

DELIBERA N. 527

7 luglio 2021.

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società MAPI Srl – Concessione dell'immobile comunale denominato 'Perla del Tirreno' ad uso di stabilimento balneare e relativo arenile – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 268.000,00 – S.A.: Città di Santa Marinella-Città Metropolitana di Roma Capitale.

PREC 138/2021/S

Riferimenti normativi

Art. 83 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Gestione stabilimento balneare – Iscrizione camerale per le attività oggetto di affidamento – Requisito di idoneità – Confronto tra risultanze descrittive del certificato camerale e oggetto del contratto di appalto – Attività principale – Assenza previsione requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria.

Massima

Non massimabile

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 7 luglio 2021



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0039025 del 13.5.2021, con la quale la MAPI Srl contesta l'esclusione dalla gara in oggetto disposta dalla Stazione appaltante *«poiché la visura dell'iscrizione presso la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Torino non riporta espressa indicazione dell'oggetto sociale della gestione di stabilimenti balneari come prescritto dal bando di gara»;*

CONSIDERATO, più specificamente, che la società istante ritiene illegittimo il provvedimento di esclusione atteso che *«Nell'oggetto sociale di Mapi si legge: "gestione sia diretta che indiretta di alberghi, ristoranti, tavole calde, bar, motels, residences, campings, centri congressi, centri salute e relax, di strutture in genere per l'ospitalità, il turismo, l'intrattenimento, la ristorazione, nonché collaterali o complementari quali: drugstores, esercizi commerciali, ateliers, agenzie, attività in genere a servizio della clientela". Ebbene, tale dicitura non può che essere catalogata in termini di genus della species "gestione di stabilimenti balneari", essendo ricompreso nel più il meno. [...] Nel caso de quo, la gestione specifica richiesta, ovverosia quella relativa agli stabilimenti balneari, può considerarsi attività coerente con quelle menzionate in sede di oggetto sociale della Mapi. Onde per cui la puntuale menzione nell'oggetto sociale medesimo non può annoverarsi nell'ambito degli elementi essenziali in mancanza dei quali la partecipazione alla gara è definitivamente compromessa. Non può quindi considerarsi causa escludente. Sicchè, la esclusione è frutto di un palese travisamento dei presupposti di fatto, oltre che di diritto, dal quale è derivata, di conseguenza, una carenza motivazionale dell'esclusione medesima – si ripete, fondata unicamente sulla assenza della menzione specifica in sede di oggetto sociale»;*

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 1.6.2021;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO che il Bando di gara prevede come requisito di idoneità professionale e capacità finanziaria ed economica la *«iscrizione alla C.C.I.A.A da almeno tre anni con espressa indicazione nell'oggetto sociale della gestione di stabilimenti balneari»;*

CONSIDERATO che la giurisprudenza ha chiarito, con orientamento pressoché costante (sin da Cons. di Stato, V, 19 febbraio 2003, n. 925), che oggetto sociale e attività effettivamente esercitata non possono essere considerati come concetti coincidenti e che è 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 (nell'impianto del nuovo Codice dei contratti pubblici con la previsione di cui all'art. 83 comma 1, lett. a) del D.lgs. n. 50 del 2016, tale iscrizione è assunta 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;

CONSIDERATO che un costante indirizzo giurisprudenziale ritiene 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) ed infatti, ai sensi dell'art. 2193 c.c. ("Efficacia dell'iscrizione") *"I fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione, se non sono stati iscritti, non possono essere opposti ai*



terzi da chi è obbligato a richiederne l'iscrizione, a meno che questi provi che i terzi ne abbiano avuto conoscenza”;

RILEVATO che la giurisprudenza ha, dunque, affermato 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 indicato nell'atto costitutivo e nello statuto, che esprime soltanto ulteriori potenziali indirizzi operativi dell'azienda – per vero, potenzialmente illimitati – 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);

CONSIDERATO tutto quanto premesso e alla luce dei riportati principi giurisprudenziali sull'interpretazione della disciplina normativa applicabile, che risulta decisivo esaminare la natura e la qualità delle prestazioni dedotte nell'affidamento *de quo* e la relazione nella quale queste si pongono rispetto ai richiesti requisiti di idoneità professionale, per poi raffrontarle con le risultanze del certificato camerale dell'appellata;

RILEVATO che oggetto dell'affidamento è la concessione della gestione dell'immobile comunale denominato 'Perla del Tirreno' ad uso di stabilimento balneare e relativi spazi demaniali e che l'unico requisito richiesto per la dimostrazione delle capacità tecnica, professionale ed economico-finanziaria degli operatori economici interessati a partecipare alla selezione è, appunto, l'iscrizione alla C.C.I.A.A da almeno tre anni con espressa indicazione nell'oggetto sociale della gestione di stabilimenti balneari;

RILEVATO, altresì, che, come evidenziato dalla stessa società istante, l'oggetto sociale risultante dall'iscrizione camerale, sebbene abiliti l'impresa ad operare in settori affini a quello cui le prestazioni oggetto di affidamento si riferiscono, non attesta, di per sé, alcun effettivo svolgimento dell'attività stessa e rilevato che l'attività principale che emerge dalla visura camerale è quella della gestione alberghiera;

RITENUTO necessario precisare – preliminarmente – che la richiesta dei requisiti, così come formulata nel bando di gara, è del tutto generica ed idonea a dimostrare la capacità tecnica, professionale ed economico-finanziaria degli operatori economici partecipanti alla procedura di gara (per inciso non si fa riferimento a nessuna delle modalità previste dall'art. 83 del Codice), atteso che l'iscrizione camerale integra unicamente il requisito di idoneità professionale, che costituisce solo un *prius* logico e giuridico ai fini dell'ammissione alla partecipazione, mentre è attraverso la richiesta di specifici requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria, di cui al combinato disposto dei commi 1, lett. b) e c), 2, 4 e 6 dell'art. 83, che l'Amministrazione committente si assicura la partecipazione dei soli operatori economici con un determinato grado di esperienza e qualificazione professionale (il cui livello minimo ai fini della partecipazione è oggetto di valutazione tecnico-discrezionale della S.A.);

RITENUTO, pertanto, che la Stazione appaltante dovrebbe innanzitutto provvedere ad integrare i requisiti richiesti ai fini della partecipazione con la previsione di idonei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria congrui e proporzionati al servizio oggetto di affidamento;

RITENUTO, in merito allo specifico quesito oggetto del presente parere, che, se per un verso si concorda con l'indirizzo giurisprudenziale, citato anche dalla parte istante, secondo cui *«La congruenza contenutistica che deve sussistere tra le risultanze descrittive del certificato camerale e l'oggetto del contratto d'appalto non deve tradursi in una perfetta ed assoluta sovrapponibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento, ma va appurata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica*



della richiesta idoneità professionale e, quindi, in virtù di una considerazione non già atomistica e frazionata, bensì globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto», per l'altro verso tale valutazione globale e in concreto non può essere esercitata quando, come nel caso di specie, non siano stati previsti altri più specifici e adeguati requisiti per filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico, con l'inevitabile conseguenza che l'unico criterio, pur insufficiente, individuato non può che essere applicato in modo rigido, letterale e senza possibilità di interpretazioni estensive o comunque più sfumate; e ciò anche per evitare che la valutazione circa la menzionata "congruenza contenutistica tra le risultanze descrittive del certificato camerale e l'oggetto del contratto d'appalto" diventi del tutto arbitraria, finendo per violare i principi di imparzialità, parità di trattamento e proporzionalità,

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che:

- l'iscrizione alla CCIAA con espressa indicazione nell'oggetto sociale dell'attività oggetto di affidamento costituisca solo un requisito di idoneità e non sia sufficiente per attestare le capacità tecnico-organizzative ed economico-finanziarie minime ritenute indispensabili per garantire la corretta esecuzione del servizio *de quo*;
- limitando la valutazione al solo requisito richiesto per la partecipazione, l'esclusione della società istante dalla gara sia conforme alle previsioni della *lex specialis* e alle disposizioni normative in materia di requisiti di idoneità professionale.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 luglio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente