

Publicato il 15/11/2019

N. 07846/2019REG.PROV.COLL.
N. 02380/2019 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2380 del 2019, proposto da

Happy Motors s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Poste Italiane, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Filippetto, Rossana Cataldi e Maria Roberta Darsena, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Mb Motors s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Lipani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Società Terminio Motori s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione Quarta, 15 febbraio 2019, n. 895, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Poste Italiane s.p.a. e della Mb Motors s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 luglio 2019 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Ausiello, su delega di Tozzi, Filippetto e Mazzoncini, su delega di Lipani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società appellante Happy Motors s.r.l. (*“Happy Motors”*) ha impugnato dinanzi al Tribunale Amministrativo per la Campania - sede di Napoli il provvedimento datato 3 ottobre 2018 con il quale Poste Italiane s.p.a. (*“Poste Italiane”*) ha annullato l'aggiudicazione della gara, disposta a suo favore, per la stipula di un *“Accordo quadro per il servizio di manutenzione dei motomezzi Piaggio Tipologia Liberty, adibiti al servizio postale, di proprietà di Poste Italiane”* da eseguire nell'ambito delle Province di Avellino (Lotto 1 del valore di € 31.217,52), Benevento (Lotto 2) e Caserta (Lotti 3 e 4, rispettivamente del valore di € 84.983,34 e 75.206, 40).

Con il ricorso introduttivo Happy Motors ha impugnato, altresì, ogni altro atto connesso, conseguente e presupposto, ed in particolare il successivo provvedimento di conferma dell'annullamento dell'aggiudicazione del 23 ottobre 2010, la *lex specialis* di gara (la lettera di invito, il capitolato tecnico e i relativi allegati), i verbali di

gara, chiedendo anche la dichiarazione di inefficacia del contratto di servizio, ove nelle more stipulato, e il risarcimento dei danni o, in subordine, l'annullamento dell'intera procedura; e, con successivo ricorso per motivi aggiunti, ha gravato l'aggiudicazione dei lotti controversi a favore di altre concorrenti (la Terminio Motori s.r.l. e la Mb Motors s.r.l.), chiedendo la declaratoria di inefficacia dei contratti stipulati con le aggiudicatari e il conseguente subentro.

2. L'annullamento dell'aggiudicazione alla Happy Motors era stato disposto, in sede di verifica dei requisiti, per il mancato possesso in capo ad essa, alla scadenza del termine di presentazione delle domande (il 4 luglio 2018) del requisito di partecipazione dell'iscrizione alla Camera di Commercio Industria Agricoltura e Artigianato (CCIAA)- Ufficio Registro Imprese per attività inerenti l'oggetto dell'appalto, come prescritto dall'art. 4, punto b), della lettera di invito (perciò impugnato dalla ricorrente, se e in quanto lesivo e ove interpretabile così come concretamente interpretato dalla stazione appaltante).

2.1. La società ricorrente rappresentava, tuttavia ,di aver già svolto analogo attività di manutenzione per Poste Italiane e di avere richiesto alla CCIAA di Napoli la modifica dell'oggetto sociale con istanza presentata in via telematica all'Ufficio Registro delle Imprese in data 8 marzo 2018, dichiarando anche la variazione di attività all'Agenzia delle Entrate a far data dal 10 aprile 2017; assumeva, pertanto, l'illegittimità dell'annullamento dell'aggiudicazione sotto diversi profili e principalmente poiché viziato di carenza di istruttoria e difetto di adeguata motivazione; sosteneva, infine, che fossero pure illegittime le nuove aggiudicazioni disposte in favore delle

controinteressate, articolando rispetto a tali atti plurime censure di violazione di legge ed eccesso di potere.

3. Con la sentenza in epigrafe, nella resistenza della stazione appaltante e della controinteressata Mb Motors, il Tribunale Amministrativo ha respinto il ricorso ritenendo l'effettiva carenza in capo alla ricorrente del requisito, prescritto dalla lettera di invito, dell'iscrizione camerale per attività inerenti l'oggetto dell'appalto.

4. Happy Motors appella la sentenza di prime cure, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia e chiedendone la riforma per cinque motivi così rubricati: “1. *Error in iudicando* – Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 54 e 97, comma 2 del D.Lgs. 50/2016; art. 3 L. 241/90; art. 97 Cost.) – Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara (artt. 4 e 10 Lettera d'invito). Sul difetto di motivazione. Sulla violazione del principio del *favor participationis*; 2. *Error in iudicando*. Violazione e falsa applicazione di legge (art. 54 e 97, co. 2, del D.Lgs. 50/2016; art. 3 L. 241/90) Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* (artt. 4 e 10 Lettera di invito). Sul completo difetto motivazionale della sentenza gravata in ordine al primo motivo del ricorso introduttivo; 3. *Error in iudicando* – Violazione e falsa applicazione di legge (art. 54 e 97 co. 2 del D.Lgs. 50/2016; art. 2189 c.c.) – Violazione dell'art. 11 del DPR 584/95 – Violazione della *lex specialis* di gara (artt. 4 e 10 Lettera d'invito); 4. *Error in iudicando* - Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 54 e 97 comma 2 del D.Lgs. 50/2016; art. 3 L. 241/90) – Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara (artt. 4 e 10 Lettera di invito; art. 3 del Capitolato Speciale d'oneri). Sul difetto di motivazione. Sul mancato possesso da parte di MB Motors dei requisiti di partecipazione. Sulla

disparità di trattamento; 5. Sul difetto di motivazione – Ulteriori profili”.

4.1. L'appellante ha inoltre lamentato che la sentenza gravata non avrebbe in alcun modo considerato, neppure per ritenerli eventualmente assorbiti dalle censure già esaminate, il sesto e il settimo motivo del ricorso introduttivo che ha pertanto riproposto per chiederne l'accoglimento, così integralmente trascrivendoli: “6. *Sull'illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione relativo al Lotto 1 ove intervenuto in favore della società Terminio Motori s.r.l.*; 7. *In via gradata, Violazione e falsa applicazione di legge (art. 35 del D.lgs. 50/2016). Violazione dei principi comunitari di pubblicità, trasparenza e favor participationis. - Sulla necessità di porre in essere le necessarie forme di pubblicità e di evidenza pubblica della procedura per cui è causa stante il valore sopra soglia della stessa”.*

4.2. Si sono costituite in resistenza anche nel presente grado di giudizio la stazione appaltante Poste Italiane e l'aggiudicataria MB Motors, che, con le rispettive memorie depositate in atti, hanno argomentato l'infondatezza del gravame, di cui hanno chiesto il rigetto.

4.3. Non si è invece costituita, benché ritualmente intimata, l'altra controinteressata Terminio Motori.

4.4. Abbinata al merito su accordo delle parti la domanda cautelare incidentalmente formulata dall'appellante, all'udienza pubblica del 25 luglio 2019, il Collegio ha riservato la causa in decisione.

DIRITTO

5. Con l'appello proposto la società Happy Motors contesta le statuizioni di rigetto della sentenza di primo grado fondate sul rilievo in base al quale, alla scadenza del termine di presentazione delle

offerte (il 4 luglio 2018), la società ricorrente non possedesse il requisito prescritto dalla *lex specialis* (in particolare, dall'art. 4, lettera b) della lettera di invito) per aver conseguito soltanto il 5 settembre 2018 la prescritta modifica dell'oggetto sociale e l'iscrizione camerale per attività inerenti all'oggetto dell'appalto (ovvero la manutenzione e riparazione di motocicli e ciclomotori), mentre in precedenza l'oggetto sociale attivato aveva ad oggetto solo il commercio di motoveicoli e pezzi di ricambio.

5.1. In particolare con il primo motivo di impugnazione l'appellante ha lamentato che la sentenza di primo grado sarebbe viziata di errata e insufficiente motivazione circa il possesso del requisito prescritto dall'art. 4 lettera b) della lettera di invito, la violazione del principio del *favor participationis* ad opera degli atti gravati, la natura di requisito di esecuzione (e non di partecipazione) della prescritta iscrizione camerale.

La sentenza appellata, pur rilevando che la Camera di Commercio di Napoli non aveva adempiuto agli incumbenti istruttori disposti dal giudice con ordinanza (al fine di verificare quali esiti avessero avuto le istanze della società ricorrente circa la modifica dell'oggetto sociale, con particolare riguardo alla richiesta dell'8 marzo 2018), ha ritenuto di poterne prescindere in quanto ha attribuito inopinatamente rilievo dirimente ad documento prodotto dalla difesa della controinteressata solo apparentemente indirizzato all'appellante, datato 13 agosto 2018, in cui si comunicava di non poter dare corso alla domanda presentata dalla Happy Motors *“per la mancata regolarizzazione nei termini assegnati ai sensi dell'articolo 11.11 del d.P.R. n. 581/1995”*, e non invece, come sarebbe stato corretto, alle deduzioni della ricorrente (vedi allegato 7 al ricorso, nota prot.1019 del 17

settembre 2018). Quest'ultima aveva evidenziato di avere richiesto in tempo utile, l'8 marzo 2019, la variazione del codice ATECO per la modifica dell'attività prevalente (*“manutenzione e riparazione di motocicli e ciclomotori”*, codice ATECO 45.40.13), peraltro richiesto dalla stazione appaltante solamente con la nota di integrazione documentale del 12 settembre 2018 e non dalla legge di gara (la quale si era limitata a richiedere che il concorrente possedesse l'iscrizione alla CCIAA *“per attività inerenti l'oggetto dell'appalto”*).

Ad ogni modo, già con la visura camerale del 12 febbraio 2018 l'appellante aveva dimostrato che le attività svolte, come emergenti dalla descrizione dell'oggetto sociale, oltre al commercio all'ingrosso e al dettaglio e al noleggio di motocicli, ciclomotori, automezzi ed autoveicoli, comprendevano *“la gestione di officina meccanica motoristica, di carrozzeria, di elettrauto e di gommista per la manutenzione, la riparazione e l'assistenza dei prodotti di cui sopra”* e che il codice ATECO attivato, al termine di scadenza delle offerte, era il codice 45.40.11 riguardante il *“Commercio al dettaglio di motocicli, ciclomotori ed autoveicoli”* che rientra nella serie 45.40 avente ad oggetto il *“commercio, manutenzione e riparazione di motocicli e relative parti ed accessori”*: da qui la prova che, a prescindere dall'esatta corrispondenza del codice attività, l'appellante svolgeva e svolge tuttora attività inerenti l'oggetto della gara, soddisfacendo pertanto appieno il requisito prescritto dalla *lex specialis*.

L'inerenza all'oggetto della gara, richiesta dalla *lex specialis*, non significava infatti corrispondenza assoluta (*id est*: intesa quale perfetta sovrapponibilità) tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione camerale, e l'oggetto del contratto di appalto, ma quale congruenza contenutistica (sussistente

nel caso di specie), secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, “*attraverso una valutazione non atomistica e frazionata, ma globale e complessiva delle prestazioni oggetto di affidamento*”, come statuito dalla giurisprudenza (Cons. Stato, III, 8 novembre 2017, n. 5170; III, 10 novembre 2017, n.5182; V, n. 796 del 7.2.2018).

La diversa interpretazione propugnata dal provvedimento impugnato, prima, e dalla sentenza appellata, poi, viola, dunque, il principio del *favor participationis*: la legge di gara non aveva, infatti, richiesto l’attivazione di un codice ATECORI specifico ai fini dell’ammissione alla procedura selettiva (come confermato dalla stessa modulistica predisposta dalla stazione appaltante per la domanda della partecipazione) e nessun elemento consentiva al primo giudice di ritenere che unico codice utile a tal fine fosse il 45.40.30 (che, a tutto voler concedere, sarebbe requisito di esecuzione e non di partecipazione alla gara).

La sentenza appellata ha, inoltre, del tutto obliterato il decisivo rilievo in base al quale la Camera di Commercio aveva positivamente esitato nelle more dell’*iter* procedimentale, sia pure in ritardo, le richieste di variazione dell’appellante (che aveva di ciò notiziato Poste Italiane con nota dell’8 ottobre 2018) e ha omesso di motivare sulla natura del requisito, benché il ricorso avesse evidenziato che esso, alla luce delle disposizioni della *lex specialis*, fosse da considerarsi quale mero requisito di esecuzione, e non di partecipazione alla gara.

5.2. Con il secondo motivo di gravame, l’appellante ha evidenziato di essere stata invitata alla gara in parola e di avere già svolto il medesimo servizio per cui è causa in favore di Poste Italiane: in particolare, la ditta individuale Happy Motors, la quale aveva svolto a

favore della resistente l'attività di manutenzione oggetto dell'appalto e che possedeva sin dal 1999 il controverso codice ATECO, aveva conferito nella Happy Motors tutti gli elementi attivi aziendali nonché tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi, all'interno dei quali dovevano essere ricompresi anche i codici ATECO; ciò secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, in virtù del quale in caso di cessione, conferimento o acquisto d'azienda o di ramo d'azienda, i requisiti per la partecipazione ad una gara si conservano in base al principio di continuità della gestione e senza soluzione della continuità medesima con trasferimento alla nuova organizzazione imprenditoriale dei requisiti riconducibili al precedente titolare, sì da evitare la dispersione e la vanificazione dei valori di esperienza e di capacità intrinseci nell'azienda ceduta.

5.3. Con il terzo motivo, l'appellante si duole dell'errore di giudizio in cui sarebbe incorsa la sentenza impugnata laddove non ha considerato che eventuali ritardi nella materiale iscrizione della variazione dell'attività principale svolta dalla Happy Motors ovvero del codice attività erano imputabili esclusivamente alla CCIAA di Napoli (la quale avrebbe dovuto procedervi nei termini di legge, vale a dire *“senza indugio e comunque non oltre il termine di 10 giorni dalla data di protocollazione della domanda”* ai sensi dell'art. 11 del d.P.R. 1995, n. 581) e non alla ricorrente, la quale aveva segnalato alla stazione appaltante (con nota del 17 settembre 2018) le fasi dell'*iter* procedimentale intrapreso per ottenere la variazione in parola (invero già conseguita in data 10 aprile 2017 presso l'Agenzia delle Entrate con invio, nella medesima data, anche della documentazione SCIA presso il Comune di Frattaminore, per l'attivazione oggetto sociale *“Manutenzione e riparazione di motocicli e ciclomotori”* 45.40.30) e che tale

procedura aveva subito un rallentamento determinato dalla trasformazione societaria in atto.

5.4. Con il quarto motivo di appello Happy Motors deduce l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta successivamente a favore della MB Motors, in quanto anch'essa carente del requisito prevista dall'art. 4 della lettera di invito, mentre le attività da essa esercitate in riferimento all'unità locale indicata in offerta sarebbero inconferenti rispetto all'accordo quadro per cui è causa: ed invero, l'attività principale, consistente nell' *“ordinaria e minuta manutenzione di motoveicoli e autoveicoli”*, non comprende i servizi oggetto di affidamento, mentre l'attività secondaria riguardava *“riparazione o manutenzione di autoveicoli e motoveicoli da competizione non autorizzati a circolare su strada”* (quali non sono i mezzi adibiti al servizio postale), esulando entrambe peraltro (come confermato dalla stessa CCIAA di Napoli con nota del 25 ottobre 2018) dal perimetro delle attività di autoriparazione ex legge 5 febbraio 1992, n. 122. Da qui discende l'evidente disparità di trattamento nei confronti della controinteressata, sulla quale la sentenza impugnata non ha speso alcuna motivazione.

La sentenza appellata tuttavia ha ritenuto di poter prescindere dai chiarimenti documentali richiesti alla CCIAA di Napoli (con l'ordinanza collegiale n. 1731 del 28 novembre 2018) circa gli esiti del procedimento di variazione avviato con l'istanza dell'8 marzo 2018 e ha dato erroneamente rilevanza alla nota del 13 agosto 2018 prodotta in giudizio dalla difesa della controinteressata, benché questa non recasse l'indirizzo PEC dell'appellante nel campo del destinatario e fosse stata adottata successivamente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte (senza neppure indicare eventuali

precedenti inviti a completare o rettificare la domanda o integrare la documentazione, come richiesto dalla normativa di settore).

In conclusione, secondo l'appellante Happy Motors possedeva il requisito come richiesto dalla lettera di invito e poteva partecipare alla gara e aggiudicarsela.

5.5. Con il quinto motivo di impugnazione l'appellante si duole dell'omesso esame da parte della sentenza di primo grado del sesto e del settimo motivo di ricorso, con i quali era rispettivamente censurata l'illegittimità in via derivata dal gravato provvedimento di esclusione dell'aggiudicazione del Lotto 1 a favore della Terminio Motori, del quale si chiedeva perciò l'annullamento, e, in via gradata, l'illegittima applicazione da parte della stazione appaltante della disciplina relativa agli appalti sotto soglia, nonostante l'importo complessivo della stessa fosse superiore alle soglie comunitarie ai sensi dell'art. 35 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (*"Codice dei contratti pubblici"*), con conseguente illegittimità dell'intera procedura di gara per violazione dei canoni comunitari di pubblicità, trasparenza e *favor participationis*

6. I motivi di appello così sinteticamente esposti, che per la loro connessione possono essere oggetto di trattazione unitaria, sono tutti infondati.

7. Come chiarito dalla recente giurisprudenza di questo Consiglio, che la Sezione condivide e alla quale intende dare continuità, nell'impostazione del nuovo codice appalti l'iscrizione camerale è assurta a requisito di idoneità professionale [art. 83, comma 1, lett. a), e 3, d.lgs. n. 50/2016], 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: la sua utilità sostanziale è infatti quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico (in tal senso Cons. di Stato, III, 8 novembre 2017, n. 5170; Cons. di Stato, V, 25 luglio 2019, 5257).

Pertanto, da tale *ratio* delle certificazioni camerali, nell'ottica di una lettura del bando che tenga conto della funzione e dell'oggetto dell'affidamento, si è desunta la necessità di una congruenza o corrispondenza contenutistica, tendenzialmente completa, tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di Commercio, e l'oggetto del contratto d'appalto, evincibile dal complesso di prestazioni in esso previste: l'oggetto sociale viene così inteso come la "misura" della capacità di agire della persona giuridica, la quale può validamente acquisire diritti ed assumere obblighi solo per le attività comprese nello stesso, come riportate nel certificato camerale (Cons. di Stato, V, 7 febbraio 2012, n. 648; IV, 23 settembre 2015, n. 4457). Quando, dunque, il bando richiede il possesso di una determinata qualificazione dell'attività e l'indicazione nel certificato camerale dell'attività stessa, quest'ultima va intesa in senso strumentale e funzionale all'accertamento del possesso effettivo del requisito soggettivo di esperienza e fatturato, costituente il requisito di interesse sostanziale della stazione appaltante: pertanto, sebbene eventuali imprecisioni della descrizione dell'attività risultanti dal certificato camerale non possono determinare l'esclusione della concorrente che ha dimostrato l'effettivo possesso dei requisiti soggettivi di esperienza e qualificazione richiesti dal bando, nondimeno non può ritenersi irragionevole o illogica la previsione

della legge di gara che richieda l'iscrizione alla CCIAA per l'attività oggetto dell'appalto, poiché tale iscrizione è finalizzata a dar atto dell'effettivo ed attuale svolgimento di tale attività, laddove le indicazioni dell'oggetto sociale individuano solamente i settori, potenzialmente illimitati, nei quali la stessa potrebbe astrattamente venire ad operare, esprimendo soltanto ulteriori indirizzi operativi dell'azienda, non rilevanti ove non attivati.

La su indicata corrispondenza contenutistica, sebbene non debba intendersi nel senso di una perfetta e assoluta sovrapposibilità tra tutte le singole componenti dei due termini di riferimento (il che porterebbe ad ammettere in gara i soli operatori aventi un oggetto pienamente speculare, se non identico, rispetto a tutti i contenuti del servizio da affidarsi, con conseguente ingiustificata restrizione della platea dei partecipanti), va accertata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, in virtù di una considerazione non già atomistica, parcellizzata e frazionata, ma globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto. L'interesse pubblico tutelato da tale disciplina normativa non è, infatti, la creazione e il rafforzamento di riserve di mercato in favore di determinati operatori economici, ma piuttosto quello di assicurare l'accesso al mercato (nel contemperamento con i principi della massima partecipazione e concorrenzialità) anche ai concorrenti per i quali è possibile pervenire ad un giudizio di globale affidabilità professionale (cfr. Cons. di Stato, III, 8 novembre 2017, n. 5170; III, 10 novembre 2017, n. 5182; V, 7 febbraio 2018, n. 796). In definitiva, se è vero che la recente giurisprudenza ha affermato che l'identificazione dell'attività prevalente non può essere basata solo sui codici ATECO (aventi *“preminente funzione statistica, in quanto*

finalizzati ad indicare l'attività nella domanda di iscrizione nel Registro delle imprese senza alcun rilievo sulla connotazione come attività prevalente o accessoria": così Cons. di Stato, V, 17 gennaio 2018, n. 262) - specie allorquando (come nella fattispecie in esame) la *lex specialis* non ne abbia prescritto uno specifico come requisito di idoneità professionale ai fini della partecipazione alla gara - è anche vero che 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 (cfr. Cons. di Stato, V, 25 settembre 2019, n. 6431; V, 25 luglio 2019, n. 5257).

8. In applicazione dei richiamati principi giurisprudenziali, risulta dirimente ai fini del decidere accertare l'oggetto dell'appalto in base alle disposizioni della *lex specialis* della procedura ed esaminare la natura e la qualità delle prestazioni dedotte nel capitolato speciale d'oneri e la relazione nella quale queste si pongono rispetto ai richiesti requisiti di capacità, per poi raffrontarle con le risultanze del certificato camerale dell'appellante e con gli esiti del procedimento di variazione dell'oggetto sociale attivato instaurato dalla stessa.

8.1. In base all'art. 3 della Lettera di invito, la procedura in questione riguarda *"il servizio di manutenzione dei motomezzi Piaggio Tipologia Liberty adibiti al servizio postale, di proprietà di Poste Italiane S.P.A. da eseguire nell'ambito di alcuni Centri di Distribuzione della provincia di Avellino – Benevento – Caserta – Salerno"*.

Il Capitolato speciale d'oneri prevede invece all'art. 1 che l'oggetto del servizio *"consiste nell'esecuzione di prestazioni di manutenzione ordinaria,*

straordinaria ad evento su chiamata e revisione del parco motomezzi Piaggio Liberty, di proprietà di Poste Italiane s.p.a. dislocati negli uffici di recapito, da svolgersi attraverso una o più sedi operative”.

Il successivo art. 3, rubricato “*Descrizione degli interventi richiesti*” dispone che “*L’impresa che si aggiudica l’appalto deve assicurare tutti gli interventi finalizzati a mantenere la piena funzionalità dei mezzi che operano nei centro di Poste localizzati nelle aree di riferimento realizzando quanto necessario per assicurare la corretta efficienza e disponibilità degli stessi, compresa la sostituzione delle parti non più riparabili, nei tempi indicati nell’art. 7*”; e, nell’enucleare gli interventi principali, stabilisce che essi consistono in “*a) Interventi di manutenzione programmata*” tra cui manutenzione ordinaria, tagliandi, controllo delle emissioni degli inquinanti; “*b) Interventi di riparazione...*”; “*c) interventi di riparazione e sostituzione pneumatici; a. sostituzione pneumatici...; b. tipologie pneumatici...; d) soccorso stradale...; e) lavaggio motomezzo su richiesta del responsabile dell’unità produttiva; f) f) smaltimento batterie, gomme, olii esausti, ricambi...*”.

8.2. Orbene così delineato l’oggetto dell’appalto e ribadito che la lettera di invito richiedeva, quale requisito di partecipazione alla gara ex art. 80 del D.Lgs. n. 50 del 2016 e non di mera esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto (in quanto requisito e misura dell’idoneità ed affidabilità professionale della concorrente), l’iscrizione alla CCIAA competente per attività inerenti l’oggetto dell’appalto, è indubbio che, alla scadenza del previsto termine per la presentazione delle domande, l’appellante Happy Motors fosse carente del prescritto requisito soggettivo: rilevava, infatti, in base alla lettera di invito, l’iscrizione alla CCIAA avente ad oggetto le attività inerenti l’appalto, e non quanto indicato nell’oggetto sociale.

A tale riguardo, risulta dal certificato camerale dell'appellante che, alla scadenza del termine, l'attività esercitata afferisse al "*commercio al dettaglio di motocicli, ciclomotori ed autoveicoli*", con attivazione del corrispondente codice ATECO, e che la richiesta di variazione in data 8 marzo 2018 inerente all'attività manutentiva, oggetto del servizio da affidarsi, fosse stata sospesa per poi essere definitivamente rifiutata per mancata regolarizzazione (come si evince dalla nota del 13 agosto 2018, prodotto dalla controinteressata e non disconosciuta in giudizio dall'appellante).

La circostanza che vi sia stata una tempestiva richiesta di variazione non è, infatti, argomento che consente di sovvertire la sentenza impugnata, in quanto, a prescindere dalla nota su indicata, l'appellante non ha comunque dimostrato che quella richiesta fosse stata favorevolmente esitata: al contrario, nella ricostruzione della vicenda, la stessa Hobby Motors riconosce di aver, in data successiva alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, ottenuto un nuovo protocollo e documentazione integrativa della SCIA presso il Comune di Frattaminore relativa all'attivazione dell'oggetto sociale inerente alla manutenzione e riparazione (dal che si evince che la SCIA non si era affatto perfezionata) e di aver avviato una nuova pratica per variazione attività prevalente con nuova protocollazione in CCIAA : entrambe le procedure sono state avviate nuovamente dalla società appellante dopo la data recata dalla controversa nota di rifiuto di iscrizione (rispettivamente il 10 luglio 2018, la nuova pratica SCIA e il 29 agosto 2018 presso la Camera di Commercio) e sono sfociate nell'iscrizione prescritta dalla legge di gara, come bene rilevato dalla sentenza impugnata, solo a far data e con effetto dal 5 settembre 2018 (senza che alla mancanza di idonea certificazione

camerale potessero supplire la richiesta all'Agenzia delle Entrate che non costituisce titolo per l'esercizio dell'attività né vale a provarla). Né l'appellante ha provato che, pur in mancanza dell'attivazione dell'oggetto sociale mediante l'iscrizione alla CCIAA e a prescindere dalle risultanze della certificazione camerale, operasse nel corrispondente settore ed esercitasse effettivamente ed in concreto l'attività manutentiva (non disponeva, infatti, fino al 5 settembre 2018 di alcuna sede operativa adibita ad officina).

Non sussiste poi tra l'attività esercitata dalla società, come risultante dalla visura camerale prodotta, ovvero il commercio di motocicli, ciclomotori ed autoveicoli, e quella di manutenzione e riparazione degli stessi oggetto dell'appalto, un rapporto di continenza tale da poter ritenere soddisfatto il requisito in capo all'appellante.

8.3. Non è fondata neanche la tesi secondo la quale vi fosse continuità aziendale senza soluzione rispetto alla precedente ditta individuale conferente che avrebbe travasato nella società conferitaria tutti gli elementi dell'organizzazione aziendale, ivi compresi i codici attività posseduti: poiché i codici attività indicano l'attività in concreto e realmente esercitata, era sempre necessaria un'espressa richiesta alla CCIAA quanto all'attivazione delle attività da parte del nuovo soggetto (la s.r.l. di nuova costituzione nel quale è stata conferita l'azienda) che poteva in concreto svolgerne di diverse rispetto alla precedente ditta.

8.4. Né vale asserire che il ritardo fosse imputabile alla Camera di Commercio: nulla ha provato l'appellante al riguardo al fine di dimostrare che la conclusione dell'*iter* procedimentale in tempo non utile per il conseguimento del requisito soggettivo di partecipazione alla gara fosse ascrivibile all'operato dell'ente, mentre rileva il dato

oggettivo risultante dalla visura camerale, come integrata dai contenuti della nota di diniego prodotta dalla controinteressata, per cui, alla scadenza del termine di presentazione delle domande, la pratica risultava sospesa ed incompleta per difetto di regolarizzazione, non sussistendo perciò il concorso delle condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione.

Peraltro, l'art. 2189 c.c. prevede che contro il rifiuto dell'iscrizione (da comunicarsi al richiedente con raccomandata) l'interessato può ricorrere entro otto giorni al giudice del registro che provvede con decreto. Nella stessa nota di rigetto era altresì indicato l'autorità cui ricorrere e il termine per provvedervi, ai sensi dell'art. 3, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241.

L'appellante tuttavia non ha provato, neppure in via di mera allegazione, di aver impugnato il provvedimento di diniego della richiesta di variazione (sì da ottenere il provvedimento modificativo dell'oggetto sociale attivato con effetti retroattivi dalla richiesta), ma a seguito del diniego, determinato dalla mancata regolarizzazione della domanda di variazione ex art. 11 del d.P.R. n. 581 del 1995 (recante *“Regolamento di attuazione dell'art. 8 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, in materia di istituzione del registro delle imprese di cui all'art. 2188 c.c.”*), ha avviato una nuova ed autonoma procedura e ripresentato un'altra domanda (il 29 agosto 2018), conseguendo solo per effetto di quest'ultima l'attivazione di quelle attività, ma in data non utile perché successiva alla scadenza del termine. L'art. 11, comma 6, del citato d.P.R. dispone infatti che il Conservatore *“accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o*

incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali”.

Dal tenore della nota prodotta dalla controinteressata (ed in particolare dal riferimento ivi contenuto a quest’ultima norma) può dunque ritenersi pacifico che la richiesta di variazione è stata denegata a causa della mancata integrazione della pratica in base alle disposizioni della norma richiamata e non è certo dipesa dall’inerzia della CCIAA.

8.5. Quanto all’errore di giudizio in cui sarebbe incorsa la sentenza appellata per non aver ritenuto illegittima l’aggiudicazione a favore della MB Motors perché anch’essa asseritamente carente del requisito, il motivo in esame, oltre che inammissibile (in quanto l’appellante avrebbe dovuto impugnare l’ammissione della controinteressata e non l’aggiudicazione del lotto controverso ed è comunque priva di interesse a contestare la mancanza di un requisito da parte di altra impresa partecipante di cui è essa stessa carente e per il quale è stata doverosamente esclusa), è infondato. MB Motors è abilitata allo svolgimento di attività inerente l’appalto in questione e ha attivato quale attività principale il corrispondente codice ATECORI 45.40.3, ovvero *“manutenzione o riparazione di motocicli e ciclomotori (inclusi i pneumatici)”* (*id est*: lo stesso che la stazione appaltante ha richiesto all’appellante e la cui mancanza ha determinato l’esclusione). In ogni caso, anche a dare rilievo alle affermazioni dell’appellante secondo la quale l’attività prevalente della MB Motors è quella di minuta e ordinaria manutenzione e quella secondaria di manutenzione di mezzi da competizione non autorizzati a circolare su strada, è sufficiente osservare: a) per la manutenzione straordinaria, come consentito dalla lettera di invito,

