

N. 10974/2023REG.PROV.COLL.

N. 00897/2023 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 897 del 2023, proposto da Dm Technology S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Caposele, Asmel Consortile Soc. Cons. A R.L., non costituiti in giudizio;

nei confronti

Ecological Systems S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Maria Fucci, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Flavia De Bartolomeo, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza 20 gennaio 2023, n. 137, del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, Sezione Prima

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ecological Systems S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2023 il Cons. Vincenzo Lopilato, uditi per le parti gli avvocati e viste le conclusioni delle parti come da verbale.

FATTO

1.- Il Comune di Caposele, con bando di gara pubblicato il 19 maggio 2022, ha indetto una procedura per l'affidamento, per cinque anni, del servizio di raccolta, trasporto e recupero di rifiuti solidi urbani e dei servizi di igiene urbana, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo posto a base d'asta di euro 2.224.196,68.

L'appalto è stato aggiudicato, con determinazione del 3 agosto 2022, n. 414, alla DM Technology s.r.l. (d'ora innanzi solo Dmt). Al secondo posto si è collocata la Ecological Systems s.r.l.

2.- Quest'ultima ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione con ricorso proposto innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania. In particolare, quale principale censura, è stata dedotta la mancanza, in capo all'aggiudicataria, del requisito di idoneità professionale, risultando iscritta presso la Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura per lo svolgimento, quale

attività prevalente, di «*autofficina meccatronica, carrozzeria e gommista*», in contrasto con la previsione, imposta a pena di esclusione dal disciplinare di gara, di essere iscritta «*per attività coerenti con quelle oggetto*» della procedura di gara.

3.- Il Tribunale amministrativo, con sentenza 20 gennaio 2023, n. 137, ha accolto il ricorso, ritenendo fondato il motivo proposto.

4.- La parte resistente in primo grado ha proposto appello, per i motivi riportati nella parte in diritto.

5.- Si è costituita in giudizio la ricorrente di primo grado, chiedendo il rigetto dell'appello.

6.- La causa è stata decisa all'esito dell'udienza del 28 settembre 2023.

DIRITTO

1.- La questione posta all'esame del Collegio attiene alla legittimità del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto, descritto nella parte in fatto, in favore di Dmt, essendo contestato il possesso del requisito di idoneità professionale richiesto.

2.- L'appello non è fondato.

3.- Con un primo motivo, l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto mancante in capo ad essa il requisito di idoneità professionale per le seguenti ragioni:

- la società è stata costituita in data 15 gennaio 2020 per l'iniziale svolgimento di attività di autofficina, carrozzeria e trasporto merci;

- in data 17 novembre 2021, la società ha acquisito l'iscrizione all'albo nazionale gestori ambientali e, conseguentemente, ha modificato lo statuto includendo nell'oggetto sociale l'attività di raccolta e trasporto rifiuti;

- il conseguente aggiornamento del certificato camerale del 17 dicembre 2021 *«non poteva (ancora) indicare l'attività di raccolta e trasporto rifiuti quale "attività prevalente" (...) essendo il concreto avvio del servizio di raccolta e trasporto rifiuti subordinato alla previa aggiudicazione di uno (o più) appalti pubblici»;*

- in data 2 agosto 2022, Dmt ha provveduto ad aggiornare il proprio certificato camerale, indicando, quale *«attività prevalentemente esercitata»* quella di raccolta e trasporto di rifiuti.

Nella prospettiva dell'appellante, dall'analisi dell'iscrizione camerale risulterebbe dimostrata la sussistenza "sostanziale" del requisito di idoneità professionale richiesto. Si assume che il primo giudice, richiedendo l'effettivo svolgimento dell'attività, avrebbe in maniera illegittima sovrapposto i requisiti speciali di partecipazione e quelli di idoneità professionale, con pregiudizio delle imprese di nuova costituzione.

Il motivo non è fondato.

L'art. 83, commi 1 e 3, del decreto legislativo 1° aprile 2016, n. 50, applicabile *ratione temporis*, in attuazione dell'art. 58, comma 2, della direttiva europea n. 24 del 2014, prevedeva che, ai fini della sussistenza del requisito di idoneità professionale, *«i concorrenti alle gare, se cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in Italia, devono essere iscritti nel registro della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali».*

Il nuovo Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36) disciplina tale requisito all'art. 100.

L'art. 6 del disciplinare di gara dispone che *«i concorrenti, a pena di esclusione, devono essere in possesso dei requisiti»* di idoneità professionale e, dunque, della *«iscrizione nel registro tenuto dalla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura oppure nel registro delle*

commissioni provinciali per l'artigianato per attività coerenti con quelle oggetto» della procedura di gara.

L'iscrizione presso la Camera di commercio riguarda il profilo soggettivo dell'imprenditore ed assolve, tra l'altro, alla funzione di pubblicità di tale qualificazione soggettiva, attestando l'idoneità allo svolgimento della relativa attività, in quanto presso la Camera di commercio è istituito l'ufficio del registro delle imprese di cui all'articolo 2188 del codice civile (art. 8 della legge 29 dicembre 1993, n. 580).

Le norme di legge e la previsione della *lex specialis* sono chiare nel richiedere, ai fini della dimostrazione dell'idoneità professionale, la suddetta iscrizione.

L'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa è nel senso 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»* (Cons. Stato, sez. V, 1° giugno 2022, n. 4474).

Nella specie, l'appellante non ha dimostrato la sussistenza del concreto ed effettivo svolgimento dell'attività, proprio in quanto ciò sarebbe potuto avvenire, per la stessa ammissione della parte, solo a seguito dell'aggiudicazione del presente appalto.

La Sezione rileva come, in ogni caso, anche a non volere aderire a quest'ultimo orientamento, avendo riguardo alla stessa ricostruzione dei fatti svolta dall'appellante, quest'ultima, al momento della presentazione della domanda, non aveva neanche il requisito di iscrizione. In particolare, non risulta che l'appellante, quando ha partecipato alla gara, fosse iscritta presso la Camera di commercio per l'attività coerente con l'oggetto dell'appalto.

Né varrebbe fare riferimento alla iscrizione all'albo nazionale gestori nazionale, essendo, con evidenza, una iscrizione diversa da quella richiesta, come dimostra

anche la circostanza che la *lex specialis* richiede anche tale requisito. È bene precisare che il precedente di questa Sezione (sentenza 24 marzo 2023, n. 3007), richiamato nella memoria difensiva dell'appellante, non è pertinente, riguardando una fattispecie diversa.

Né ancora varrebbe fare riferimento alla modifica dell'oggetto sociale, in quanto, anche in questo caso, deve rilevarsi come non sia sufficiente la sua astratta modifica, occorrendo, si ribadisce, la prova dell'avvenuta iscrizione.

Né, infine, potrebbe rilevarsi, come fa l'appellante, che richiedere l'iscrizione presso la Camera di commercio nei sensi sin qui indicati significherebbe pregiudicare le imprese di nuova costituzione che intendono iniziare lo svolgimento di una determinata attività. Ciò in quanto ai fini della iscrizione è sufficiente indicare che si intende svolgere tale attività, fermi i successivi controlli in ordine alla effettiva attuazione della dichiarazione resa.

Quanto esposto non implica una inammissibile sovrapposizione tra requisito di idoneità professionale e requisiti speciali di capacità economica-finanziaria e tecnica-finanziaria. Il primo, infatti, attiene ad una valutazione di idoneità professionale che si dimostra con la sola iscrizione camerale, senza possibilità di ricorrere all'avvalimento. I secondi, invece, attengono alla capacità di realizzare l'appalto.

4.- Con un secondo motivo si assume l'erroneità della sentenza nella parte in cui non ha ritenuto nulla la clausola del disciplinare, in quanto la stessa precluderebbe la partecipazione alle gare alle imprese di recente costituzione.

Il motivo non è fondato.

L'art. 83, comma 6, del Codice del 2016, applicabile *ratione temporis*, prevede il principio di tassatività delle cause di esclusione, con conseguente nullità parziale

della clausola della *lex specialis* che introduca una causa di partecipazione non contemplata dal Codice stesso.

Il Codice del 2023 contiene la disciplina di tale principio all'art. 10, prevedendo che «*le cause di esclusione*» automatiche e non automatiche di cui agli articoli 94 e 95 «*sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito*», con l'aggiunta che le «*cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte*».

Nella specie, è sufficiente rilevare che la clausola in esame si è limitata a prevedere un requisito di partecipazione previsto dal Codice, con conseguente validità della stessa. Peraltro non sussistono dubbi in ordine alla compatibilità dell'ordinamento nazionale con quello europeo perché è proprio il citato art. 58, comma 2, della direttiva n. 24 del 2014 a prevedere tra i requisiti di partecipazione alle gare i requisiti di idoneità professionale, tenendoli distinti dai requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali.

5. - La particolarità della questione giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando:

- a) rigetta l'appello proposto con il ricorso indicato in epigrafe;
- b) dichiara integralmente compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Neri, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

Luca Lamberti, Consigliere

Michele Conforti, Consigliere

Luca Monteferrante, Consigliere

L'ESTENSORE
Vincenzo Lopilato

IL PRESIDENTE
Vincenzo Neri

IL SEGRETARIO