

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 18/02/2010**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28943-in-caso-mancata-indicazione-nell-ipotesi-di-cessione-di-azienda-nel-triennio-dei-direttori-tecnici-ed-amministratori-dell-impresa-cedente-e-omessa-dichiarazione-e-documentazione-del-requisito-sog>**

**Autore: Lazzini Sonia**

**In caso mancata indicazione nell'ipotesi di cessione di azienda nel triennio dei direttori tecnici ed amministratori dell'impresa cedente e omessa dichiarazione e documentazione del requisito soggettivo della moralità professionale con riferimento agli st**

**Tar Sicilia, Palermo, 20.01.2010 n. 575**

**In caso mancata indicazione nell'ipotesi di cessione di azienda nel triennio dei direttori tecnici ed amministratori dell'impresa cedente e omessa dichiarazione e documentazione del requisito soggettivo della moralità professionale con riferimento agli stessi, la partecipante va esclusa.**

l'impresa partecipante ad una gara pubblica deve rendere la dichiarazione circa la 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

non condivisibile appare l'argomentazione, secondo la quale sarebbe da ritenersi sufficiente la dichiarazione circa la non sussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, anche in considerazione della "immacolata moralità" dei responsabili della ditta ceduta. È, infatti, fin troppo evidente che un onere dichiaratorio specificamente imposto con riferimento a ben individuate tipologie di soggetti, non può ritenersi adempiuto con una laconica dichiarazione circa la "inesistenza di situazioni ostative previste dall'art. 38 D.lgs.vo 163/2006, anche per tutti i soci ed amministratori muniti di poteri di rappresentanza" (vedi copia della dichiarazione in atti, nella produzione della controinteressata)".

Con un unico articolato motivo la ricorrente si duole della ammissione alla gara della controinteressata risultata aggiudicataria in asserita violazione dell'art. 38 del D. Lgs 163/2006 e del Capitolato speciale di appalto, laddove è prevista l'esclusione dalla gara dei concorrenti che non rendono la dichiarazione di moralità professionale anche con riferimento ai legali rappresentanti delle aziende acquisite nel triennio antecedente la gara.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Come questa Sezione ha avuto modo di rammentare di recente, in fattispecie identica alla presente perché riguardante altro lotto della medesima gara ed identica questione giuridica e fattuale (Tar Palermo, Sez. I, 11 agosto 2009), secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, l'impresa partecipante ad una gara pubblica deve rendere la dichiarazione circa la 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 (C.G.A., sez. giur., 31 luglio 2008, n. 1020, 23 luglio 2008, n. 685, 29 maggio 2008, n. 471; TAR Sicilia Palermo, III, 19 maggio 2009, n. 943; 4 marzo 2009, n. 455; 19 febbraio 2009, n. 366; 31 luglio 2008, n. 1020 e 31 gennaio 2007, n. 257).

Nella pronuncia dell'11 agosto 2009 testè citata questo Tribunale ha ritenuto che "l'impresa controinteressata, prima della scadenza dei termini per la partecipazione alla gara per cui è causa, si è resa cessionaria da parte della "Ricorrente due" S.p.a., in forza di contratto stipulato il 5 giugno 2007 (v. copia in atti, nella produzione della controinteressata), dei seguenti beni: personal computers e telefoni cellulari espressamente elencati, nonché autorizzazioni, contratti ed ordini meglio specificati nella premessa del contratto stesso. Conseguentemente la cessionaria (e odierna controinteressata) "Controinteressata 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 tale onere stato adempiuto, il seggio di gara ne avrebbe dovuto disporre l'esclusione. A diversa conclusione non può addivenirsi sulle base delle argomentazioni svolte dalle controinteressate e dalla Amministrazione resistente nei loro scritti difensivi .Non condivisibile risulta, in primo luogo, la qualificazione del contratto in questione come "cessione di contratto" e non di "cessione di ramo d'azienda". Pur nella

difficoltà di individuare una linea di confine netta tra le due tipologie negoziali, nel caso di contratti, che, come nel caso in esame, hanno un oggetto delimitato, ritiene il Collegio di dovere attribuire rilievo dirimente alle seguenti circostanze: 1) il contratto è stato qualificato non dalle parti, ma dal notaio, come "cessione di ramo d'azienda"; 2) il trasferimento ha riguardato beni materiali (personal computers, telefoni cellulari) ed immateriali (autorizzazioni, contratti ed ordini specificati in premessa). A ben vedere, si è avuto il trasferimento non di un singolo rapporto negoziale (nel qual caso si sarebbe configurata una cessione di contratto), ma di una pluralità di beni (dovendosi, pertanto, ritenere pattuita la cessione di un ramo d'azienda)

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 575 del 20 gennaio 2010 emessa dal Tar Sicilia, Palermo

**N. 00575/2010 REG.SEN.**

**N. 00774/2009 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 774 del 2009, proposto da Ricorrente S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli Avv. Francesco Stallone e Serena Viola, con domicilio eletto presso lo studio del primo sito in Palermo, via Nunzio Morello n. 40;

*contro*

Azienda Ospedaliera V. Cervello, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Rosario Dell'Oglio, con domicilio eletto presso il suo studio sito in Palermo, via Torquato Tasso n 58;

*nei confronti di*

CONTROINTERESSATA Servizi S.R.L, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli Avv. Paolo Angius, Sergio Coccia, Guido Corso, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo sito in Palermo, via Rodi n. 1;

*per l'annullamento*

*previa sospensione dell'efficacia,*

- della deliberazione 8 aprile 2009 n. 300 con la quale il direttore generale ha aggiudicato in via definitiva l'appalto alla controinteressata;
  - del verbale di gara delle sedute del 3 (SP), 17 e 18 settembre (SS.RR.), 3 e 27 novembre (SS.RR.) e 9 dicembre 2008 (S.R.) e 3 febbraio 2009 (S.P.), nella parte in cui ammette la controinteressata e dispone l'aggiudicazione - provvisoria - in suo favore nonché nella parte in cui è stata respinta la istanza di esclusione (per le motivazioni di cui infra) prodotta in data 22 gennaio 2009;
- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente..

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera V. Cervello e di CONTROINTERESSATA Servizi S.R.L;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2009 il dott. Pier Luigi Tomaiuoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con ricorso ritualmente notificato all'Amministrazione resistente ed alla controinteressata di cui in epigrafe e depositato il 4.5.2009 la Ricorrente s.r.l., premesso che con bando di gara l'Azienda Ospedaliera Cervello aveva indetto un

pubblico incanto per l'affidamento del servizio gestione centro unificato prenotazione, per un importo presunto di € 1.125.000,00 iva esclusa; che alla gara aveva partecipato anche la CONTROINTERESSATA Servizi; che il seggio di gara aveva errato nell'ammettere tale ultima impresa, avendo essa omesso di rendere le dichiarazioni di legge relative agli amministratori e direttori tecnici dell'impresa Ricorrente due della cui azienda si era resa cessionaria; tutto quanto sopra premesso, ha impugnato gli atti di cui in epigrafe lamentandone l'illegittimità per violazione e falsa applicazione dell'art. 38, Comma 1, lett. C del D.Lgs. n. 163/2006, nonché del combinato disposto di cui agli artt. 14, 15 e 17 del capitolato speciale, mancata indicazione nell'ipotesi di cessione di azienda nel triennio dei direttori tecnici ed amministratori dell'impresa cedente e omessa dichiarazione e documentazione del requisito soggettivo della moralità professionale con riferimento agli stessi.

Si è costituita l'Amministrazione resistente, eccependo la inammissibilità del ricorso per essere stato esso indirizzato avverso delibera inesistente; nel merito la legittimità del proprio operato, avendo la CONTROINTERESSATA Servizi reso la dichiarazione di cui all'art. 38 D.Lgs. 163/2006 secondo le indicazioni di cui al modulo dell'art. 17, lett. B del CSA; che in ogni caso l'atto in notar Fanfani del 5.7.2007 era solo formalmente una cessione di ramo di azienda, trattandosi per contro di una pluralità di cessione di beni e crediti.

Si è costituita anche la contro interessata CONTROINTERESSATA Servizi s.r.l., eccependo non sussistere una ipotesi di cessione di azienda e, in ogni caso, di aver reso la dichiarazione di cui all'art. 38 del Codice degli appalti.

All'udienza del 21.5.2009 è stata respinta l'istanza cautelare di sospensione degli atti impugnati.

All'udienza del 4.12.2009 il ricorso, su concorde richiesta dei procuratori delle parti, è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Con un unico articolato motivo la ricorrente si duole della ammissione alla gara della controinteressata risultata aggiudicataria in asserita violazione dell'art. 38 del D. Lgs 163/2006 e del Capitolato speciale di appalto, laddove è prevista l'esclusione dalla gara dei concorrenti che non rendono la dichiarazione di moralità professionale anche con riferimento ai legali rappresentanti delle aziende acquisite nel triennio antecedente la gara.

Come questa Sezione ha avuto modo di rammentare di recente, in fattispecie identica alla presente perché riguardante altro lotto della medesima gara ed identica questione giuridica e fattuale (Tar Palermo, Sez. I, 11 agosto 2009), secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, l'impresa partecipante ad una gara pubblica deve rendere la dichiarazione circa la 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 (C.G.A., sez. giur., 31 luglio 2008, n. 1020, 23 luglio 2008, n. 685, 29 maggio 2008, n. 471; TAR Sicilia Palermo, III, 19 maggio 2009, n. 943; 4 marzo 2009, n. 455; 19 febbraio 2009, n. 366; 31 luglio 2008, n. 1020 e 31 gennaio 2007, n. 257).

Nella pronuncia dell'11 agosto 2009 testè citata questo Tribunale ha ritenuto che "l'impresa controinteressata, prima della scadenza dei termini per la partecipazione alla gara per cui è causa, si è resa cessionaria da parte della "Ricorrente due" S.p.a., in forza di contratto stipulato il 5 giugno 2007 (v. copia in atti, nella produzione della controinteressata), dei seguenti beni: personal computers e telefoni cellulari espressamente elencati, nonché autorizzazioni, contratti ed ordini meglio specificati nella premessa del contratto stesso. Conseguentemente la cessionaria (e

odierna controinteressata) "Controinteressata 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 tale onere stato adempiuto, il seggio di gara ne avrebbe dovuto disporre l'esclusione. A diversa conclusione non può addivenirsi sulle base delle argomentazioni svolte dalle controinteressate e dalla Amministrazione resistente nei loro scritti difensivi .Non condivisibile risulta, in primo luogo, la qualificazione del contratto in questione come "cessione di contratto" e non di "cessione di ramo d'azienda". Pur nella difficoltà di individuare una linea di confine netta tra le due tipologie negoziali, nel caso di contratti, che, come nel caso in esame, hanno un oggetto delimitato, ritiene il Collegio di dovere attribuire rilievo dirimente alle seguenti circostanze: 1) il contratto è stato qualificato non dalle parti, ma dal notaio, come "cessione di ramo d'azienda"; 2) il trasferimento ha riguardato beni materiali (personal computers, telefoni cellulari) ed immateriali (autorizzazioni, contratti ed ordini specificati in premessa). A ben vedere, si è avuto il trasferimento non di un singolo rapporto negoziale (nel qual caso si sarebbe configurata una cessione di contratto), ma di una pluralità di beni (dovendosi, pertanto, ritenere pattuita la cessione di un ramo d'azienda).Parimenti non condivisibile appare l'argomentazione, secondo la quale sarebbe da ritenersi sufficiente la dichiarazione circa la non sussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, anche in considerazione della "immacolata moralità" dei responsabili della "Ricorrente due". È, infatti, fin troppo evidente che un onere dichiaratorio specificamente imposto con riferimento a ben individuate tipologie di soggetti, non può ritenersi adempiuto con una laconica dichiarazione circa la "inesistenza di situazioni ostative previste dall'art. 38 D.lgs.vo 163/2006, anche per tutti i soci ed

amministratori muniti di poteri di rappresentanza" (vedi copia della dichiarazione in atti, nella produzione della controinteressata)".

Non essendovi ragioni per discostarsi dalla pronunzia di cui sopra, il ricorso deve essere accolto e per l'effetto vanno annullati gli atti impugnati.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi, avuto riguardo alla peculiarità della fattispecie ed al contrasto di pronunciamenti cautelari tra fattispecie identiche, per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Prima, accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Compensa tra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Giorgio Giallombardo, Presidente

Aurora Lento, Primo Referendario

Pier Luigi Tomaiuoli, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/01/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

**IL SEGRETARIO**