L'aggiudicataria MB Motors può avvalersi di altre imprese qualificate e ricorrere al subappalto nei limiti del 30 per cento (come ha dichiarato); b) non rileva la tipologia di automezzo, ma l'attività; c) le attività oggetto di appalto non sono quelle di autoriparazione (sicché inconferente è il riferimento alla legge n. 122 del 1992), bensì quelle di manutenzione.

Ne consegue che non sussiste alcuna disparità di trattamento poiché non sono identiche le fattispecie oggetto di raffronto.

8.6. Sono infine infondate le censure formulate con il sesto e il settimo motivo del ricorso introduttivo, non esaminate dal Tribunale.

8.7. In primo luogo, non sussiste dunque la dedotta illegittimità in via derivata dell'aggiudicazione della Terminio Motors, stante la piena legittimità, per quanto sopra detto, della revoca dell'aggiudicazione.

8.8. È altresì infondata (oltre che inammissibile per carenza di interesse, anche solo strumentale alla riedizione della gara, vista la legittimità del provvedimento di esclusione) la censura inerente alla mancanza di evidenza e pubblicità della gara in questione: a tale riguardo, deve osservarsi come, nella specie, trova piena applicazione la disciplina del riparto tra sopra e sotto soglia comunitaria nell'ambito dei settori speciali cui Poste Italiane nell'ambito di erogazione dei servizi postali soggiace. L'oggetto dell'appalto (ovvero la manutenzione dei motomezzi) è con evidenza inerente e strumentale al servizio postale e alle sue attività intrinseche, che comprendono, secondo la previsione dell'art. 120 del D.Lgs. n. 50 del 2016, anche il trasporto e la distribuzione di invii postali. Per detti settori, in forza del combinato disposto di cui agli articoli 35, comma 2, 10 e 120 del D.Lgs. n. 50 del 2016 *“Codice dei contratti*

pubblici”, il limite del valore sotto soglia è pari ad euro 443.000,00, ben sopra il valore cumulato dei lotti (pari ad euro 374.885,96 al netto degli oneri fiscali)

8.9. In conclusione, risultano immuni dai vizi dedotti le statuizioni di prime cure laddove hanno ritenuto legittima la decisione della stazione appaltante di esclusione ed annullamento dell’aggiudicazione per essere l’appellante priva di un requisito di idoneità professionale qualificabile come requisito di ammissione (nella misura in cui consente di verificare la corrispondenza e congruenza dell’oggetto dell’iscrizione con quello dell’appalto e, per tale via, la specifica capacità tecnica dei concorrenti in modo da selezionare ditte che abbiano un’esperienza specifica nel settore interessato dall’appalto: cfr. Cons. di Stato, v, 14 aprile 2015, n. 1874; V, 10 aprile 2018, n. 2176), e non di mera esecuzione.

Correttamente, infatti, la sentenza di prime cure, conformandosi ai richiamati principi giurisprudenziali, ha ritenuto rilevante, ai fini della determinazione dell’oggetto sociale, l’iscrizione dell’impresa in una determinata categoria presso la C.C.I.A.A., dimostrativa della volontà della stessa società di esercitare quell’attività per la quale ha chiesto l’iscrizione, raffrontandola poi con l’oggetto dell’appalto; e ha quindi altrettanto correttamente e coerentemente concluso, sulla base dell’operato raffronto, che la concorrente non soddisfacesse il requisito prescritto dal disciplinare che richiedeva l’iscrizione camerale *“per attività inerente l’oggetto della gara”*, in quanto l’attività di manutenzione e riparazione, pur contenuta nell’oggetto sociale dell’appellante, non risultava attivata mediante l’iscrizione alla CCIAA.

9. Per le ragioni esposte, l’appello va respinto.

10. Le spese seguono la regola generale della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante Happy Motors s.r.l. alla rifusione delle spese di giudizio a favore delle appellate Poste Italiane s.p.a. e MB Motors s.r.l. che liquida forfettariamente in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00) a favore di ciascuna parte costituita, oltre oneri accessori se per legge dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO

