

L'impresa partecipante ad una gara pubblica deve rendere la dichiarazione circa l'inesistenza delle situazioni di cui all' art. 38 del codice dei contratti anche per gli amministratori ed i direttori tecnici di un'impresa estranea alla gara, dalla quale a

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Obbligatorie dichiarazioni in caso di acquisito un'azienda o un ramo di azienda prima della scadenza dei termini di partecipazione

l'impresa partecipante ad una gara pubblica deve rendere la dichiarazione circa l'inesistenza delle situazioni di cui all' art. 38 del codice dei contratti anche per gli amministratori ed i direttori tecnici di un'impresa estranea alla gara, dalla quale abbia acquisito un'azienda o un ramo di azienda prima della scadenza dei termini di partecipazione.

In tali ipotesi si realizza, infatti, la successione di elementi soggettivi, che possono avere refluenza sulla gestione della impresa cessionaria (cfr. ex multis, C.G.A., sez. giurisd., 31 luglio 2008, n. 1020, 23 luglio 2008, n. 685 e 29 maggio 2008, n. 471).

Nella specie, come è stato sopra dimostrato, la società RICORRENTE 2 Servizi, prima della scadenza dei termini per la partecipazione alla gara per cui è causa, si è resa cessionaria di un ramo d'azienda da parte della "ALFA Sistemi" s.p.a., in forza di contratto stipulato il 5 giugno 2007.

Conseguentemente la cessionaria "RICORRENTE 2 Servizi" s.r.l. avrebbe dovuto rendere le dichiarazioni previste dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 e dalle disposizioni del disciplinare di gara, che a tale norma si richiamavano, anche per i soci e gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza dell'impresa cedente.

Non essendo stato tale onere adempiuto, il seggio di gara ne avrebbe dovuto disporre l'esclusione, per cui condivisibilmente il TAR ha accolto il ricorso.

Concludendo, in forza di quanto esposto, l'appello è infondato e, pertanto, va respinto.

Ritiene altresì il Collegio che ogni altro motivo od eccezione di rito e di merito possa essere assorbito in quanto influente ed irrile-vante ai fini della presente decisione.

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 27 del 17 gennaio 2011 pronunciata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana

N. 27/11 Reg.Dec.

N. 1456 Reg.Ric.

ANNO 2009

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. 1456/09, proposto da***

c o n t r o***

e nei confronti***

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Sicilia - sede di Palermo (sez. I) - n. 1435/09 dell'11 agosto 2009.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio degli avv.ti F. Stallone e S. Viola per la Controinteressata s.c. a r.l. e

dell'avv. ***** per l'A.S.P. Palermo;

Vista l'ordinanza n. 1223/09 di questo Consiglio di Giustizia Amministrativa;

Vista la memoria in data 10.3.2010 in difesa dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Palermo;

Visti gli atti tutti della causa:

Relatore il Consigliere *****;

Uditi alla pubblica udienza del 16 marzo 2010 l'avv. ***** per le società appellanti, l'avv. ***** ,
su delega degli avv.ti F. Stallone e S. Viola, per la società appellata e l'avv. ***** per la
controinteressata Azienda sanitaria;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Con ricorso al T.A.R. Palermo, notificato il 14 novembre 2008 e depositato il giorno 18 successivo, la
"Controinteressata" s.c. a r.l. esponeva che, con deliberazione n. 116 del 1° febbraio 2007, l'AUSL n. 6 di
Palermo aveva indetto una gara per l'affidamento triennale del servizio di "gestione della infrastruttura
informatica" a lotto unico (importo a b.a. € 290.000,00, IVA esclusa), da aggiudicarsi con il criterio della
offerta economicamente più vantaggiosa.

Esaurita la fase di valutazione ed aperte le buste contenenti il prezzo offerto, nella seduta del 28 gennaio 2008, l'appalto veniva aggiudicato provvisoriamente alla ATI costituenda tra la "Ricorrente" s.r.l. e la "RICORRENTE 2 Servizi" s.r.l., mentre la ricorrente si collocava al secondo posto in graduatoria.

Con deliberazione n. 916 del 29 agosto 2008, il Direttore Generale dell'Azienda aggiudicava in via definitiva l'appalto alla ATI.

La ricorrente chiedeva l'annullamento, previa sospensiva e vinte le spese, dei provvedimenti impugnati, per i seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 75, comma 1, lettera c) del D.P.R. n. 554/1999, nonché dell'art. 4, lettere b) e c) del Disciplinare di gara. Mancata indicazione nell'ipotesi di cessione di azienda nel triennio dei direttori tecnici ed amministratori dell'impresa cedente ed omessa dichiarazione e documentazione del requisito soggettivo della moralità professionale con riferimento agli stessi;

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 del D.L.vo n. 163/2006;

3) Violazione e falsa applicazione degli artt. 86 - 88 del D.L.vo n. 163/2006 e degli artt. 61 e ss. del D.L.vo n. 276/2003.

L'AUSL n. 6 di Palermo si costituiva in giudizio ed, eccepita preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione del bando, quale atto generale presupposto, ne chiedeva il rigetto poiché infondato nel merito.

Anche il RTI controinteressato si costituiva in giudizio per chiedere il rigetto del ricorso, poiché infondato,

stante, tra l'altro, che: la dichiarazione circa l'inesistenza di situazioni ostative di cui all'art. 38 del D.L.vo n. 163/2006 sarebbe stata resa in termini generali per tutti i soci ed amministratori muniti di poteri di rappresentanza; nessuna causa di esclusione si sarebbe configurata in capo ai soggetti in questione; si sarebbe trattato della cessione non di un'azienda o di un ramo d'azienda, ma di un contratto.

Con ordinanza n. 222 del 24 febbraio 2009, il T.A.R. adito respingeva l'istanza cautelare, non avendo ritenuto configurabile alcun pregiudizio grave ed irreparabile.

Tuttavia, tale decisione veniva poi riformata da questo C.G.A. con ordinanza n. 378 del 22 aprile 2009, che sospendeva l'efficacia degli atti impugnati.

Con memoria depositata in vista dell'udienza, le società "Ricorrente" s.r.l. ed "RICORRENTE 2 servizi" ***** (controinteressate) insistevano per il rigetto del ricorso, poiché infondato.

Anche l'Amministrazione resistente depositava una memoria, con la quale insisteva per il rigetto del ricorso per infondatezza.

Con sentenza n. 1435/09, il T.A.R. Palermo ha accolto il ricorso proposto dalla Controinteressata s.c. a r.l..

Con l'appello in epigrafe, le società RICORRENTE s.r.l. e RICORRENTE 2 SERVIZI s.r.l. hanno impugnato detta sentenza n. 1435/09, deducendo:

1) Error in iudicando: per violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), D.Lgs. 163/2006 (ex art. 75, comma 1, lett. c) del D.P.R. n. 554/99) nonché dell'art. 8, punto 1 lett. d) del Disciplinare di gara, ed eccesso di potere per vizio della motivazione ed errata qualificazione del contratto stipulato tra la

RICORRENTE 2 Servizi e la ALFA Sistemi come contratto di cessione di ramo d'azienda.

Sull'errata valutazione circa la natura del contratto stipulato tra la I e T Servizi e la ALFA Sistemi, il Giudice di prime cure sarebbe pervenuto alla conclusione di dover qualificare il contratto stipulato tra le menzionate società come "cessione di ramo d'azienda", non avendo ritenuto di poterlo qualificare come "cessione di contratto", senza tuttavia valutare in concreto se il contratto di specie integrasse gli elementi essenziali per poter essere qualificato come contratto di "cessione di ramo d'azienda".

Sarebbe evidente il salto logico compiuto dal T.A.R adito in ordine alla valutazione circa la natura del contratto di specie, ovvero qualificare il contratto come "cessione di ramo d'azienda" non perché ne integri i requisiti essenziali ma in quanto non qualificabile come "cessione di contratto".

Parte ricorrente, citando favorevole giurisprudenza, sostiene che il contratto stipulato tra RICORRENTE 2 Servizi e la ALFA Sistemi non presenterebbe i requisiti essenziali per essere qualificato come cessione d'azienda ex art. 2112, comma 5, c.c. in quanto, con la stipula di tale contratto, la RICORRENTE 2 Servizi non avrebbe acquistato dalla ALFA Sistemi alcuna "articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata".

Sull'applicabilità nel caso di specie della giurisprudenza che estende anche al caso di cessione di ramo d'azienda la necessità di ottemperare agli oneri dichiarativi di cui all'art. 75 lettera c) del D.P.R. n. 554/1999 sia per l'impresa cessionaria che per l'impresa cedente, parte appellante sostiene che il TAR avrebbe dovuto respingere il ricorso proposto dalla Controinteressata in ragione del fatto che dal contratto di specie non discenderebbe alcuna successione nei requisiti soggettivi (positivi e/o negativi) tra i contraenti, né tanto meno si verificherebbe la successione di elementi soggettivi della ALFA che possono influenzare la gestione della RICORRENTE 2.

Secondo la ratio dell'art. 38 del codice degli appalti, qualora non si realizzi alcuna successione e, quindi,

non possano rilevare i requisiti della cedente nella gara, non sarebbe necessaria la certificazione morale di soggetti del tutto estranei alle vicende della procedura.

Conclusivamente, i ricorrenti hanno chiesto la riforma della sentenza impugnata, previa sospensione della stessa, statuendo, per l'effetto, il rigetto del ricorso proposto dinanzi al T.A.R. dalla società Controinteressata.

Con apposita memoria, si è costituita in giudizio l'Azienda Sanitaria Provinciale di Palermo per chiedere, a sua volta, la riforma dell'impugnata sentenza del T.A.R. e, quindi, il rigetto del ricorso originariamente proposto dalla Controinteressata s.r.l., deducendo:

1) *Errores in iudicando*: violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c) D.Lgs. 163/06 (ex art. 75, comma 1, lett. c) del D.P.R. 554/99) nonché dell'art. 8, punto 1 lett. d) del Disciplinare di gara, ed eccesso di potere per vizio della motivazione. Errata qualificazione del contratto stipulato tra la RICORRENTE 2 Servizi e la ALFA Sistemi come contratto di cessione di ramo d'azienda.

La suddetta Azienda, dopo aver ripercorso le fasi salienti della controversia in argomento, ha dedotto, citando numerosi precedenti giurisprudenziali, che, nella fattispecie che ci occupa, la ALFA Sistemi, con l'atto pubblico in argomento, avrebbe trasferito alla RICORRENTE 2 Servizi S.r.l. non un vero e proprio ramo d'azienda dotato di autonomia (cioè proprio capitale, personale ed attrezzature, contratti) ma solo alcuni beni specifici, quali personal computers, telefoni cellulari, autorizzazioni e contratti ed ordini relativi al raggruppamento d'impresa aggiudicatario della gara d'appalto indetta dalla Informatica Trentina s.p.a.;

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c) D.Lgs. 163/08 sotto diverso profilo.

La suddetta Azienda, nel ribadire le proprie difese avverso le censure sollevate dal ricorrente originario, afferma che non “capisce quale obbligo sia incombente sull’aggiudicataria di dover comunicare alla stazione appaltante anche i requisiti morali della società acquisita dall’aggiudicataria stessa nel triennio antecedente alla selezione, se il bando di gara è di tenore generico (“situazione personale come ex art. 38, 39 D.Lgs. 163/06”) ed il capitolato d’oneri, non contestati a tempo debito dalla odierna ricorrente, si limita a chiedere “l’inesistenza di situazioni ostative previste dall’art. 38 del D.Lgs. 163/06 che deve essere attestato, nel caso di società, per tutti i soci ed amministratori muniti di potere di rappresentanza”.

Concludendo sul punto, afferma, altresì, che “non risulta essere previsto alcun obbligo per l’aggiudicataria anche di dover comunicare i requisiti morali della società “ALFA Sistemi” s.p.a. da essa acquistata ove intesa nella stessa incorporata, posto che quest’ultima in detta fattispecie avrebbe perso la sua individualità e veste giuridica e non ricorre l’obbligo di dover comunicare, per l’aggiudicataria anche i requisiti morali degli ex amministratori muniti di rappresentanza della incorporata”.

Ha replicato la “Controinteressata s.c. a r.l.” per resistere alle superiori censure mosse dagli appellanti.

L’appellata società osserva che le parti odierne ricorrenti, mediante l’atto stipulato con ALFA Sistemi, intendevano ottenere l’effetto traslativo nel contratto di partecipazione al RTI, ossia della posizione di concorrente oggi regolato dall’art. 51 del codice appalti e, tuttavia, siffatto obiettivo può essere raggiunto solamente con una cessione d’azienda e non con una semplice cessione di contratto.

Detto art. 51, infatti, consentirebbe il suddetto effetto traslativo, ma sempre che esso costituisca il portato del trasferimento della struttura aziendale. Diversamente, tale traslazione non sarebbe consentita ed un negozio giuridico volto ad ottenere siffatto effetto al di fuori della cessione d’azienda sarebbe elusivo del divieto di cui all’art. 18, secondo comma, della legge n. 55/90 e, quindi, nullo perché in frode alla legge.

La società Controinteressata, dopo aver ribadito gli altri motivi dedotti con il ricorso introduttivo del

giudizio di primo grado e ritenuti assorbiti dal Giudice di prime cure, ha chiesto di respingere l'istanza cautelare e di rigettare l'appello.

Con ordinanza n. 1223/09 di questo C.G.A. è stata respinta l'istanza di sospensione dell'efficacia della sentenza n. 1435/09 del T.A.R. Palermo.

Con ulteriore memoria depositata in data 10 marzo 2010, l'Azienda Sanitaria Provinciale di Palermo, insistendo nelle sue tesi difensive, sopra riportate, ha ribadito la richiesta di riforma della sentenza impugnata.

Alla pubblica udienza del 16 marzo 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il primo motivo di appello di parte ricorrente è infondato.

La controversia ha per oggetto la gara indetta dalla AUSL n. 6 di Palermo per l'aggiudicazione, con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio triennale di "gestione della infrastruttura informatica" a lotto unico.

Con il ricorso in epigrafe, i ricorrenti chiedono la riforma della sentenza n. 1435/09 con cui il T.A.R. Palermo ha annullato il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto in favore degli stessi, non avendo essi reso la dichiarazione circa l'inesistenza di situazioni ostative di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 relativamente agli amministratori ed ai direttori tecnici di una impresa, con la quale era stato stipulato, prima della scadenza dei termini di partecipazione, un contratto qualificato nella epigrafe come "cessione

di ramo d'azienda".

Invero, si controverte sulla effettiva natura di detto contratto, che i ricorrenti sostengono trattarsi di una mera cessione di contratto, a nulla rilevando il nomen iuris dell'atto stipulato.

Orbene, esaminato il contratto in argomento, non pare possano sussistere dubbi sul suo effettivo contenuto di "cessione di ramo d'azienda", corrispondente al "nomen iuris" dello stesso.

Infatti, dal contratto stipulato a Roma in data 5 giugno 2007 tra "ALFA Sistemi s.p.a." quale cedente, da un lato, e la "I e T Servizi s.r.l." quale cessionaria, dall'altro, si evince che:

- la RICORRENTE 2 Servizi "ha dimostrato il proprio interesse a rilevare l'azienda di "ALFA Sistemi - *****à per Azioni alla condizione essenziale che venga trasferito esclusivamente il contratto di partecipazione al R.T.I., il contratto con la Dexit s.r.l. in essere, nonché le attrezzature di cui all'elenco allegato ..." A;

- la società ALFA Sistemi "cede e trasferisce alla società RICORRENTE 2 Servizi s.r.l. l'azienda commerciale indicata in premessa e costituita da; personal computers, telefoni cellulari (...), autorizzazioni, contratti ed ordini relativi all'azienda del R.T.I. di cui in premessa".

Pare evidente, pertanto, che il contratto non abbia riguardato soltanto la cessione di un contratto, ma, altresì, la cessione di attrezzature, a nulla rilevando la natura e la consistenza delle stesse.

A sostegno della superiore conclusione, si rileva che, del prezzo di cessione dell'azienda, complessivamente fissato in € 27.705,00, le parti hanno stabilito, tra l'altro, di attribuirne € 22.705,00 per

l'avviamento commerciale e di posizione (...).

Non si può ritenere, infatti, che, in caso di "cessione di contratto", le parti possano trattare anche di "avviamento commerciale", che costituisce, in realtà, una delle poste più rappresentative del bilancio, insieme al capitale sociale ed alle riserve, ai fini della valutazione del patrimonio di un'azienda, soprattutto in caso di una sua cessione.

Non sussiste alcun dubbio, pertanto, che il contratto in argomento abbia riguardato sostanzialmente e formalmente la cessione di un ramo d'azienda, in ciò rispecchiando in pieno il nomen iuris dell'atto stipulato.

Altresì infondata si appalesa l'ulteriore eccezione sollevata dall'appellante e dall'Azienda sanitaria, secondo cui la prima aggiudicataria della gara non sarebbe stata obbligata a rendere la dichiarazione di cui al citato art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 anche per l'impresa cedente.

L'art. 8 del disciplinare di gara, nella parte relativa al contenuto della busta A) (documentazione amministrativa), imponeva la produzione di una dichiarazione attestante, tra l'altro, l'inesistenza delle situazioni ostative di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, estesa, nel caso di società, anche ai soci ed agli amministratori muniti di poteri di rappresentanza (cfr. lettera d) del punto 1)).

Orbene, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale seguito da questo C.G.A., l'impresa partecipante ad una gara pubblica deve rendere la dichiarazione circa l'inesistenza delle situazioni di cui al più volte citato art. 38 anche per gli amministratori ed i direttori tecnici di un'impresa estranea alla gara, dalla quale abbia acquisito un'azienda o un ramo di azienda prima della scadenza dei termini di partecipazione.

In tali ipotesi si realizza, infatti, la successione di elementi soggettivi, che possono avere refluenza sulla gestione della impresa cessionaria (cfr. ex multis, C.G.A., sez. giurisd., 31 luglio 2008, n. 1020, 23 luglio 2008, n. 685 e 29 maggio 2008, n. 471).

Nella specie, come è stato sopra dimostrato, la società RICORRENTE 2 Servizi, prima della scadenza dei termini per la partecipazione alla gara per cui è causa, si è resa cessionaria di un ramo d'azienda da parte della "ALFA Sistemi" s.p.a., in forza di contratto stipulato il 5 giugno 2007.

Conseguentemente la cessionaria "RICORRENTE 2 Servizi" s.r.l. avrebbe dovuto rendere le dichiarazioni previste dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 e dalle disposizioni del disciplinare di gara, che a tale norma si richiamavano, anche per i soci e gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza dell'impresa cedente.

Non essendo stato tale onere adempiuto, il seggio di gara ne avrebbe dovuto disporre l'esclusione, per cui condivisibilmente il TAR ha accolto il ricorso.

Concludendo, in forza di quanto esposto, l'appello è infondato e, pertanto, va respinto.

Ritiene altresì il Collegio che ogni altro motivo od eccezione di rito e di merito possa essere assorbito in quanto influente ed irrilevante ai fini della presente decisione.

Le spese e gli onorari del presente grado di giudizio sono poste a carico delle parti soccombenti, come da dispositivo.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando, respinge l'appello in epigrafe e condanna la parte soccombente al pagamento delle spese di giudizio, in favore delle controparti, liquidandole nella misura di € 2000,00 (duemila0) per ciascuna delle controparti, per complessivi € 4000,00 (quattromila0).

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 16 marzo 2010, con l'intervento dei signori: Riccardo Virgilio, Presidente, Chiarenza Millemaggi Cogliani, Paolo D'Angelo, Filippo Salvia, Pietro Ciani, estensore, componenti.

F.to Raffaele Virgilio, Presidente

F.to Pietro Ciani, Estensore

Depositata in Segreteria

il 17 gennaio 2011

<https://www.diritto.it/l-impresa-partecipante-ad-una-gara-pubblica-deve-rendere-la-dichiarazione-circa-l-in-esistenza-delle-situazioni-di-cui-all-art-38-del-codice-dei-contratti-anche-per-gli-amministratori-ed-i-direttori/>