

Consiglio di stato, sezione quinta, sentenza n. 4098 del 27 maggio 2021

Affidamento in concessione – Presentazione delle offerte - Iscrizione alla Camera di Commercio – Requisito di idoneità professionale

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 in appello iscritto al numero di registro generale 8164 del 2020, proposto da

Ditta Individuale, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

..... s.r.l.s, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

Comune di, non costituito in giudizio

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, Sezione Seconda, n. 01108/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di s.r.l.s;

Visto il dispositivo di sentenza n. 2765 depositato il 6 aprile 2021;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 marzo 2021, tenuta da remoto con la modalità di cui all'art. 4, ultimo periodo, d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito con modificazioni dalla l. n. 70/2020, e richiamato dall'art. 25 d. l. n. 137/2020, convertito in l. 176/2020, e del d.l. 183/2020, conv. in l. 21/2021 il Cons. Federico Di Matteo e data la presenza, ai sensi delle richiamate disposizioni, degli avvocati

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il 20 aprile 2020 s.r.l.s. presentava al Comune di istanza per l'affidamento in concessione di un'area demaniale marittima, ricadente in località Saline della frazione di Palinuro, identificata come lotto 11 – ambito 4 del Piano comunale di utilizzazione delle aree del demanio marittimo.

1.1. Con avviso del 20 maggio 2020 prot. 6529, pubblicato nel Bollettino ufficiale della Regione Campania il 1° giugno 2020, il Comune di invitava gli interessati all'assegnazione dell'area alla presentazione di osservazioni o proposte in concorrenza, come previsto dal Regolamento comunale per l'utilizzo delle aree del demanio marittimo, a sua volta riproduttivo dell'art. 18 del Regolamento di esecuzione del codice della navigazione (d.P.R. n. 328 del 1952).

1.2. Il 12 giugno 2020 la Sig.ra depositava istanza concorrente dichiarando l'intenzione di partecipare quale “persona fisica” alla procedura prevista dall'art. 35 del Codice della Navigazione per il caso di più domande di concessione. Allegava all'istanza *curriculum vitae* e certificazioni attestanti i propri titoli professionali e le esperienze nel settore.

1.3. Con lettera di invito del 26 giugno 2020 il Comune di avviava la procedura comparativa; in particolare, ai fini che interessano al presente giudizio, va

precisato che l'art. 5 (*Requisiti di ordine generale per la partecipazione alla procedura*) della suddetta lettera di invito stabiliva che *“Alla presente procedura possono partecipare esclusivamente gli operatori economici invitati, che abbiano le caratteristiche definite dall'art. 45 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i., costituiti da imprese singole o da imprese riunite o consorziate, ovvero da imprese che intendano riunirsi o consorziarsi, nonché gli operatori economici con sede in altri stati membri dell'Unione europea”*, precisando quanto alle *“Condizioni minime di carattere economico e tecnico necessarie per la partecipazione alla procedura”*, che era richiesto di *“Essere iscritti alla Camera di commercio per attività coincidente e/o assimilabile con quella oggetto della presente procedura o in un registro professionale o commerciale dello Stato di residenza”*.

1.4. I soggetti invitati presentavano offerta; in particolare, la Sig.ra presentava offerta quale ditta individuale, iscritta alla Camera di commercio per *“l'attività di noleggio di seri sdraio e ombrelloni da spiaggia”*.

Espletate le operazioni di gara con la valutazione delle offerte tecniche ed economiche degli operatori interessati, con determinazione 15 luglio 2020 n. 21, il Responsabile del Servizio demanio del Comune di disponeva l'aggiudicazione provvisoria della concessione alla ditta individuale

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, s.r.l.s. impugnava il provvedimento di aggiudicazione, deducendone l'illegittimità:

- per aver il Responsabile del procedimento ammesso l'istanza concorrente della Sig.ra nonostante la mancata allegazione del certificato di iscrizione alla Camera di commercio richiesto a pena di inammissibilità e in violazione dell'art. 16 del Regolamento comunale sulla assegnazione delle aree demaniali marittime;
- per aver il Responsabile del procedimento indetto la procedura comparativa invitando anche la Sig.ra in violazione dell'art. 5 della lettera di invito che espressamente richiedeva quale requisito di partecipazione la forma giuridica di cui all'art. 45 del codice dei contratti pubblici;

- per non aver il predetto Responsabile del procedimento escluso la ditta individuale nonostante la mancanza del requisito sostanziale dell'effettivo svolgimento di attività assimilabile a quella di affidamento espressamente richiesto, a pena di inammissibilità, quale “condizione minima di partecipazione” dal punto 5 della lettera di invito.

2.1. Nella resistenza della sola ditta individuale Assunta, l'adito Tribunale con la sentenza in epigrafe indicata, accoglieva il ricorso ed annullava il provvedimento di aggiudicazione.

In particolare il giudice di primo grado riteneva fondato il ricorso per aver la controinteressata presentato l'istanza concorrente come “persona fisica” e la sua offerta come “impresa individuale”, facoltà non preclusa dal regolamento comunale, ma a condizione che i requisiti inerenti alla qualità fatta valere in sede comparativa fossero posseduti sin dal momento della presentazione dell'istanza concorrente, come era possibile evincere dal l'obbligo di allegare alla domanda, sin dall'inizio, la “documentazione giustificativa dell' idoneità svolgere l'attività”.

3. Propone appello la ditta individuale; si è costituita in giudizio s.r.l.s., mentre è rimasto intimato il Comune di

Le parti hanno depositato memorie ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche.

All'udienza del 18 marzo 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La ditta articola tre motivi d'appello con i quali contesta la sentenza di primo grado per: “*Error in iudicando - violazione di legge artt. 36 e 37 del R.d. n. 327/1942 in relazione all'art. 16 del Regolamento per l'utilizzo delle aree del demanio marittimo del Comune di; artt. 5 e 18 del d.P.R. n. 328/1952 recante il Regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione - eccesso di potere difetto assoluto del presupposto – di istruttoria – illogicità – travisamento*”.

A suo avviso il giudice di primo grado avrebbe erroneamente interpretato l'articolo 16 del regolamento comunale il quale, come l'articolo 37 del Codice della navigazione, consentiva la presentazione dell'istanza concorrente anche a "*persona fisica*" ed imponeva, coerentemente, l'obbligo di allegazione del certificato di iscrizione alla Camera di Commercio solo ed esclusivamente ai soggetti già esercenti attività di impresa; erroneamente, dunque, il tribunale avrebbe ritenuto sussistente l'obbligo di allegazione dell'iscrizione camerale anche per le persone fisiche.

Né siffatto obbligo poteva trarsi dalla previsione regolamentare di allegazione all'istanza concorrente della "*documentazione giustificativa dell'idoneità svolgere l'attività*", come pure affermato dalla sentenza, poiché tale indicazione doveva intendersi riferita non all'iscrizione alla Camera di Commercio, ma ai titoli, ai certificati, alle esperienze pregresse e alle abilitazioni conseguite dalla persona fisica in grado di supportare la presentazione dell'istanza concorrente.

Ciò del resto era coerente con le particolari modalità di svolgimento della procedura per l'assegnazione delle aree demaniali marittime, articolata in due fasi: la prima, attivata su istanza di parte da pubblicare al solo fine di consentire ad eventuali soggetti interessati di depositare istanza concorrente, la seconda, caratterizzata da una procedura para concorsuale riservata all'operatore dell'istanza iniziale ed a quelli delle istanze concorrente. In definitiva la prima fase era rivolta a verificare solo ed esclusivamente la necessità di attivare la successiva procedura para concorsuale di carattere comparativo e per la quale non v'era pertanto ragione di richiedere l'iscrizione alla Camera di Commercio, a meno che, naturalmente, l'istante non esercitasse già attività di impresa, poiché in quel caso il certificato camerale era da intendersi rientrante tra i titoli e i certificati a supporto della domanda concorrente. L'iscrizione alla Camera di Commercio invece era richiesta per la seconda fase della procedura ed in particolare entro il termine di scadenza di presentazione delle offerte.

Con l'ultimo motivo l'appellante lamenta la mancata dichiarazione di improcedibilità del ricorso per omessa impugnazione con motivi aggiunti della nota del 2 settembre 2020 n. 11215 con la quale l'amministrazione comunale, in seguito al decreto monocratico del presidente del Tar Campania sezione staccata di Salerno n. 427 del 2020, che aveva ordinato il riesame del provvedimento, aveva rivalutato la vicenda e nuovamente accertato il suo possesso dei requisiti di partecipazione.

2. I primi due motivi sono fondati; il terzo resta assorbito.

2.1. Il giudice di primo grado ha accolto il ricorso interpretando le disposizioni regolamentari nel senso che l'operatore economico offerente fosse tenuto, sin dalla prima fase di presentazione dell'istanza concorrente, al possesso dei requisiti richiesti per ottenere l'assegnazione dell'area, e ciò a prescindere dalla veste soggettiva con la quale s'era proposto; pertanto la ditta individuale andava esclusa dalla procedura comparativa perché al momento della presentazione dell'istanza concorrente non era ancora iscritta alla Camera di commercio ed era priva di un requisito richiesto per poter ottenere l'assegnazione dell'area demaniale.

2.2. La sentenza contrasta con le indicazioni del regolamento comunale.

2.2.1. L'art 16 (*Gestione delle domande concorrenti*) del regolamento comunale denominato "*Progetto di utilizzazione delle aree del demanio marittimo*" elenca i soggetti che possono presentare "*istanza concorrente a quella principale oggetto di pubblicazione*" e, contestualmente, la documentazione a corredo.

Era ed è consentita la presentazione di istanza concorrente alla "*persona fisica*", all' "*impresa individuale*" e ad una terza categoria di soggetti individuata in via residuale come "*altri casi*"; per le persone fisiche era ed è richiesto di indicare nell'istanza concorrente "*nome e cognome, luogo e data di nascita, domicilio, codice fiscale, recapito telefonico, fax ed e-mail ufficiali ..., copia del documento di identità, data e sottoscrizione del richiedente*"; con previsione valida per tutti gli istanti, alla lett. d) era ed è richiesta "*documentazione giustificativa dell'idoneità a svolgere le attività per le quali è stata presentata richiesta di concessione*

demaniale, corredata, per i soggetti esercenti attività di impresa, da certificazione di iscrizione alla camera di commercio, industria e artigianato, con dicitura antimafia”.

Non possono aversi dubbi sul fatto che la presentazione della certificazione camerale fosse richiesta dal regolamento comunale ai soli “*soggetti esercenti attività d’impresa*” e dunque non anche alle “*persone fisiche*”, priva della qualifica di imprenditore.

2.2.2. Ciò posto, sebbene il giudice di primo grado non contesta tale conclusione, ritiene tuttavia che l’operatore economico presentando offerta nella fase comparativa della procedura avrebbe dovuto dimostrare di essere in possesso dell’iscrizione camerale sin dalla data di presentazione dell’istanza concorrente in quanto soggetto esercente attività di impresa. Ricava un tale obbligo dall’art. 5 (*Requisiti di ordine generale per la partecipazione alla procedura*) della lettera di invito che, dopo aver elencato gli operatori economici che avrebbero potuto presentare offerta, tutti svolgenti attività imprenditoriale, prescriveva quali “*Condizioni minime di carattere economico e tecnico necessarie per la partecipazione alla procedura*”: “*Essere iscritti alla Camera di commercio per attività coincidente e/ o assimilabile con quella oggetto della presente procedura o in un registro professionale o commerciale dello Stato di residenza*”.

Tuttavia costituisce un paralogismo ammettere che anche le persone fisiche potessero presentare istanza concorrente e, d’altra parte, che tutti gli offerenti fossero tenuti all’iscrizione camerale sin dalla data di presentazione dell’istanza stessa poiché, come noto, le persone fisiche, che non esercitano attività di impresa nella veste di imprenditori individuali, non sono tenute all’iscrizione alla Camera di commercio, industria e artigianato (cfr., per l’elencazione dei soggetti tenuti all’iscrizione nel Registro delle imprese tenuto dalla Camera di commercio, art. 7 (*Registro delle imprese*) d.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581, con l’ulteriore specificazione, contenuta nella circolare del Ministero dello sviluppo economico 9 gennaio 1997 n. 3407/C, per il quale l’obbligo di iscrizione nel Registro delle imprese assorbe

l'obbligo di iscrizione (un tempo, di denuncia) alla Camera di commercio): secondo il tribunale insomma le persone fisiche, in quanto sfornite di iscrizione camerale al tempo di presentazione dell'istanza concorrente, non possono accedere alla procedura comparativa, ma è evidente che non sarebbe allora comprensibile per quale ragione sia loro consentita la presentazione dell'istanza concorrente.

2.2.3. In realtà le disposizioni regolamentari e le condizioni della lettera di invito si armonizzano tra loro solo se si ritiene che le persone fisiche (presentata l'istanza concorrente) fossero tenute, prima dell'invio dell'offerta, cioè prima di accedere alla fase comparativa della procedura, ad assumere veste imprenditoriale e per questo all'iscrizione alla Camera di commercio.

Scelte, peraltro, entrambe comprensibili: quella del regolamento comunale (in conformità con il Codice della navigazione) per l'intento di rendere più ampia possibile la platea degli interessati in grado di determinare l'avvio della procedura comparativa e quella della lettera di invito per la natura eminentemente imprenditoriale dell'attività esercitata dai concessionari di area demaniale marittima.

2.3. Pertanto la Sig.ra, dopo aver presentato l'istanza concorrente in qualità di "persona fisica", si è premurata di iscriversi alla Camera di commercio, risultando così al momento dell'offerta in possesso del requisito richiesto dalla lettera d'invito.

Né trova riscontro in atti l'affermazione dell'appellata secondo cui la Sig.ra avrebbe formulato la sua domanda concorrente "*come persona fisica esercente un'attività di impresa*", già tenuta, quindi, all'iscrizione nella Camera di commercio, poiché, invece, risulta dalla documentazione allegata che la richiesta di partecipare era espressamente inviata nella veste di "persona fisica".

2.4. Nella parte finale della sua memoria l'appellata svolge una serie di argomentazioni rivolte a dimostrare come la Sig.ra dovesse essere esclusa dalla procedura comparativa anche per altre ragioni ed in particolare perché

sprovvista dell'indefettibile requisito dell'effettivo svolgimento dell'attività oggetto di affidamento.

L'appellata propugna un'interpretazione in senso asseritamente sostanzialistico del requisito dell'iscrizione camerale, evidenziando che le disposizioni in materia di appalti pubblici, e la giurisprudenza che su di esse si è formata, ne fanno un requisito a comprova della idoneità professionale dell'operatore concorrente a condizione, però, che sia dimostrato l'effettivo svolgimento dell'attività dichiarata.

Tale situazione non sussisterebbe per l'appellante la quale avrebbe conseguito l'iscrizione camerale solo il 7 luglio 2020, solo qualche giorno prima della scadenza del termine per presentare la proposta di gestione senza aver mai svolto attività di gestione di stabilimenti balneari, come dimostrato dal *curriculum* allegato all'istanza concorrente nel quale riferiva di aver svolto attività di vendita di prodotti cosmetici e conduzione di saloni di bellezza.

2.5. Le censure, ammissibili quali motivi riproposti ai sensi dell'articolo 101 comma 2, cod. proc. amm., devono essere respinte.

Confonde l'appellata tra il requisito dell'idoneità professionale e i requisiti esperenziali richiesti a dimostrazione della capacità tecnico – professionale dell'operatore.

E' indubbio che l'iscrizione alla Camera di Commercio costituisca requisito d'idoneità professionale (art. 83, commi 1 e 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) e che sia richiesto per selezionare sin dall'accesso alla procedura gli operatori economici che, per l'oggetto della loro attività imprenditoriale, siano nelle condizioni di rendersi affidatari di contratti pubblici; nondimeno il pregresso effettivo svolgimento dell'attività (con i relativi risultati), così nell'ambito degli appalti pubblici come in quello dell'affidamento delle concessioni demaniali, è requisito di capacità tecnico - professionale, che l'amministrazione può richiedere sia variamente provato attraverso l'allegazione delle precedenti esperienze professionali.

Ne segue pertanto che nella procedura *de qua* il possesso degli iscrizioni camerale antecedentemente alla presentazione dell'offerta era condizione sufficiente a poter prendere presentare offerta in seno alla procedura comparativa, e non, invece, come pretende la società appellata, requisito espressivo della capacità tecnico - professionale dell'operatore che, evidentemente, l'amministrazione riteneva di poter valutare sulla base della "documentazione giustificativa dell' idoneità a svolgere l'attività", come detto richiesta dalla lett. d) del regolamento a tutti gli istanti e che il Comune ha, peraltro, ritenuto sussistente invitando la Sig.ra alla procedura comparativa.

2.6. L'accoglimento degli esaminati primi due motivi di gravame assorbe l'esame del terzo motivo.

In conclusione, l'appello va accolto e la sentenza di primo grado integralmente riformata con la reiezione del ricorso di primo grado di s.r.l.s..

3. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

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 del Tribunale amministrativo regionale per la Campania – sez. staccata di Salerno, n. 1108/20, respinge il ricorso di primo grado di s.r.l.s..

Condanna s.r.l.s. al pagamento delle spese del doppio grado del giudizio, che liquida in € 5.000,00 oltre accessori e spese di legge, a favore della Ditta individuale

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 18 marzo 2021, tenuta da remoto con la modalità di cui all'art. 4, ultimo periodo, d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito con modificazioni dalla l. n. 70/2020, e richiamato dall'art. 25 d. l. n. 137/2020,

convertito in l. 176/2020, e del d.l. 183/2020, conv. in l. 21/2021, con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO