

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/06/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37108-fatturato-maturato-anni-precedenti-cessione-non-trasferibile-acquisibile-solo-con-avvalimento>

Autore: Lazzini Sonia

**fatturato maturato anni precedenti cessione non trasferibile
acquisibile solo con avvalimento**

la cessione comporta il trasferimento degli elementi oggettivi che compongono l'azienda stessa, non le caratteristiche soggettive dell'imprenditore (decisione numero 2568 del 22 maggio 2015 pronunciata dal Consiglio di Stato)

Sonia Lazzini

L'appellante principale ha sostenuto che "il fatturato specifico di *** è stato utilizzato per anni antecedenti l'affitto d'azienda, quando detto requisito era solo di ***".

A tutto concedere, dunque, il requisito avrebbe dovuto essere oggetto di avvalimento, diversamente da quanto avvenuto, con il risultato di non avere controinteressata dimostrato il possesso di un requisito previsto a pena di esclusione".

L'argomentazione è stata certamente trascurata dal giudice del primo grado.

Il motivo è stato formulato a chiusura della doglianza relativa al corretto assolvimento, da parte dell'aggiudicataria, dell'obbligo dichiarativo di cui all'art. 38 del codice degli appalti in relazione agli amministratori dell'azienda affittata.

La censura è quindi malamente coordinata con le altre argomentazioni ma è in sé univoca, e fa sorgere l'obbligo, per il giudice, di affrontarla.

Atteso che la suddetta argomentazione è stata poi integralmente ripresa nell'appello principale la stessa deve essere esaminata dal Collegio.

La doglianza è fondata.

L'aggiudicataria, odierna appellata, ha maturato il fatturato specifico richiesto dal bando cumulando al proprio il fatturato di una diversa azienda, avuta in affitto nell'anno 2013.

Il suddetto requisito è stato raggiunto utilizzando anche il fatturato dell'azienda affittata relativo ad anni precedenti l'affitto.

Osserva l'appellante principale che l'affitto non consente tale operazione, ammissibile solo mediante contratto di avvalimento.

La tesi è condivisa dal Collegio.

C. di S., A.P. 4 maggio 2012, n. 10, richiamata dall'appellante principale, afferma che: "la cessione di azienda o di ramo d'azienda comporta la cessione dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia (tanto da farsi riferimento in giurisprudenza al concetto di trasferimento di universitas)".

Peraltro, la cessione comporta il trasferimento degli elementi oggettivi che compongono l'azienda stessa, non le caratteristiche soggettive dell'imprenditore.

Di conseguenza, con l'affitto d'azienda il cessionario gestisce la medesima e dalla gestione ottiene le qualificazioni professionali che ne derivano.

Fra le suddette qualificazioni rientra il fatturato specifico realizzato dall'azienda nel periodo nel quale è stata nella sua disponibilità, e quindi l'affidabilità professionale che ne deriva.

Il fatturato maturato negli anni precedenti la cessione costituisce invece titolo professionale di chi ha in precedenza gestito l'azienda, e non viene trasferito al cessionario.

Da ciò consegue che, come giustamente affermato dall'appellante principale, il suddetto requisito personale poteva essere trasferito all'aggiudicataria, ma con il contratto tipico di avalimento.

Atteso che l'aggiudicataria ha affermato il possesso del requisito relativo al fatturato specifico sulla base di quello dell'azienda affittata, relativo anche ad anni precedenti la stipula del contratto di affitto, intervenuto solo nel 2013, la censura dedotta deve essere condivisa.

In conclusione, l'appello principale deve essere accolto, sotto il profilo di cui sopra, per l'effetto accogliendo il ricorso di primo grado ed annullando i provvedimenti impugnati nella parte concernente l'ammissione alla gara dell'odierna appellata; le ulteriori doglianze devono essere dichiarate improcedibili, a seguito dell'annullamento del provvedimento impugnato sotto il profilo più satisfattivo.

passaggio tratto dalla decisione numero 2568 del 22 maggio 2015 pronunciata dal Consiglio di Stato

.

a cura di Sonia Lazzini

N. 02568/2015REG.PROV.COLL.

N. 09631/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio, sede di Roma, rubricato al n. 10656/2014, ricorrente società cooperativa per azioni impugnava l'aggiudicazione provvisoria alla controinteressata controinteressata s.p.a. del servizio di facchinaggio, trasporto e supporto operativo per gli uffici centrali e distaccati dell'Automobile Club Italia e per l'area metropolitana ACI di Roma, affidato mediante procedura aperta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Esponessa di essersi classificata seconda, con punti 33 per l'offerta tecnica e punti 37,04 per quella economica.

La gara è stata vinta da controinteressata s.p.a. con punti 20 su 45 per l'offerta tecnica e 55 per quella economica.

A seguito di verifica dell'anomalia dell'offerta, espletata a seguito di esposto di una delle concorrenti, la Commissione di gara ha ritenuto soddisfacenti le giustificazioni offerte da *** controinteressata, affermando il carattere non inderogabile delle tabelle ministeriali per quanto concerne il costo del lavoro, secondo quanto dispone il disciplinare.

Avverso la predetta aggiudicazione provvisoria ricorrente articolava i seguenti motivi di gravame così riassunti nella sentenza di primo grado:

1) violazione e/o erronea applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs. 163/2006, falso presupposto, mancata istruttoria nonché mancato rispetto di prescrizione della "*lex specialis*" fissate con effetto escludente, in quanto la controinteressata non avrebbe presentato le autodichiarazioni in merito alla insussistenza delle cause ostative relative agli amministratori della controinteressata Finance AG, socio di maggioranza della controinteressata spa, società con meno di quattro soci;

2) violazione e/o erronea applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c) dlgs 163/2006, travisamento, mancata istruttoria, per non avere la ricorrente assolto l'obbligo dichiarativo imposto dall'art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs. citato con riguardo agli amministratori della *** di cui la controinteressata è affittuaria di ramo d'azienda dal 17 aprile 2013, affitto di ramo d'azienda che ha assicurato alla aggiudicataria il fatturato specifico necessario per partecipare alla gara; la ricorrente deduce inoltre che, trattandosi di fatturato della *** antecedente l'affitto d'azienda, la controinteressata avrebbe dovuto ricorrere all'avvalimento per poterne fruire quale proprio;

3) violazione e/o erronea applicazione dell'art. 49, d.lgs. 163/2006, illogicità, falso presupposto, violazione e/o erronea applicazione del disciplinare di gara al punto 6.2 in tema di avvalimento con connessa violazione del decreto legislativo 276/2003 in tema di occupazione e mercato del lavoro,

atteso che la controinteressata non avrebbe potuto ricorrere all'avvalimento per supplire alla mancanza di personale, integrandosi, con tale espediente, una somministrazione di lavoro elusiva della normativa sulla intermediazione di manodopera, avvalorata dalla circostanza che la cooperativa Light Events di cui controinteressata si avvale risulta iscritta alla CCIAA alcuni mesi dopo la pubblicazione del bando;

4) violazione e/o erronea applicazione degli artt. 86 e ss. del d.lgs. 163/2006 in tema di anomalia, nonché dell'art. 69 dello stesso decreto legislativo, violazione ed erronea applicazione dell'art. 5.3 della "*lex specialis*" con riferimento al costo del lavoro, illogicità, travisamento, contraddittorietà, falso supposto, atteso che la normativa di riferimento ed il bando imponevano il rispetto delle tabelle ministeriali, ove prevedono un costo orario di 16,00 euro quello di 10,49, nonché l'obbligo di riassunzione del personale attualmente impiegato alle stesse condizioni economiche e normative e che tale obbligo è stato eluso mediante il ricorso strumentale all'avvalimento con la cooperativa Light Events. l'aggiudicazione provvisoria alla controinteressata controinteressata s.p.a. del servizio di facchinaggio, trasporto e supporto operativo per gli uffici centrali e distaccati dell'Automobile Club Italia e per l'area metropolitana ACI di Roma, affidato mediante procedura aperta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La ricorrente chiedeva quindi l'accoglimento del ricorso con ogni conseguenza di legge.

Con la sentenza in epigrafe, n. 11002 in data 3 novembre 2014 il Tribunale amministrativo del Lazio, sede di Roma, Sezione Terza *ter*, accoglieva in parte il ricorso, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

2. Avverso la predetta sentenza ricorrente società cooperativa per azioni propone il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 9631/14, contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma e l'accoglimento integrale del ricorso di primo grado.

Si è costituito in giudizio l'ACI – Automobile Club d'Italia chiedendo il rigetto dell'appello e proponendo appello incidentale, con il quale chiede la riforma della sentenza di primo grado nella parte in cui accoglie il ricorso e conseguentemente il suo integrale rigetto ovvero la declaratoria dell'inammissibilità dell'appello, in quanto proposto avverso una sentenza di accoglimento.

Si è costituita in giudizio anche controinteressata s.p.a., chiedendo il rigetto dell'appello.

Le parti hanno scambiato memorie e repliche.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 17 febbraio 2015.

3.1. La controversia riguarda l'aggiudicazione provvisoria di una **gara** d'appalto.

La sentenza di primo grado deve essere condivisa nella parte in cui dichiara ammissibile un'impugnazione di tale oggetto, in applicazione di pacifico orientamento giurisprudenziale (da ultimo C. di S., IV, 7 novembre 2014, n. 5497) che attribuisce ai partecipanti ad una **gara** pubblica per l'attribuzione di un contratto dell'Amministrazione la facoltà di impugnare anche l'aggiudicazione, appunto, provvisoria.

E' vero che tale impugnazione diventa improcedibile qualora nelle more del giudizio intervenga l'aggiudicazione definitiva, che deve essere impugnata con motivi aggiunti, ma nel caso che ora occupa non risulta che tale evento si sia verificato.

Il Collegio deve quindi procedere all'esame nel merito dell'appello.

3.2. La sentenza di primo grado ha accolto l'impugnazione proposta dall'odierna appellante sotto due profili.

Sotto un primo profilo il primo giudice ha stabilito l'insufficienza di una dichiarazione presentata dall'aggiudicataria, stabilendo che la stazione appaltante ha l'obbligo di attivare il cosiddetto "dovere di soccorso" nei suoi confronti.

Sotto il secondo profilo il primo giudice ha ravvisato un difetto di istruttoria nella valutazione dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, imponendo nuovi accertamenti.

La pronuncia ha quindi avuto il sostanziale contenuto dell'annullamento degli atti impugnati con salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

L'appellante sostiene che tale pronuncia non è soddisfacente in quanto le illegittimità denunciate comportano necessariamente l'esclusione dell'aggiudicataria dal procedimento; l'Amministrazione con appello incidentale improprio contesta anch'essa la sentenza di primo grado ed afferma la legittimità dei propri atti.

3.3. Le questioni appena riassunte devono essere superate.

L'appellante principale con altra censura sostiene infatti che la sentenza di primo grado ha trascurato un'ulteriore doglianza il cui accoglimento comporterebbe la definitiva esclusione dall'aggiudicataria provvisoria dal procedimento, e quindi il risultato per lei più soddisfacente in quanto l'estromissione dell'aggiudicataria provvisoria la farebbe salire al primo posto della graduatoria delle offerte.

L'appellante principale ha infatti sostenuto, in primo grado, che *"il fatturato specifico di *** è stato utilizzato per anni antecedenti l'affitto d'azienda, quando detto requisito era solo di ***"*.

A tutto concedere, dunque, il requisito avrebbe dovuto essere oggetto di avvalimento, diversamente da quanto avvenuto, con il risultato di non avere controinteressata dimostrato il possesso di un requisito previsto a pena di esclusione".

L'argomentazione è stata certamente trascurata dal giudice del primo grado.

Il motivo è stato formulato a chiusura della doglianza relativa al corretto assolvimento, da parte dell'aggiudicataria, dell'obbligo dichiarativo di cui all'art. 38 del codice degli appalti in relazione agli amministratori dell'azienda affittata.

La censura è quindi malamente coordinata con le altre argomentazioni ma è in sé univoca, e fa sorgere l'obbligo, per il giudice, di affrontarla.

Atteso che la suddetta argomentazione è stata poi integralmente ripresa nell'appello principale la stessa deve essere esaminata dal Collegio.

La doglianza è fondata.

L'aggiudicataria, odierna appellata, ha maturato il fatturato specifico richiesto dal bando cumulando al proprio il fatturato di una diversa azienda, avuta in affitto nell'anno 2013.

Il suddetto requisito è stato raggiunto utilizzando anche il fatturato dell'azienda affittata relativo ad anni precedenti l'affitto.

Osserva l'appellante principale che l'affitto non consente tale operazione, ammissibile solo mediante contratto di avvalimento.

La tesi è condivisa dal Collegio.

C. di S., A.P. 4 maggio 2012, n. 10, richiamata dall'appellante principale, afferma che: *“la cessione di azienda o di ramo d'azienda comporta la cessione dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia (tanto da farsi riferimento in giurisprudenza al concetto di trasferimento di universitas)”*.

Peraltro, la cessione comporta il trasferimento degli elementi oggettivi che compongono l'azienda stessa, non le caratteristiche soggettive dell'imprenditore.

Di conseguenza, con l'affitto d'azienda il cessionario gestisce la medesima e dalla gestione ottiene le qualificazioni professionali che ne derivano.

Fra le suddette qualificazioni rientra il fatturato specifico realizzato dall'azienda nel periodo nel quale è stata nella sua disponibilità, e quindi l'affidabilità professionale che ne deriva.

Il fatturato maturato negli anni precedenti la cessione costituisce invece titolo professionale di chi ha in precedenza gestito l'azienda, e non viene trasferito al cessionario.

Da ciò consegue che, come giustamente affermato dall'appellante principale, il suddetto requisito personale poteva essere trasferito all'aggiudicataria, ma con il contratto tipico di avvalimento.

Atteso che l'aggiudicataria ha affermato il possesso del requisito relativo al fatturato specifico sulla base di quello dell'azienda affittata, relativo anche ad anni precedenti la stipula del contratto di affitto, intervenuto solo nel 2013, la censura dedotta deve essere condivisa.

4. In conclusione, l'appello principale deve essere accolto, sotto il profilo di cui sopra, per l'effetto accogliendo il ricorso di primo grado ed annullando i provvedimenti impugnati nella parte concernente l'ammissione alla **gara** dell'odierna appellata; le ulteriori doglianze devono essere dichiarate improcedibili, a seguito dell'annullamento del provvedimento impugnato sotto il profilo più satisfattivo.

Atteso che tale conclusione priva di interesse l'appello incidentale, volto a contestare gli ulteriori profili di esclusione ravvisati dal primo giudice, anche questo deve essere dichiarato improcedibile.

Le spese del grado devono essere integralmente compensate in quanto l'appellante ha dato causa alla controversia con la non perfetta formulazione della censura accolta nel presente grado; è fatto salvo il diritto dell'appellante principale al recupero del contributo unificato, a carico delle parti soccombenti, in solido.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 9631/20143, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, nei termini di cui in motivazione ed in parte lo dichiara improcedibile; dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Compensa integralmente spese ed onorari del grado fra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/05/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)