

L'iscrizione camerale è un requisito di idoneità professionale: non può chiedersi per un certo periodo di tempo

di Ludovico Astengo

Data di pubblicazione: 19-4-2023

(...) la clausola de qua (che richiede ai concorrenti un requisito puramente formale, quale quello di "essere iscritti al registro delle imprese della C.C.I.A.A. per la specifica attività oggetto dell'appalto da almeno tre anni") viola il combinato disposto dei commi 3 e 8 dell'art. 83 d.lgs. n. 50 del 2016, giacché da un lato il comma 3 richiede, con riferimento ai requisiti di idoneità professionale, esclusivamente l'attualità dell'iscrizione al registro delle imprese, dall'altro il comma 8 stabilisce la nullità delle previsioni della lex specialis che introducano requisiti di partecipazione ulteriori rispetto a quelli fissati dalla legge.

GUIDA ALLA LETTURA

La controversia sorge nell'ambito della procedura di affidamento del servizio di "gestione quinquennale del servizio integrato dei rifiuti solidi urbani e assimilati e di igiene urbana" bandito a favore di un Comune di piccole dimensioni. Uno dei concorrenti viene escluso perché privo di un requisito di idoneità professionale, ossia l'iscrizione nel registro delle imprese da almeno 3 anni.

All'esito dell'accoglimento del ricorso di primo grado insorge quella che altrimenti sarebbe stata aggiudicataria del servizio, manifestando così un legittimo interesse ad agire, cioè l'utilità concreta perseguita con l'impugnazione.

Il Consiglio di Stato tuttavia dichiara l'impugnazione **infondata** confermando le statuizioni di prime cure che già avevano osservando come *"introdurre un tempo minimo di iscrizione al registro delle imprese, attribuendo a tale elemento una portata escludente, equivale a prevedere una causa di esclusione non prevista dalla legge con conseguente applicazione della nullità di cui all'art. 83 co. 8 c.c.p., ultimo periodo"*. In altri termini entra in gioco il **principio di tassatività delle cause di esclusione**.

In effetti – osserva la sentenza di primo grado – la norma citata prevede al comma terzo *"con riferimento ai requisiti di idoneità professionale, esclusivamente l'attualità dell'iscrizione al registro delle imprese"* mentre, al comma ottavo, *"la nullità delle previsioni della lex specialis che introducano requisiti di partecipazione ulteriori rispetto a quelli fissati dalla legge"*.

La questione, di per sé priva di dubbi interpretativi, nasconde in realtà una probabile confusione della Stazione Appaltante **tra requisiti di idoneità professionale e di capacità tecnico-professionale**.

L'idoneità professionale – ai sensi del comma terzo dell'art. 83 D. Lgs. 50/2016 – consiste nel possesso da parte dell'impresa di uno *status* conforme all'oggetto della gara e si accerta tramite l'iscrizione nel registro delle imprese. La certificazione camerale difatti attesta *“il concreto ed effettivo svolgimento, da parte della concorrente, di una determinata attività, adeguata e direttamente riferibile al servizio da svolgere”* (Consiglio di Stato, Sez. V n. 657/2023). Si tratta di una verifica logicamente preordinata a quella relativa alle capacità, dunque di un “pre-requisito” verificabile *per tabulas* tramite la produzione del certificato.

La capacità tecnico-professionale, per contro, si risolve nel possesso delle risorse umane e tecniche e dell'esperienza necessarie per eseguire l'appalto nel rispetto di adeguati *standard* di qualità. E' in questo campo che rientra, di regola, la verifica di **analoghe esperienze pregresse**.

In ultima analisi (e in disparte l'annosa questione relativa alla riconduzione di tale requisito alle capacità economico-finanziarie piuttosto che tecnico-professionali), richiedere il possesso dell'iscrizione camerale per un certo periodo di tempo da un lato viola il principio di tassatività dell'art. 83.8 D. Lgs. 50/2016 ma dall'altro tradisce l'intenzione della Stazione Appaltante di **valorizzare il requisito esperienziale**. Sarebbe stato forse più opportuno tenere separati i due requisiti - quello di iscrizione e quello dell'esperienza pregressa - per evitare la dichiarazione giudiziale di nullità della clausola.

REBBICA ITALIANA

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 526 del 2023, proposto dalla società Lavorgna s.r.l.

unipersonale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Verdicchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ed il Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliati *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;
il Comune di Sant'Agata dei Goti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

nei confronti

della società Dm Technology s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Ottava) n. 7812 del 15 dicembre 2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, del Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata e della società Dm Technology s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 marzo 2023 il Cons. Luca Lamberti e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società D.M. Technology s.r.l. ha impugnato avanti il T.a.r. per la Campania il provvedimento del 17 novembre 2022, con cui è stata esclusa dalla procedura di gara per l'affidamento "*della gestione quinquennale del servizio integrato dei rifiuti solidi urbani e assimilati e di igiene urbana nel Comune di Sant'Agata de' Goti*" indetta in data 6 maggio 2022

dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti per conto di tale Comune, in quanto:

- l'iscrizione al registro delle imprese per l'attività di cui all'appalto non risale ad almeno tre anni addietro, come previsto dalla *lex specialis*;
- *“la data di inizio dell'attività di raccolta e trasporto solidi e urbani risulta successiva alla data di partecipazione alla procedura in parola ovvero il 02/08/2022”*.

1.1. La società ha sostenuto, nel ricorso, che:

- il requisito della risalenza dell'iscrizione nel registro delle imprese sarebbe nullo, in quanto in violazione dell'art. 83, commi 3 e 8, d.lgs. n. 50 del 2016 (principio di tassatività delle cause di esclusione);
- l'attività di raccolta e trasporto dei rifiuti sarebbe stata indicata nell'oggetto sociale sin da epoca anteriore all'indizione della gara, sia pure non come *“attività prevalente”*, tale essendo diventata in data 2 agosto 2022.

2. Con la sentenza indicata in epigrafe il T.a.r. ha accolto il ricorso (annullando il provvedimento di esclusione), sostenendo che:

l) giacché la disposizione dell'art. 83, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016 “prevede espressamente che rilevi la mera iscrizione al registro delle imprese ..., senza alcun riferimento alla durata dell'iscrizione medesima”, la clausola della lex specialis che prevede, quale requisito di idoneità professionale, un'anzianità minima di tale iscrizione di almeno tre anni sarebbe nulla ai sensi dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, con conseguente esclusione dell'onere di immediata impugnazione, posto che:

ia) “ragionare diversamente indurrebbe a una indebita sovrapposizione tra i requisiti di idoneità professionale e quelli di capacità tecnica ed economica”;

ib) “introdurre un tempo minimo di iscrizione al registro delle imprese, attribuendo a tale elemento una portata escludente, equivale a prevedere una causa di esclusione non prevista dalla legge con conseguente applicazione della nullità di cui all'art. 83 co. 8 c.c.p., ultimo periodo”;

ii) benché dalla visura camerale emerga che “l'attività (primaria) esercitata presso la sede principale sia stata quella di raccolta e trasporto rifiuti solo a partire dal 2.8.2022, data successiva al termine per presentare le offerte, scaduto in data 10.6.2022”, nondimeno “la circostanza in esame non è suscettibile di essere valorizzata in senso escludente. La visura storica in atti dimostra, infatti, che l'attività principale dell'impresa sia stata sin dal principio quella di raccolta di rifiuti, attività per cui, dal 17/11/2021, l'azienda ha ottenuto l'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali”.

3. La società Lavorgna s.r.l., che si aggiudicherebbe la gara se la ricorrente in prime cure fosse esclusa, ha interposto appello, sostenendo che:

- il ricorso di primo grado sarebbe nullo, *“atteso che esso, come pure la relata di notifica, è stato notificato alla controinteressata Lavorogna S.r.l., ed alle amministrazioni intimata privo della firma digitale ed allo stesso modo, ossia privo della sottoscrizione digitale, è stato depositato”*; *“se è vero che la controinteressata Lavorogna S.r.l. e il Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche si sono costituiti in giudizio, sanando la nullità della notifica (art. 44, comma 3, cpa), è altrettanto vero che l'amministrazione intimata, ossia il Comune di Sant'Agata dei Goti, che è la parte sostanziale del presente giudizio, essendo l'amministrazione per conto della quale è stata bandita la procedura di gara per cui si controverte, non si è costituita in giudizio”*, non verificandosi così la sanatoria della nullità;

- il ricorso di primo grado sarebbe inammissibile, in quanto la clausola *de qua* avrebbe avuto, per la DM, carattere immediatamente lesivo e avrebbe dovuto essere impugnata subito;

- nel merito, la previsione della *lex specialis* sarebbe proporzionata rispetto allo scopo di selezionare operatori con un effettivo profilo di esperienza e professionalità nel settore.

3.1. Si sono costituiti in resistenza la società DM e le Amministrazioni statali evocate.

3.2. La società DM ha sostenuto, tra l'altro, che:

- *“come è agevolmente verificabile dalle ricevute di notifica in atti – sia il ricorso che la relata di notifica sono stati regolarmente sottoscritti (e così notificati e depositati) con firma digitale in formato Pades”*;

- la clausola *de qua* sarebbe nulla ai sensi dell'art. 83, commi 3 e 8, d.lgs. n. 50 del 2016, con conseguente insussistenza dell'onere di immediata impugnazione; del resto, stante il parallelo divieto di avvalimento (art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016) per i requisiti di idoneità professionale, la clausola in parola avrebbe l'effetto sostanziale di impedire *tout court* agli operatori economici iscritti nel registro delle imprese da meno di tre anni di partecipare alla gara, in aperta violazione del principio di massima apertura delle gare pubbliche e di *favor* per le piccole imprese (art. 30, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016).

3.3. Il ricorso, trattato alla pubblica udienza del 2 marzo 2023, non è fondato.

4. Il Collegio, con la sintesi imposta dall'art. 120, comma 10, c.p.a., osserva quanto segue:

- per quanto in atti, il ricorso di prime cure consta essere stato notificato e depositato secondo la vigente normativa che disciplina il processo amministrativo telematico; di converso, parte appellante non ha indicato specifici, puntuali ed oggettivi elementi atti ad acclarare la fondatezza della propria eccezione;

- la clausola *de qua* (che richiede ai concorrenti un requisito puramente formale, quale quello di *“essere iscritti al registro delle imprese della C.C.I.A.A. per la specifica attività oggetto dell'appalto da almeno tre anni”*) viola il combinato disposto dei commi 3 e 8 dell'art. 83 d.lgs. n. 50 del 2016, giacché da un lato il comma 3 richiede, con riferimento ai requisiti di idoneità professionale, esclusivamente l'attualità dell'iscrizione al registro delle imprese, dall'altro il

comma 8 stabilisce la nullità delle previsioni della *lex specialis* che introducano requisiti di partecipazione ulteriori rispetto a quelli fissati dalla legge;

- consegue da ciò che tale clausola è nulla, con conseguente esclusione dell'onere di immediata impugnazione;

- consta agli atti che la società DM è iscritta all'Albo gestori ambientali per l'attività di raccolta e trasporto rifiuti sin dal 17 novembre 2021, data antecedente alla pubblicazione del bando di gara, essendo viceversa del tutto irrilevante la qualificazione come principale o meno di tale attività all'epoca dell'indizione della gara;

- il parere di precontenzioso dell'ANAC n. 229 del 16 dicembre 2015 cui fa riferimento parte appellante (nel quale si sostiene che *"la clausola del bando di gara che impone il requisito di iscrizione dei concorrenti alla CCIA da almeno tre anni non si palesa sproporzionata o illogica o irrazionale, afferendo al requisito soggettivo di idoneità professionale ed essendo preordinata a selezionare soggetti che operino da un congruo lasso di tempo nel settore oggetto dell'appalto, al fine di individuare concorrenti che assicurino una certa affidabilità e pregressa esperienza nello svolgimento del servizio"*) è, a tacer d'altro, inconferente ai fini di causa, sia perché non costituisce fonte di diritto né precedente di natura giurisprudenziale, sia comunque perché anteriore al d.lgs. n. 50 del 2016, alla cui disciplina è sottoposta la gara *de qua*.

5. La relativa novità della questione e la particolarità della vicenda suggeriscono la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2023.