

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello n. 1661/2006, proposto da

IMPRESA xxxxxx COSTRUZIONI s.r.l.,

in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Raimondo Alaimo ed elettivamente domiciliata in Palermo, piazza Marina n. 19, presso lo studio dell'avv. Michele Roccella;

c o n t r o

l'IMPRESA CO.MA.CA. s.r.l., in persona del legale rappresentate pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Salvatore Giacalone ed elettivamente domiciliata in Palermo, via Notarbartolo n. 5, presso lo studio dell'avv. Lucia Di Salvo;

e nei confronti

del COMUNE DI MARSALA, in persona del Sindaco pro-tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - sede di Palermo (sez. III) - n. 257/07 del 31 gennaio 2007.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Impresa CO.MA.CA. s.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 27 settembre 2007 il consigliere Pietro Falcone, e uditi altresì l'avv. G. Immordino, su delega dell'avv. R. Alaimo, per l'impresa appellante e l'avv. G. Rubino, su delega dell'avv. S. Giacalone, per l'impresa appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

F A T T O

1. Con ricorso proposto innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, l'Impresa CO.MA.CA. s.r.l. ha chiesto l'annullamento:

- del provvedimento del 7 giugno 2006, di ammissione alla gara dell'Impresa xxxxx Costruzioni s.r.l.;
- del provvedimento del 26 giugno 2006 di aggiudicazione dell'appalto a favore dell'offerta presentata dalla stessa impresa controinteressata;
- del provvedimento del 26 giugno 2006 di mancata aggiudicazione dell'appalto a favore dell'offerta presentata dalla ricorrente Impresa CO.MA.CA. s.r.l.;
- degli stessi verbali di gara del 7 giugno 2006 e del 26 giugno 2006 nella parte in cui recano i sopra elencati provvedimenti.

In quella sede, la controinteressata xxxxx Costruzioni s.r.l. ha proposto ricorso incidentale avverso gli stessi verbali di gara del 7 e del 26 giugno 2006 nella parte in cui è stata ammessa alla selezione la ricorrente principale.

L'adito T.A.R. Sicilia, con sentenza n. 257/07 del 31 gennaio 2007, ha respinto il ricorso incidentale ed ha accolto il ricorso principale, per l'effetto, annullando i provvedimenti impugnati.

2. In sede d'appello, la xxxxx Costruzioni s.r.l. sostiene l'erro-neità della sentenza, sotto diversi profili.

3. L'appellata, CO.MA.CA. s.r.l., costituitasi in giudizio, ha dedotto l'infondatezza del ricorso.

DIRITTO

1. La sentenza impugnata ha annullato l'aggiudicazione dell'appalto in questione alla xxxxx Costruzioni s.r.l., in quanto la società in data 11 novembre 2005 aveva acquistato un ramo dell'azienda facente capo alla xxxxxx Costruzioni s.a.s. di xxxxxxo & C., ma, nella documentazione presentata a corredo dell'offerta, aveva dichiarato che "non esistono soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara".

Tale omissione dichiarativa ha comportato la violazione dell'art. 75 D.P.R. 554/1999, vigente all'epoca della gara in questione, con riferimento agli amministratori e ai direttori tecnici già facenti parte dell'impresa cedente, cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

2. In sede d'appello, la xxxxxx Costruzioni s.r.l., ripropone il motivo di ricorso incidentale, disatteso dal primo giudice, secondo cui l'appellata, CO.MA.CA. s.r.l., ricorrente in primo grado avrebbe dovuto essere esclusa dalla selezione per avere prodotto, a corredo della propria offerta, un DURC (documento unico di regolarità contributiva) che non attesterebbe la regolarità contributiva dell'impresa verso l'INAIL.

Nella specie, infatti, la parte del modulo riservata alla posizione verso detto Ente assistenziale manca dell'indicazione della data sino alla quale la Co.Ma.Ca. s.r.l. risulta avere adempiuto ai propri obblighi contributivi verso quell'Istituto.

Pertanto, l'ammissione in gara sarebbe avvenuta in violazione dell'art. 1, comma 12, L.R. 16/2005 e dell'art. 5 del disciplinare di gara.

Il motivo è infondato.

Come sostenuto dal primo giudice, dalla lettura del modulo prodotto dalla Co.Ma.Ca. s.r.l. risulta evidente che il responsabile dello sportello unico previdenziale, deputato al rilascio della certificazione in parola, abbia attestato a chiare lettere, in data 12 aprile 2006 (e, quindi, meno di quattro mesi prima dalla pubblicazione del bando e dalla celebrazione della gara) come la predetta società risultasse "regolare ai fini del DURC".

Tale esplicita risultanza documentale ha evidente significato omnicomprendente e vale a soddisfare la condizione di partecipazione alla gara fissata dal comma 12 dell'art. 1 L.R. 16/2005 e dall'art. 5 del disciplinare di gara.

Sul punto, ritiene il Collegio che una tale attestazione proveniente dall'organo competente non può configurare una mera "formula di stile utilizzata dal responsabile dello sportello unico previdenziale", come sostenuto dall'appellante.

3. Con altro motivo, la ricorrente contesta la tesi del primo giudice, in ordine all'asserita violazione dell'art. 75 D.P.R. 554/1999.

Al riguardo, deduce, in primo luogo, che non sussiste un trasferimento d'azienda, come ritenuto dal primo giudice; né trattasi di cessione di ramo d'azienda, e, comunque, non di successione a titolo universale, bensì di mera cessione dei requisiti di ordine speciale (adeguata idoneità tecnica ed organizzativa, dotazione di attrezzatura), da utilizzare ai fini del rilascio dell'attestazione SOA e non di quelli di ordine generale.

Quanto al primo rilievo, osserva il Collegio che i presupposti di fatto, presi in considerazione dal primo giudice, non possono giustificare il dubbio prospettato dall'appellante, secondo cui vi sia un errore nella qualificazione della fattispecie come se si fosse trattato di un trasferimento d'azienda.

In via preliminare, va premesso che anche il trasferimento di un ramo d'azienda che costituisca, prima del trasferimento, un'entità dotata di autonomia ed unitaria organizzazione è configurabile come trasferimento aziendale (Cass. civ., sez. lav., 16 ottobre 2006, n. 22125). Infatti, per "ramo d'azienda", ai sensi dell'art. 2112 c.c. (così come modificato dal d.lg. 2 febbraio 2001 n. 18, in applicazione della direttiva Ce n. 98/50), come tale suscettibile di autonomo trasferimento riconducibile alla disciplina dettata per la cessione di azienda, deve intendersi ogni entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità, il che presuppone una preesistente realtà produttiva autonoma e funzionalmente esistente (Cass. civ., sez. lav., 6 aprile 2006, n. 8017).

Pertanto, il punto 4.5. della sentenza impugnata non lascia dubbi sul fatto che, nella specie, trattasi di cessione di ramo d'azienda: "4.5 – Nel caso di specie è incontestato che l'aggiudicataria

xxxxxx Costruzioni s.r.l., costituita il 26 ottobre 2005, aveva acquisito in data 11 novembre 2005, mediante apposito negozio di trasferimento, un ramo d'azienda della xxxxx Costruzioni s.a.s. di xxxxxx & C.; quest'ultima società - come risulta dalle visure camerali versate in giudizio - comprendeva nel proprio organico, nel triennio precedente alla pubblicazione del bando di gara (e continua a comprendere), un socio accomandatario (cui era stata successivamente attribuita la funzione di liquidatore, senza che risulti la dismissione della qualità di socio accomandatario e di titolare di metà del capitale sociale) ed un direttore tecnico, della cui esistenza la cessionaria avrebbe dovuto fare menzione in sede di partecipazione alla gara in questione".

Nel merito, il motivo d'appello è infondato.

L'articolo 75 del d.p.r. n. 554 del 1999 elenca i così detti requisiti soggettivi dei quali deve essere in possesso l'impresa che intenda partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione di un contratto pubblico.

Tra questi, quello indicato dal comma 1, lettera c), si riferisce alla circostanza che l'imprenditore partecipante non abbia ricevuto condanne penali per reati che incidono sulla affidabilità morale e professionale e che l'impresa partecipante non utilizzi, né abbia utilizzato nei tre anni precedenti, personale tecnico e non sia stata amministrata da soggetti attinti da tali condanne penali.

La prescrizione posta dall'articolo 75 è soddisfatta mediante il rilascio, da parte dell'imprenditore o del rappresentante legale della impresa, di autocertificazioni ad hoc. Queste hanno il duplice scopo di certificare il possesso del requisito soggettivo negativo e di porre la Stazione appaltante nelle condizioni di valutare, in caso di positività, l'incidenza delle condanne sulla moralità ed affidabilità anche verificandone la veridicità della dichiarazione.

Il problema giuridico da affrontare in questa sede è quello se le dichiarazioni rese dalla impresa debbano essere espressamente riferite anche agli amministratori e direttori tecnici di un'impresa estranea alla gara, dalla quale la partecipante abbia acquisito un ramo di azienda prima della scadenza dei termini di partecipazione alla gara stessa.

In altri termini, si pone la questione se i requisiti soggettivi (negativi) propri della impresa cedente si trasmettano alla impresa cessionaria, atteso che le dichiarazioni richieste dal bando non sono che lo strumento per attestare la sussistenza dei requisiti stessi.

La risposta è positiva.

In effetti, la finalità dell'articolo 75 è quella di escludere dalle procedure ad evidenza pubblica imprenditori ed imprese per i quali si possa presumere una gestione non corretta della azienda attraverso la verifica di parametri diversi, tra cui quello relativo alla personalità penale di amministratori e direttori. Ciò si deduce agevolmente dall'ultimo inciso della norma, secondo cui l'impresa è ammessa non ostante la presenza di condanne qualora dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata.

Ciò significa che l'impresa è stata piuttosto la vittima che il complice della condotta penalmente rilevante e che ha posto in essere gli opportuni accorgimenti per dissociare la propria gestione da quella che sarebbe stata indotta dalla condotta sanzionata. Per altro, la gestione di cui si tratta non deve necessariamente riguardare tutta l'azienda, ma può anche essere relativa ad una parte di

essa, ovvero il ramo, senza che venga meno quella connessione tra la gestione e la personalità penalmente colpevole.

Basti pensare che l'influenza negativa di un soggetto condannato ben può riverberarsi sul solo ramo e non sull'intera azienda, come nel caso dell'elemento dell'avviamento, nella specie, espressamente facente parte della cessione del ramo d'azienda di data 11 novembre 2005.

Deve quindi ritenersi che anche nella cessione di un ramo di azienda, oltre che ovviamente nella cessione della intera azienda, si realizzi una successione di alcuni elementi soggettivi pur presenti nel singolo ramo, tanto che l'eventuale inquinamento della gestione causato da un amministratore o direttore tecnico (il quale in ipotesi non sia stato trasferito alla cessionaria insieme al ramo di azienda) tuttavia riverberi la sua influenza negativa.

Una contraria tesi comporterebbe una facile elusione dei divieti di partecipazione, in violazione della disposizione contenuta nel citato art. 75 D.P.R. 554/1999, secondo cui "In ogni caso il divieto opera anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara ...". Infatti, nell'ipotesi di cessione di ramo di azienda, sussiste il rischio del permanere dell'influenza di eventuali cedenti privi dei requisiti di affidabilità, con violazione del divieto nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

4. Per quanto precede, l'appello non merita accoglimento.

Sussistono giustificati motivi per la compensazione integrale delle spese, competenze ed onorari di questo grado del giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, rigetta il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo, dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, nella camera di consiglio del 27 settembre 2007, con l'intervento dei signori: Riccardo Virgilio, Presidente, Pietro Falcone, estensore, Ermanno de Francisco, Antonino Corsaro, Filippo Salvia, componenti.

F.to: Riccardo Virgilio, Presidente

F.to: Pietro Falcone, Estensore

F.to: Loredana Lopez, Segretario

Depositata in segreteria il 6 maggio 2008.

