara abbiano partecipato solo in due costituirebbe la dimostrazione che l'affidamento non ha poi una così grande appetibilità nel mercato. Richiedere l'attivazione dell'attività sin dall'inizio della procedura sarebbe stato, quindi, discriminatorio proprio per le imprese, come il concorrente odierno controinteressato, che avessero voluto costituirsi per l'affidamento in questione, dando inizio ad una nuova attività.

MWM S.r.l.s. ha contestato le censure dell'appellante con argomentazioni, nella sostanza, analoghe a quelle della stazione appaltante, riproponendo, in via preliminare, la sola eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per intervenuta decadenza, ai sensi del combinato disposto degli artt. 35,

comma 1, lett. a), 39, comma 2, e 41, comma 2, c.p.a., in ragione dell'inesistenza della notifica al controinteressato, atteso che originariamente la notifica del ricorso era stata effettuata nei termini ma nei confronti di altra società, e solo in seguito all'ordine di rinnovazione del Tar, oltre i 30 giorni e, dunque, tardivamente, all'effettiva controinteressata.

Invero, dalla documentazione versata in atti risulta che, inizialmente, la notifica del ricorso si è perfezionata nei confronti della stazione appaltante e di MWM S.r.l., società identica nel nominativo, ma a responsabilità limitata, e non, come l'odierna appellata, società a responsabilità limitata semplificata (S.r.l. invece che S.r.l.s.).

La notifica è stata, successivamente alla scadenza del termine di decadenza, perfezionata nei confronti di MWM S.r.l.s.

L'eccezione è da disattendere, alla luce della pronuncia della Corte costituzionale 9 luglio 2021, n. 148, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 44, comma 4, c.p.a., limitatamente alla locuzione “se ritiene che l'esito negativo della notificazione dipenda da causa non imputabile al notificante”. Ad avviso della Corte, infatti “Se, dunque, le forme degli atti processuali non sono "fine a se stesse", ma sono funzionali alla migliore qualità della decisione di merito (sentenza n. 77 del 2007), essendo deputate al conseguimento di un determinato scopo, coincidente con la funzione che il singolo atto è destinato ad assolvere nell'ambito del processo, la limitazione, posta dall'art. 44, comma 4, cod. proc. amm., della rinnovazione della notificazione del ricorso alle sole ipotesi in cui la nullità non sia imputabile al notificante non risulta proporzionata agli effetti che ne derivano, tanto più che essa non è posta a presidio di alcuno specifico interesse che non sia già tutelato dalla previsione del termine di decadenza”; ... “Inoltre, tale limitazione, ogni volta che l'accertamento della nullità interviene dopo lo spirare di detto termine - e, quindi, particolarmente nell'azione di annullamento, data la brevità dello stesso - comporta la perdita

definitiva della possibilità di ottenere una pronuncia giurisdizionale di merito, con grave compromissione del diritto di agire in giudizio”.

Nel merito, l'appello è fondato con riferimento al primo motivo di appello, assorbente, con cui Gesticom ha dedotto l'erroneità della sentenza appellata per aver ritenuto infondato il corrispondente motivo del ricorso di primo grado concernente la carenza del requisito di ordine professionale in capo all'aggiudicataria MWM.

L'art. 9 del disciplinare di gara, con riferimento ai requisiti di partecipazione alla gara, così disponeva:

“Sono ammessi a partecipare gli operatori economici di cui all'art 45 del D.Lgs. 50/2016, in forma singola o associata, che siano in possesso dei seguenti requisiti:

- a) assenza di cause di esclusione previste dall'art. 80 del del D.Lgs. 50/2016;
- b) assenza di divieto a contrarre di cui all'art. 53 comma 16 ter del D.Lgs n. 165/2001;
- c) iscrizione alla Camera di Commercio (registro Imprese) per attività coerenti con quelle oggetto dell'affidamento oppure nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato per attività coerenti con quelle oggetto della presente procedura di gara. Il concorrente non stabilito in Italia ma in altro Stato Membro o in uno dei Paesi di cui all'art. 83, comma 3 del Codice, presenta dichiarazione giurata o secondo le modalità vigenti nello Stato nel quale è stabilito;

Si ricorda che l'aggiudicatario deve essere in possesso dei requisiti morali e professionali prescritti per l'esercizio di attività di somministrazione alimenti e bevande dall'art. 71 comma D.Lgs n. 59/2010 e dalla L.R. 16/2004 e s.m.i..

I requisiti richiesti devono essere posseduti dall'operatore economico partecipante alla gara al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte e devono perdurare per tutto lo svolgimento della procedura di affidamento.

I requisiti previsti sono comprovati mediante dichiarazione sostitutiva sottoscritta ai sensi del D.P.R. n. 445/2000; la documentazione probatoria a conferma di quanto dichiarato in sede di gara sarà richiesta al solo concorrente aggiudicatario”.

Il disciplinare, dunque, con riferimento alla richiesta di iscrizione alla Camera di Commercio, riprendeva, sostanzialmente, le previsioni di cui all’art. 83, comma 1, lett. a), e comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, in ordine ai requisiti di professionalità.

Per la sentenza appellata è sufficiente, ai fini del possesso del requisito, la sola iscrizione alla Camera di Commercio, dunque la mera possibilità di esercitare in astratto detta attività in quanto ricompresa tra quelle elencate nell'oggetto sociale, in quanto *“si tratta di gestire un campeggio in zona appenninica, non facilmente raggiungibile, e la stazione appaltante ha scientemente inteso consentire l’accesso alla competizione anche alle imprese neo-costituite, con requisiti di partecipazione non troppo onerosi. L’attività non è particolarmente complessa (fatto incontestato) e l’unica prescrizione investe i requisiti per la somministrazione di alimenti e bevande, essendo prevista la gestione di un bar”*.

Il Collegio non condivide le suddette statuizioni, atteso che, come dedotto dall’appellante, la dimostrazione dell’iscrizione alla Camera di Commercio per una definita attività (oggetto dell'affidamento) vuol significare che, attraverso la certificazione camerale, deve accertarsi il concreto ed effettivo svolgimento, da parte della concorrente, di una determinata attività, adeguata e direttamente riferibile al servizio da svolgere e che attività effettivamente esercitata ed oggetto sociale non possono essere considerati come concetti coincidenti.

Ciò è stato affermato, con orientamento pressoché costante, dalla giurisprudenza amministrativa (sin da Cons. Stato, V, 19 febbraio 2003, n. 925), essendo noto che *“la funzione della prescrizione della lex specialis della gara, con la quale si richiede ai concorrenti, ai fini della partecipazione, l’iscrizione alla Camera di Commercio (sia nel regime previgente ove era*

prevista dall'art. 39, comma 1, del codice dei contratti pubblici tra i requisiti idonei a dimostrare la capacità tecnica e professionale dell'impresa, sia, e ancor più, nell'impianto del nuovo Codice dei contratti pubblici, ove è assurda, con la previsione di cui all'art. 83 comma 1, lett. a del D.lgs. n. 50 del 2016, a requisito di idoneità professionale, anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara, di cui alle successive lettere b) e c) del medesimo comma) è finalizzata a selezionare ditte che abbiano una esperienza specifica nel settore interessato dall'appalto.

Quando tale prescrizione si specifica nel senso che occorre dimostrare l'iscrizione per una definita attività (oggetto dell'affidamento), ciò significa che, attraverso la certificazione camerale, deve accertarsi il concreto ed effettivo svolgimento, da parte della concorrente, di una determinata attività, adeguata e direttamente riferibile al servizio da svolgere” (cfr., fra le tante, Cons. Stato, V, 18 gennaio 2021, n. 508).

Il che esclude la possibilità di prendere in considerazione imprese la cui attività non sia stata ancora attivata, come, peraltro, evidenziato da una giurisprudenza altrettanto uniforme che avverte, altresì, che ai fini in discussione non può giovare il fatto della mera contemplazione di un'attività nell'oggetto sociale, il quale esprime solo la misura della capacità di agire della società interessata, indicando i settori - invero, potenzialmente illimitati - nei quali la stessa potrebbe in astratto operare, e che, così facendo, indica degli ambiti operativi che devono reputarsi non rilevanti ove non effettivamente attivati (cfr. Cons. di Giust. Amm., 26 marzo 2020, n. 213; Cons. Stato, V, 10 aprile 2018, n. 2176; VI, 15 maggio 2015, n. 2486; III, 28 dicembre 2011, n. 6968; VI, 20 aprile 2009, n. 2380; V, 19 febbraio 2003, n. 925).

Tale orientamento mette, dunque, in evidenza che l'affidabilità dell'impresa è strettamente connessa alla sua attivazione.

Nella fattispecie in questione risulta che la società MWM è stata costituita appositamente per la partecipazione alla gara (è stata costituita il 13 aprile

2021 ed iscritta alla Camera di Commercio il 15 aprile 2021), era inattiva alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte (29 aprile 2021), e lo è rimasta almeno sino all'aggiudicazione della gara, e per questo andava esclusa, in applicazione delle succitate pronunce di questo Consiglio.

Non risulta, quindi, dirimente, come invece affermato dalla difesa di MWM S.r.l.s., accertare se la *lex specialis* avesse o meno previsto espressamente il requisito dell'attività delle imprese concorrenti al fine di consentire la partecipazione alla gara pubblica, in ragione, come allegato anche dalla stazione appaltante, dell'intenzione di aprire la concorrenza anche a imprese cosiddette "start up".

Il Collegio ritiene, invece, che la prospettiva vada rovesciata, atteso che, in considerazione della *ratio* sottesa alla previsione dei requisiti di professionalità, che consiste nell'accertare l'effettiva affidabilità dell'operatore economico, le motivazioni volte a favorire l'ingresso nel mercato delle imprese cosiddette "start-up" andavano esplicitate nella *lex specialis* di gara mediante l'espressa previsione secondo cui l'operatore economico obbligatoriamente iscritto alla Camera di Commercio avrebbe potuto anche non essere attivo, e, cioè, non esercitare ancora l'attività al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte, potendo attivarsi in seguito, nel caso di aggiudicazione, prima dell'esecuzione delle prestazioni. E, nella specie, tale espressa previsione non sussiste, risultandone, dunque, obbligata l'interpretazione della legge di gara secondo la *ratio* chiarita dalla succitata e consolidata giurisprudenza amministrativa.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di primo grado, con il conseguente obbligo dell'amministrazione di reintegrare l'appellante nell'affidamento della gestione del campeggio per il periodo previsto dal bando.

Sussistono, tuttavia, in considerazione delle peculiarità della presente controversia, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti

delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Alberto Urso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Massimo Santini, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO