

APPALTI: Contratti della P.A. – Gara – Gestione comunale diretta e pubblica di un porto turistico – Aggiudicazione – Ad una società il cui oggetto sociale è risultato coerente con la maggior parte dei servizi posti a base di gara – Legittimità.

Cons. Stato, Sez. V, 20 gennaio 2022, n. 366

“[...] non poteva oggettivamente dirsi né implausibile, né abnorme il giudizio svolto dalla Commissione nel ritenere l’aggiudicataria in possesso di idoneità professionale, per essere il suo oggetto sociale pienamente coerente con la gran parte dei servizi posti a base di gara (oltre che con le esigenze operative manifestate dall’amministrazione) [...]”.

FATTO

Con determinazione n. 128 del 15 maggio 2020, il Comune di Montecorice indiceva una *“procedura di gara aperta, ai servizi dell’art. 60 del D. Lgs. n. 50 del 18.04.2015, per l’affidamento all’esterno di alcuni servizi ausiliari, secondari, strumentali ed accessori, necessari alla gestione comunale, diretta e pubblica, del porto turistico di Agnone, per il periodo dal 1° luglio al 30 settembre 2020”*; nel bando di gara, al punto *“II.1.2) Breve descrizione dell’appalto”*, veniva così specificato l’oggetto di gara, da aggiudicare all’offerta economicamente più vantaggiosa: *“fornitura di alcuni servizi necessari, per il periodo dal 1 luglio al 30 settembre 2020, per la gestione pubblico comunale del porto turistico di Agnone e, precisamente: – servizio assistenza all’ormeggio e disormeggio da terra ed in acqua; – servizio di verifica e di sorveglianza e custodia; – servizio di prevenzione e pronto soccorso in caso di incendio; -servizio di accoglienza ed assistenza tecnica in banchina; – servizio di montaggio e smontaggio pontili e predisposizione degli ormeggi con OTS, manutenzione ordinaria impianti, fornitura ufficio mobile e info – point turistico; – servizio di supporto specialistico per le attività organizzative e di coordinamento dei servizi e del personale”*.

Tra gli altri presentava domanda di partecipazione la società cooperativa Nautilus, risultata già aggiudicataria del medesimo servizio per il Comune di Montecorice nell’anno 2019.

Con verbale dell’11 giugno 2020, la Commissione di gara aggiudicava la procedura in favore della Cantieri Schiavone s.r.l., classificatasi prima in graduatoria con punti 82.

La cooperativa Nautilus, seconda graduata con punti 76, dopo aver ottenuto l’accesso alla documentazione di gara presentata dalla controinteressata, impugnava l’aggiudicazione innanzi al Tribunale amministrativo della Campania, sul presupposto che la Cantieri Schiavone fosse in realtà

priva dei requisiti di ammissione e partecipazione richiesti dalla *lex specialis*, per non essere l'attività svolta dalla predetta “né identica, né analoga, né latamente riferibile agli elementi principali caratterizzanti il servizio, oggetto dell'appalto, dettagliati dalla Stazione Appaltante”; in particolare, “la documentazione presentata dalla controinteressata è idonea a comprovare solo un'esperienza nel settore cantieristico (CCNL applicato Metalmeccanico), con conseguente illegittimità anche della valutazione compiuta dalla Commissione di Gara in merito all'esperienza pregressa acquisita”.

Articolava, a sostegno delle proprie ragioni, i seguenti motivi di impugnazione:

1) *Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 3 e 97 Cost.; artt. 1363, 1367, 1369 c.c.; artt. 83, 84, 85, 86 e 87 d.lvo 50/2016; artt. 46, 47 e 75, dpr 445/2000; artt. 2, 3 e segg. l.241/90) – Eccesso di potere (carenza dei presupposti, di istruttoria e di motivazione – Travisamento dei fatti) – Violazione del giusto procedimento, della par condicio dei partecipanti e della lex specialis.*

Secondo la ricorrente, l'aggiudicataria non avrebbe posseduto i requisiti di professionalità coerenti con le prestazioni di gara; in particolare, l'art. 8 del disciplinare richiedeva espressamente, come requisito d'ammissione, la regolare iscrizione alla Camera di commercio per attività di servizi, analoghi all'oggetto dell'appalto; il successivo art. 9, al punto 2, indicava come requisito d'idoneità professionale che “*I concorrenti, se cittadini italiani o di altro stato membro residenti in Italia, devono provare la loro iscrizione nel registro della Camera di Commercio, Industria, Artigianato ed Agricoltura per l'esercizio delle attività inerenti i servizi oggetto dell'appalto. L'oggetto sociale risultante dal certificato di iscrizione CCIAA in corso di validità deve espressamente riportare i riferimenti alle attività da svolgere nel servizio oggetto di gara*”.

Dalla lettura della visura camerale della Cantieri Schiavone emergeva però che l'attività in concreto esercitata era quella di “*riparazione e manutenzione di navi commerciali e imbarcazioni da diporto – Codice Ateco 33.15*” e di “*riparazione e manutenzione di macchine di impiego generale – Codice Ateco 33.12.1*” (CCNL applicato Metalmeccanico), ossia attività che non avrebbero avuto alcuna congruenza con quelli oggetto di gara. Né i servizi descritti nell'oggetto sociale riportavano “*i riferimenti alle attività da svolgere nel servizio oggetto di gara*”, come espressamente richiesto – unitamente all'attivazione del servizio esercitato – dall'art. 9, punto 2, lett. a), del disciplinare di gara, a pena d'esclusione.

2) *Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 3 e 97 Cost.; artt. 1363, 1367, 1369 c.c.; artt. 83, 84, 85, 86 e 87 d.lvo 50/2016; artt. 46, 47 e 75, dpr 445/2000; artt. 2, 3 e segg. l.241/90) – Eccesso di potere (carezza dei presupposti, di istruttoria e di motivazione – Travisamento dei fatti – Sviamento – Illogicità) – Violazione del giusto procedimento, della par condicio dei partecipanti e della lex specialis.*

La ricorrente deduceva l'illegittimità dell'aggiudicazione anche sotto l'ulteriore profilo *“della palese illogicità della valutazione compiuta dalla Commissione di gara e del conseguente punteggio attribuito alla controinteressata, affetto da travisamento dei fatti”*.

3) *Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 3 e 97 Cost.; artt. 83, 84, 85, 86, 87, 95 e 97 comma 5 d.lgs. 50/2016; artt. 46, 47 e 75, dpr 445/2000; artt. 2, 3 e segg. l. n. 241/90) – Eccesso di potere (carezza dei presupposti, di istruttoria e di motivazione – Travisamento dei fatti) – Violazione del giusto procedimento, della par condicio dei partecipanti e della lex specialis.*

Dalla comparazione delle offerte economiche delle concorrenti sarebbe emersa la notevole differenza tra i costi di sicurezza ed i costi di manodopera, reciprocamente riportati nelle tabelle rispettivamente redatte, nel senso che *“i minori costi dichiarati dalla controinteressata”* avevano determinato *“la possibilità di offrire un ribasso maggiore rispetto alla ricorrente”*;

4) *Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 3 e 97 Cost.; artt. 1363, 1367, 1369 c.c.; artt. 83, 84, 85, 86 e 87 d.lvo 50/2016; artt. 46, 47 e 75, dpr 445/2000; artt. 2, 3 e segg. l. 241/90) – Eccesso di potere (carezza dei presupposti, di istruttoria e di motivazione – travisamento dei fatti) – Violazione del giusto procedimento, della par condicio dei partecipanti e della lex specialis.*

L'aggiudicataria non avrebbe adeguatamente dimostrato la propria capacità economico-finanziaria, sia pur presentando la referenza bancaria del Banco BPM del 28 maggio 2020.

Si costituivano in giudizio la Cantieri Schiavone s.r.l. ed il Comune di Montecorice, chiedendo la reiezione del ricorso giacché infondato.

Con sentenza 14 dicembre 2020, n. 1943, il giudice adito accoglieva il ricorso, sul presupposto che fosse emersa dagli atti *“una marcata divergenza tra l'oggetto sociale della società controinteressata e l'attività, concretamente esercitata dalla stessa, nel senso che – laddove il primo è assai più ampio e comprende almeno alcuni dei servizi, dedotti in appalto – la seconda è estremamente più ristretta, essendo di fatto, limitata ad attività rientranti nella cantieristica navale,*

che non è attività analoga, anzi quasi del tutto, sostanzialmente, estranea, rispetto ai “servizi ausiliari, secondari, strumentali ed accessori, necessari alla gestione comunale, diretta e pubblica, del porto turistico di Agnone”, come precisati nel riferito art. 2 del disciplinare di gara”.

Avverso tale decisione il Comune di Montecorice interponeva appello, affidato ai seguenti motivi di impugnazione:

1) Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione della lex specialis (disciplinare di gara e capitolato di appalto), nonché dell’art. 83 d.lgs. 12.4.2016 n. 50 e s.m.i. – Difetto e comunque, erroneità della motivazione.

2) Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione della lex specialis (disciplinare di gara e capitolato di appalto), nonché dell’art. 124 c.p.a. – Difetto e, comunque, erroneità della motivazione.

Si costituiva in giudizio la cooperativa Nautilus con memoria di forma, concludendo per l’inammissibilità e/o l’infondatezza dell’appello.

All’udienza del 16 dicembre 2021 la causa veniva quindi trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello il Comune di Montecorice rileva preliminarmente la sostanziale differenza tra il motivo di ricorso originariamente dedotto dalla cooperativa Nautilus e quello alla fine ritenuto meritevole di accoglimento dal primo giudice.

In specie, con il primo motivo di censura si era sostenuto che il certificato camerale della società Cantieri Schiavone s.r.l. non sarebbe stato idoneo a dimostrare il possesso, in capo alla stessa, della necessaria idoneità professionale, in relazione ad alcuni “servizi marini” che si assumeva essere stati oggetto dell’appalto.

La ricorrente in primo grado, interpretando la *lex specialis* di gara, sosteneva infatti che il Comune di Montecorice avesse messo a gara le seguenti tipologie di servizi: “*servizi acquatici marini*”, “*servizi di gestione porti*”, “*servizi di assistenza a basi marine*” e “*servizi di immersione*”, dal che deduceva che “*con tutta evidenza, non c’è alcuna congruenza tra l’attività cantieristica svolta dalla società Cantieri Schiavone ed i servizi marini oggetto dell’appalto*”.

In realtà, eccetisce l'amministrazione appellante, i cd. "servizi marini", ai quali si riferiva la ricorrente in primo grado per dedurre, in comparazione con le risultanze camerali dell'impresa aggiudicataria, una sua presunta inidoneità professionale, non sarebbero mai stati posti a base di gara, il reale oggetto dell'appalto essendo espressamente individuato dall'art. 2.1 del disciplinare di gara e dall'art. 5 del capitolato, ossia "*servizio di assistenza all'ormeggio e disormeggio da terra e in acqua, servizio di verifica e di sorveglianza e custodia, servizio di prevenzione e pronto soccorso in caso di incendio, servizio di accoglienza ed assistenza tecnica in banchina, servizio di montaggio e smontaggio pontili e predisposizione degli ormeggi con OTS, manutenzione ordinaria impianti, fornitura ufficio mobile e info-point turistico, servizio di supporto specialistico per le attività organizzative e di coordinamento dei servizi e del personale*".

Ambiti contenutistici, quelli appena indicati, profondamente diversi rispetto a quello dei "servizi marini".

Del resto, il Comune di Montecorice avrebbe a più riprese specificato che, ferma restando la propria gestione diretta ed esclusiva delle aree e dei servizi portuali di cui alla concessione demaniale marittima n. 3 del 25 gennaio 2018 (rilasciata all'Ente sul porto turistico di Agnone dalla Regione Campania), sarebbero state affidate all'esterno soltanto alcune "*attività ausiliarie, secondarie, strumentali, accessorie e non prevalenti, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, rispetto alle attività oggetto della concessione demaniale del porto*".

Erroneamente, dunque, il primo giudice non avrebbe considerato l'oggetto sociale dell'impresa aggiudicataria, così come erroneamente avrebbe ritenuto che l'attività da questa esercitata (ossia la cantieristica navale) non avrebbe potuto considerarsi "attività analoga" rispetto a quella oggetto dell'appalto, essendo invece "*quasi del tutto, sostanzialmente, estranea rispetto ai "servizi ausiliari, secondari, strumentali ed accessori, necessari alla gestione comunale, diretta e pubblica, del porto turistico di Agnone*".

L'attività di cantiere navale non avrebbe invero potuto dirsi estranea rispetto all'ambito dei semplici e circoscritti servizi (meramente ausiliari e accessori rispetto alla gestione comunale del porto turistico) richiesti dalla *lex specialis*, laddove l'idoneità professionale di cui era in possesso l'aggiudicataria anche nel settore della nautica da diporto era del tutto conforme e coerente rispetto all'oggetto ed alle finalità dell'appalto.

Il motivo è fondato.

Va confermato, al riguardo, il principio (*ex multis*, Cons. Stato, V, 15 novembre 2019, n. 7846; V, 25 settembre 2019, n. 6431; V, 25 luglio 2019, n. 5257; III, 10 novembre 2017, n. 5182) secondo cui l'accertamento della concreta coerenza della descrizione delle attività riportate nel certificato camerale con i requisiti di ammissione richiesti dalla *lex specialis* e con l'oggetto del contratto di appalto complessivamente considerato va svolto sulla base del confronto tra *tutte* le risultanze descrittive del certificato camerale e l'oggetto del contratto di appalto.

Ai fini di tale accertamento, l'art. 9, comma 2 lett. a) del disciplinare – relativo ai requisiti di idoneità professionale – prevedeva dovesse essere preso in considerazione l'oggetto sociale come risultante dal certificato di iscrizione alla CCIAA: *“i concorrenti, se cittadini italiani o di altro stato membro residenti in Italia, devono provare la loro iscrizione nel registro della Camera di Commercio, Industria, Artigianato ed Agricoltura per l'esercizio delle attività inerenti i servizi oggetto dell'appalto. L'oggetto sociale risultante dal certificato di iscrizione CCIAA in corso di validità deve espressamente riportare i riferimenti alle attività da svolgere nel servizio oggetto di gara”*.

Era quindi l'oggetto sociale il parametro su cui verificare l'idoneità professionale del concorrente, di talché non poteva censurarsi a priori il giudizio operato dalla Commissione di gara proprio sulla base di tale presupposto.

Ora, l'oggetto sociale indicato nella visura depositata in atti (dell'8 aprile 2020) risulta comprendere *“l'attività di cantiere navale; riparazione e manutenzione ordinaria e straordinaria di navi, barche, imbarcazioni e natanti da pesca e da diporto; alaggio e varo; gestione di pontili galleggianti, gavitelli per attracco, ormeggio e sosta; noleggio e trasferimento di navi, imbarcazioni via terra e via mare; costruzioni di navi, imbarcazioni da pesca e da diporto in vetroresina e legno; vendita di ricambi ed accessori per la pesca e la nautica; brokeraggio; verniciatura di imbarcazioni, navi, natanti e simili; soccorso e riparazioni in mare; l'importazione e l'esportazione nonché la rappresentanza con e senza deposito di quanto occorrente per l'esecuzione delle attività di cui innanzi”*.

Confrontando tali indicazioni con le già richiamate previsioni di disciplinare di gara (art. 2.1) e del capitolato (art. 5) non poteva oggettivamente dirsi né implausibile, né abnorme il giudizio svolto dalla Commissione nel ritenere l'aggiudicataria in possesso di idoneità professionale, per essere il suo oggetto sociale pienamente coerente con la gran parte dei servizi posti a base di gara (oltre che con le esigenze operative manifestate dall'amministrazione).

Erroneamente dunque la sentenza impugnata pone in pressoché esclusivo rilievo una parte soltanto del contenuto del certificato camerale – in particolare, quello relativo all’attività esercitata nella sola sede legale – anziché operarne una valutazione complessiva e concreta; d’altro canto, neppure può condividersi il rilievo attribuito alla classificazione ATECO, che in realtà assolve ad una mera classificazione ai fini statistici, fiscali e contributivi delle attività economiche che l’imprenditore dichiara di svolgere, senza alcun valore costitutivo né ricognitivo del titolo abilitativo allo svolgimento dell’attività, né dell’attività concretamente espletata, che può essere ricostruita soltanto facendo riferimento all’oggetto sociale, alle licenze possedute ed a quanto effettivamente svolto dal singolo esercizio commerciale (*ex multis*, Cons. Stato, V, 27 settembre 2021, n. 6496; V, 21 maggio 2018, n. 3035).

Con il secondo motivo di appello viene poi contestato – sul presupposto dell’accoglimento delle precedenti ragioni di gravame – il capo della sentenza impugnata con cui è stato riconosciuto in favore della cooperativa Nautilus il risarcimento del danno per equivalente monetario, ai sensi dell’art. 124, comma primo Cod. proc. amm., nella misura di euro 18.000, oltre accessori di legge, nonostante il valore limitato dell’appalto.

Deduce l’appellante che non sarebbe emersa alcuna prova concreta del danno asseritamente subito dalla Nautilus, sia a titolo di mancato utile che di danno curriculare, laddove in sentenza sarebbe stato dato per pacifico (o presunto) proprio ciò che era invece onere della ricorrente dimostrare.

Il motivo può essere accolto, nel senso che all’accoglimento del precedente – cui consegue la conferma dell’aggiudicazione in favore di Cantieri Schiavone s.r.l. – automaticamente consegue la riforma della condanna risarcitoria.

Alla luce dei rilievi che precedono, l’appello va dunque accolto, con conseguente reiezione del ricorso originariamente proposto da Nautilus.

La particolarità della vicenda controversa giustifica peraltro l’integrale compensazione, tra le parti, delle spese di lite 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, per l’effetto respingendo il ricorso originariamente proposto dalla cooperativa Nautilus.

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 16 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

IL SEGRETARIO