

Consiglio di stato, sezione quinta, sentenza n. 5470 del 5 Novembre 2014

*Esclusione dalla gara per mancata dichiarazione ex art. 38 del D.lgs. 163/06 - Affitto di azienda - Legittimità
– Analogia con i casi di cessione di azienda, fusione e incorporazione societaria*

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 numero di registro generale 2834 del 2014, proposto da:
Gemeaz Ellior Spa in proprio e quale Capogruppo Mandataria Costituendo RTI,
rappresentato e difeso dall'avv., con domicilio eletto presso l'avv. in
Roma, viale

RTI Camst Soc. Coop. a R.L., rappresentato e difeso dall'avv., con domicilio
eletto presso l'avv. in Roma, viale

contro

Jesiservizi Srl, rappresentata e difesa dagli avv., con domicilio eletto presso
l'avv. in Roma, via

Dusmann Service Srl, rappresentata e difesa dagli avv., con domicilio eletto
presso l'avv. in Roma, via

sul ricorso numero di registro generale 3919 del 2014, proposto da:
Jesiservizi Srl, rappresentata e difesa dall'avv., con domicilio eletto presso
l'avv. in Roma, via

contro

Dussmann Service Srl, rappresentata e difesa dagli avv., con domicilio eletto presso l'avv. in Roma, via

nei confronti di

Gemeaz Elixor Spa in proprio e in qualità di Capogruppo Mandataria Costituenda ATI, rappresentato e difeso dall'avv., con domicilio eletto presso l'avv. in Roma, viale; ATI - Camst Soc. Coop. a R.L.;

per la riforma

quanto al ricorso n. 2834 del 2014 e al ricorso n. 3919 del 2014: della sentenza del T.A.R. MARCHE – ANCONA, SEZIONE I, n. 358/2014, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di refezione asili nido e scuole dell'infanzia e primarie del Comune di Jesi e residenza protetta casa di riposo "Vittorio Emanuele II" – MCP.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Jesiservizi Srl, di Dussmann Service Srl e di Gemeaz Elixor Spa in proprio e in qualità di Capogruppo Mandataria Costituenda ATI;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 luglio 2014 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche, Sez. I, con la sentenza 19 aprile 2014, n. 358 ha accolto il ricorso proposto dall'attuale appellata Dussmann Service s.r.l. per l'annullamento; dell'aggiudicazione definitiva al RTI Gemeaz Elixor

s.p.a. della procedura aperta per l'affidamento della refezione per gli asili nido e scuole dell'infanzia e primarie del Comune di Jesi, nonché per la Residenza Protetta Casa di Riposo "Vittorio Emanuele II"; dei verbali di gara, nella parte in cui il RTI controinteressato è stato ammesso alla procedura di gara; del diniego parziale di accesso agli atti; del diniego di autotutela rispetto all'istanza presentata ex art. 243-bis, d.lgs. n. 163/2006.

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che la mancata dichiarazione dei requisiti soggettivi della cedente ramo d'azienda è causa di esclusione da una procedura ad evidenza pubblica per il concorrente che si sia reso cessionario di ramo d'azienda nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando di gara.

Infatti, ha osservato il TAR, la mandataria del RTI controinteressato si è resa cessionaria di ramo d'azienda in data 5 settembre 2012 e la stessa si è resa affittuaria di ramo d'azienda in data 24 luglio 2012; nella domanda di partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica della controinteressata Gemeaz Elier non sono stati dichiarati i requisiti soggettivi della cedente ramo d'azienda e della concedente affitto di ramo d'azienda.

Per tale ragione, ha concluso il TAR, il raggruppamento controinteressato avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura ad evidenza pubblica, non potendo invocarsi l'esercizio del potere di soccorso, stante l'omessa dichiarazione.

L'appellante Gemeaz Elier s.p.a., in proprio e quale mandataria di RTI con Camst soc. coop. a r.l., contestava la sentenza del TAR, deducendo:

- Omessa pronuncia su un punto decisivo della controversia (eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado proposto da Dussmann); violazione e/o falsa applicazione degli art. 120 (10° comma) e 74 c.p.a.;
- Omessa pronuncia su un punto decisivo della controversia (natura dei contratti denominati di affitto e cessione di ramo d'azienda); violazione e/o falsa applicazione

degli art. 120 (10° comma) e 74 c.p.a.; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38, d.lgs. n. 163-06; infondatezza dell'unico motivo di ricorso di primo grado proposto da Dussmann;

- Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 38 e 46 del d.lgs. n. 163-06; infondatezza dell'unico motivo di ricorso di primo grado proposto da Dussmann, sotto ulteriore profilo.

L'appellante Jesiservizi s.r.l. contestava la sentenza del TAR, deducendo:

- Violazione per falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163-06, nonché del disciplinare di gara in relazione all'asserito obbligo di esclusione in ipotesi di omessa dichiarazione dei requisiti di onorabilità come previsti dalla norma citata in capo agli esponenti qualificati delle parti cedenti ovvero locatrici nell'ambito di contratto di cessione ovvero affitto di ramo d'azienda;

- Violazione per falsa applicazione dell'art. 46 d.lgs. n. 163-06 in relazione all'asserito divieto di esercizio dei poteri di c.d. "soccorso istruttorio" da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice con riguardo all'acquisizione degli elementi istruttori utili a confermare la sussistenza dei requisiti ex art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163-06, in capo ai soggetti ritenuti tenuti alla comprova dei requisiti medesimi;

- In subordine, istanza di rinvio per questione pregiudiziale di interpretazione del diritto del Trattato e derivato in tema di appalti e concessioni ex art. 267, comma 1 e 3, TFUE alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea al fine di conseguire una pronuncia in ordine alla corretta interpretazione degli art. 44 e 45, nonché 51, della direttiva 2004/18/CE concernente i requisiti soggettivi dei concorrenti e le relative cause di loro esclusione, nonché il potere dell'Amministrazione aggiudicatrice di richiedere integrazioni o chiarimenti concernenti la documentazione rivolta alla prova della sussistenza dei requisiti soggettivi con particolare riferimento all'osservanza del principio di proporzionalità tra le misure legislative ed

amministrative di esclusione e le finalità perseguite dalla disciplina sui requisiti di ordine generale degli operatori economici partecipanti alle procedure di aggiudicazione nel quadro del tendenziale divieto di restrizione alla partecipazioni;

- Violazione di legge per falsa applicazione dell'art. 122 c.p.a. con riguardo alla presente fattispecie.

Con gli appelli in esame, si chiedeva la reiezione del ricorso di primo grado.

Si costituiva appellata Dussmann Service s.r.l. chiedendo la reiezione degli appelli.

All'udienza pubblica del 29 luglio 2014 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente deve essere disposta la riunione degli appelli avverso la medesima sentenza, ai sensi dell'art. 96, comma 1, c.p.a.

Nel merito, il Collegio ritiene infondato il primo motivo d'appello formulato dalla Gemeaz Elior s.p.a., ove è proposta un'eccezione di inammissibilità (ovvero di improcedibilità del ricorso di primo grado di Dussmann Service s.r.l. per difetto di interesse), in quanto la sentenza di condanna riportata in data 10 ottobre 2013 dall'ex-procuratore e institore della Dussmann medesima, sig. Francesco Paglia, rileverebbe quale "impedimento legale" alla stipula del contratto con Dussmann.

Tale eccezione, tuttavia, a prescindere dalla questione della dissociazione opposta dalla'appellata Dussmann, in quanto volta all'esclusione della Dussmann Service s.r.l. dalla gara in contestazione e, quindi, lamentando sostanzialmente la sussistenza di una causa di esclusione (pur sopravvenuta) della Dussmann medesima che doveva essere valutata dalla stazione appaltante, costituisce domanda incidentale di carattere riconvenzionale che avrebbe dovuto essere proposta ritualmente con un ricorso incidentale notificato nei termini, non potendo sollevarsi tale questione con mera eccezione, già in primo grado, pertanto, inammissibile.

Per quanto riguarda il secondo motivo d'appello formulato dalla Gemeaz Elior s.p.a., sostanzialmente coincidente con il primo motivo d'appello di Jesiservizi s.r.l.,

riguardante l'affitto di autonomo ramo d'azienda dalla Ve-ris, avente ad oggetto l'attività di centro cottura e produzione pasti esercitato nei locali siti in Pordenone, Via Delle Crede n. 101/1, non si può condividere l'assunto delle parti appellanti.

Infatti, come è noto, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con le sentenze n. 10 e n. 21 del 2012, ha sancito il principio di diritto secondo cui nei casi di cessione di azienda, fusione e incorporazione societaria, i legali rappresentanti delle società cedenti, incorporate o fuse con altra società, devono essere considerati come rientranti fra i soggetti cessati dalla carica e quindi per essi debba essere resa la dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. c), qualora la vicenda societaria sia avvenuta nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara.

La fattispecie di "cessione di azienda", cui si riferiscono le anzidette pronunce (in particolare, la sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Plen. 4 maggio 2012, n. 10), è sicuramente rappresentata dal trasferimento dell'azienda, riferibile ad una vicenda traslativa, ma è estensibile, per identità di ratio, anche all'affitto d'azienda.

Infatti, è vero che nel cd. Codice degli appalti manca una norma, con effetto preclusivo, che preveda in caso di cessione o affitto d'azienda un obbligo specifico di dichiarazioni in ordine ai requisiti soggettivi degli amministratori e direttori tecnici della cedente – atteso che l'art. 51 del codice si occupa della sola ipotesi di cessione del ramo d'azienda successiva all'aggiudicazione della gara; tuttavia non è neppure dubitabile che la norma di cui al citato art. 38, comma 1, lett. c), comprende anche ipotesi non testuali, ma pur sempre ad essa riconducibili sotto il profilo della sostanziale continuità del soggetto imprenditoriale a cui si riferiscono (così A.P. n. 10 del 2012 per la fattispecie specifica della cessione d'azienda).

Pertanto, l'esigenza di riferire le dichiarazioni anche agli amministratori dell'impresa dalla quale la concorrente ha ottenuto la disponibilità dell'azienda è ancora più evidente nel caso in cui si tratti di affitto e non di cessione dell'azienda, dal momento che l'influenza dell'impresa locatrice è destinata a restare intatta per tutto lo

svolgimento del rapporto e ben potrebbe costituire un agevole mezzo per aggirare gli obblighi sanciti dal codice degli appalti (cfr., in termini, Consiglio di Stato, Sezione III, 18 luglio 2011, n. 4354; C.G.A., 5 gennaio 2011, n.8 e 26 ottobre 2010, n. 1314). Sotto il profilo della necessità che anche l'affittuario sia soggetto agli obblighi di dichiarazione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163-06, il Collegio, quindi, condivide l'assunto della Dussmann Service s.r.l., poiché si realizza, in sostanza, una situazione assolutamente analoga a quella della cessione di azienda, salvo per il fatto che, nel primo caso, gli effetti del contratto hanno natura transitoria e vi è un obbligo di restituzione del complesso aziendale mentre nel secondo, invece, gli effetti hanno natura permanente.

Infatti, anche nel contratto di affitto di azienda non soltanto l'affittuario è in condizione di utilizzare mezzi d'opera e personale facenti capo all'azienda affittata ma, soprattutto, si mette in condizione di avvantaggiarsi anche dei requisiti di ordine tecnico organizzativo ed economico finanziario facenti capo a tale azienda, per quanto ciò avvenga per un periodo di tempo determinato e malgrado la "reversibilità" degli effetti una volta giunto a scadenza il contratto di affitto d'azienda, con l'obbligo di restituzione del complesso aziendale".

Anche tale fattispecie, quindi, ad avviso del Collegio rientra per analogia tra quelle che, per giurisprudenza oramai pacifica del Consiglio di Stato, soggiacciono all'obbligo di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del Codice, riguardante anche gli amministratori e direttori tecnici dell'impresa cedente nel caso in cui sia intervenuta un'operazione di cessione d'azienda in favore del concorrente nell'anno anteriore alla pubblicazione del bando (cfr., citata sentenza Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012, n. 10).

Ciò che rileva, infatti, non è la natura reale o personale del diritto attribuito alla concorrente sull'azienda di un altro soggetto, ma la circostanza obiettiva che questa intende utilizzare, ai fini della partecipazione alla gara, come si verifica nella specie,

trattandosi, come detto, di un affitto d'azienda avente ad oggetto l'attività di centro cottura e produzione pasti esercitato nei locali siti in Pordenone, Via Delle Crede n. 101/1E.

Inoltre, si deve rilevare che la continuità imprenditoriale tra l'affittuario e l'affittante risulta insita in re ipsa nello stesso trasferimento della disponibilità economica di una parte dell'azienda ad altra impresa, giuridicamente qualificabile come affitto, ad eccezione della sola ipotesi in cui il soggetto interessato (cessionario) abbia fornito la prova di una completa cesura tra le gestioni, prova del tutto assente nel caso di specie.

Né può rilevare la circostanza che l'affitto dalla Ve-ris avrebbe riguardato una realtà aziendale di "limitata rilevanza economica", posto che la rilevanza economica nel caso di specie non appare così marginale, atteso che per l'affitto in questione è stato pattuito un corrispettivo mensile di euro 15.000, non certo trascurabile, per un periodo consistente (sei anni).

Per quanto riguarda, la vera e propria cessione di autonomo ramo d'azienda dalla Toscana Ristoranti, è indubbio che si sia trattato di una vera cessione rientrante nello spettro applicativo di cui alla già citata sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012, n. 10, poiché essa ha avuto ad oggetto "il complesso dei beni, diritti e rapporti di lavoro e non, riconducibili con unità funzionale all'esercizio dell'attività economica di cui sopra" (art. 1 del contratto - doc. 2 appellato), vale a dire riconducibili all'attività di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, ristorazione, tavola calda, rosticceria, a carattere permanente; non può, dunque, ritenersi una mera cessione di licenza di somministrazione di alimenti e bevande.

Per quanto riguarda il terzo motivo d'appello formulato dalla Gemeaz Elmor s.p.a., sovrapponibile al secondo motivo d'appello di Jesiservizi s.r.l., ove si lamenta la mancanza di obblighi dichiarativi nella lex specialis, con conseguente preteso obbligo di ricorso al potere/dovere di soccorso istruttorio da parte della Stazione

appaltante ex art. 46, d.lgs. 163/2006, nonché la mancata applicazione della teoria sostanzialistica (o c.d. del falso innocuo), quest'ultima legata al terzo motivo d'appello (in via subordinata) di Jesiservizi s.r.l., esso è da ritenersi privo fondamento.

Infatti, la gara in oggetto è stata bandita nell'aprile del 2013, a distanza di quasi un anno dalle citate pronunce dell'Adunanza Plenaria richiamate, n. 10 e n. 21 del 2012, ove è stato chiarito che l'obbligo dichiarativo in questione scaturisce direttamente dalle legge.

Pertanto, in presenza di un obbligo dichiarativo ex lege, non può trovare spazio l'ipotizzata regolarizzazione documentale, altrimenti violandosi la par condicio dei concorrenti, come peraltro chiarito di recente dal Consiglio di Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, non essendo consentita la produzione tardiva della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa.

Tale ultima pronuncia, inoltre, ha posto l'accento sulla necessità degli obblighi dichiarativi, sconfessando, allo stato, la teoria del cd. "falso innocuo" (id est, la teoria sostanzialistica); pertanto, nessuno spazio può esservi per un rinvio pregiudiziale su questo profilo, nonché sugli obblighi dichiarativi in materia di cessione ed affitto d'azienda (cfr., anche, sul punto, la citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 21-2012; cfr., anche, Consiglio di Stato, Sez. III, 6 febbraio 2014, n. 583, ove si è chiarito che il valore della completezza delle dichiarazioni da fornire in sede di offerta, insito nell'art. 38 cit., corollario di principi di matrice comunitaria come quelli di trasparenza, par condicio e proporzionalità, non si pone in contrasto con l'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE).

Infine, per quanto riguarda l'ultimo motivo d'appello di Jesiservizi s.r.l., secondo cui sarebbe erronea la sentenza del TAR, nella parte in cui ha stabilito che "ai sensi dell'art. 122 del codice del processo amministrativo, all'annullamento dell'aggiudicazione non consegue la declaratoria dell'inefficacia del contratto",

poiché nessun contratto risulta ancora stipulato in esito alla procedura di aggiudicazione in questione, se ne deve ritenere l'irrilevanza, e quindi l'inammissibilità, non ottenendo Jesiservizi s.r.l. alcun vantaggio concreto dall'eventuale accoglimento di tale motivo e dovendo Jesiservizi s.r.l., a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, riavviare il procedimento amministrativo, senza considerare tale affermazione del TAR, priva di pratica attuabilità, non sussistendo l'oggetto della pronuncia censurata (vale a dire, il contratto).

Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, gli appelli devono essere respinti in quanto infondati.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, li respinge.

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/11/2014

IL SEGRETARIO

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