

N. 00010/2012REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)  
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5 di A.P. del 2012, proposto da:  
L.F. Palumbo Costruzioni s.r.l., in proprio e quale capogruppo dell'a.t.i. con Della Corte Antonio e Teknoelectric s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Abbamonte, con domicilio eletto presso lo studio Titomanlio - Abbamonte in Roma, via Terenzio n. 7;

**contro**

Megastrutture s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Paolo Cantile, Mario Caliendo ed Armando Profili, con domicilio eletto presso l'avv. Armando Profili in Roma, via Palumbo, 26;

**nei confronti di**

Comune di Pietravairano;  
Stazione Unica Appaltante della Provincia di Caserta;

**per la riforma**

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE VIII n. 02244/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO DEI LAVORI DI QUALIFICAZIONE E POTENZIAMENTO DELLA DOTAZIONE INFRASTRUTTURALE DEGLI SPAZI CONNESSI AL CASTELLO MEDIOEVALE ED ALLE STRUTTURE DI ACCESSO AL TEATRO TEMPIO SUL MONTE SAN NICOLA

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Megastrutture s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 marzo 2012 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Abbamonte e Profili per se' e per delega dell'avv. Cantile.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con bando del 1° giugno 2010 la Stazione Unica Appaltante della Provincia di Caserta ha indetto una procedura aperta col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento dei lavori di "funzionalizzazione, qualificazione e potenziamento della dotazione infrastrutturale dei sistemi locali di sviluppo, interventi di completamento del recupero, riqualificazione e valorizzazione degli spazi connessi al castello medioevale ed alle strutture di accesso al teatro-tempio di Monte S. Nicola" nel Comune di Pietravairano.

Alla procedura hanno partecipato, tra le altre concorrenti, l'a.t.i. L. F. Palumbo Costruzioni s.r.l.-Della Corte Antonio-Teknoelectric s.r.l. e la Megastrutture s.r.l.. Con determinazione 3 settembre 2010 n. 149 il Comune di Pietravairano ha aggiudicato "provvisoriamente" la gara alla prima, con consegna anticipata dei lavori stante l'urgenza. A seguito della riammissione a gara di altra concorrente a suo tempo esclusa, la commissione giudicatrice si è nuovamente riunita ed ha confermato l'aggiudicazione provvisoria in favore dell'a.t.i. predetta, che con determinazione 2 novembre 2010 n. 189 è stata dichiarata aggiudicataria definitiva.

Con ricorso davanti al TAR per la Campania, sede di Napoli, la seconda classificata Megastrutture ha impugnato l'indicata determinazione n. 189 del 2010 e gli atti connessi, dolendosi della mancata esclusione dell'a.t.i. Palumbo sotto vari profili, nonché del punteggio tecnico ad essa attribuito.

La controinteressata ha proposto ricorso incidentale lamentando, a sua volta, l'illegittimità dell'ammissione di Megastrutture, anch'essa sotto vari profili, ed in parte qua del bando.

Con sentenza 20 aprile 2011 n. 2244 della sezione ottava il ricorso incidentale è stato respinto ed il ricorso principale è stato accolto.

In particolare, il TAR ha disatteso il motivo del ricorso incidentale incentrato sul preteso obbligo di Megastrutture (di cui è legale rappresentante la signora Adelina Conte), costituita nel 2008 per conferimento della ditta individuale Conte Adelina, quest'ultima nata dalla cessione d'azienda della S.S. Costruzioni s.r.l., di produrre l'attestazione dell'insussistenza delle cause di esclusione ex art. 38, co. 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006 in capo agli amministratori muniti di poteri di rappresentanza cessati dalla carica nel triennio anteriore, tali sostenendosi che fossero quelli della menzionata S.S. Costruzioni s.r.l.. In proposito, è stato ritenuto che in caso di cessione d'azienda antecedente alla partecipazione ad una gara non sussista lo specifico obbligo dichiarativo in ordine ai requisiti soggettivi degli amministratori e direttori tecnici della cedente, imposto dall'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 solo al soggetto concorrente, e tenuto anche conto che la cessione d'azienda comporta una successione non a titolo universale, ma nelle posizioni attive e passive relative all'azienda tra soggetti che conservano distinta personalità giuridica. Sono stati altresì disattesi i restanti motivi: quello concernente l'omesso corredo di fotocopia del documento d'identità o autentica di firma delle dichiarazioni sostitutive del legale rappresentante e del direttore tecnico, risultando inserita nella busta A almeno una copia fotostatica dei rispettivi documenti d'identità; quello concernente il dichiarato direttore tecnico Merola Arcangelo, non riportato nel certificato camerale, in cui è invece presente il nominativo di Delli Carpini Franco come responsabile tecnico (il quale però non ha reso le dichiarazioni sull'insussistenza di cause di esclusione a suo carico), poiché dall'attestazione SOA emerge che Merola Arcangelo è il direttore tecnico e per la diversa figura del responsabile tecnico non v'è obbligo dichiarativo; infine, quello concernente l'inammissibilità delle migliorie proposte in quanto avrebbero stravolto il progetto esecutivo a base di gara, ad esempio incidendo sulla pavimentazione e sul sistema di illuminazione, osservandosi come le modifiche prospettate non denotino di per sé significativa alterazione progettuale.

L'accoglimento del ricorso principale è stato pronunciato in relazione a tre motivi. Al riguardo, il primo giudice ha rilevato:

a.- che la classifica I (€ 258.228) posseduta dalla mandante Della Corte Antonio nella categoria di qualificazione OG3, pur incrementata del 20% ai sensi dell'art. 3, co. 2, del d.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34, è insufficiente ai fini della partecipazione alla procedura di affidamento in quanto si ragguaglia ad un importo (€ 309.973,60) inferiore alla dichiarata quota del 20% (€ 3010.253,30, necessariamente da commisurare all'importo dei lavori a base di gara e non al prezzo offerto) di partecipazione all'a.t.i. della medesima ditta, in violazione del principio di corrispondenza tra le quote di partecipazione (ed esecuzione) e le quote di qualificazione delle imprese costituenti il raggruppamento (primo motivo);

b.- che l'attestazione circa l'insussistenza delle cause impeditive di cui all'art. 38, co. 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, richiesta a pena di esclusione dal bando per gli ex amministratori ed ex direttori tecnici, non risulta sottoscritta dal legale rappresentante della cooptata Teknoelectric e non è surrogabile dalla dichiarazione di cui al modello B1 allegato al bando, riferita alla sola posizione individuale del dichiarante (terzo motivo);

c.- che il direttore tecnico della Della Corte non ha prodotto la dichiarazione di cui all'art. 38, co. 1, lett. m ter), del cit. d.lgs., così come imposto dal principio di eterointegrazione automatica della lex specialis di gara da parte di norma di legge cogente e di immediata applicazione, segnatamente

impositiva di un onere documentale inerente il possesso di requisito di ordine generale di partecipazione alla proceduta, non rilevando perciò la mancanza nella stessa *lex specialis* di espressa prescrizione ed analitica comminatoria di esclusione, né l'insussistenza di situazioni ostative, e neppure comportante una lesione dell'affidamento posto che altrimenti si porrebbe alla disapplicazione del principio dell'efficacia vincolante della medesima norma di legge. Palumbo Costruzioni ha proposto appello avverso detta sentenza, articolando otto motivi con i quali ha contestato la rievocazione o il mancato esame delle eccezioni di inammissibilità da essa sollevate nei riguardi del ricorso principale, nonché delle doglianze formulate col proprio ricorso incidentale, e l'accoglimento delle censure sopra accennate.

Ribadiva in particolare la illegittimità dell'ammissione alla gara di Megastrutture in base al rilievo della non veridicità della dichiarazione sottoscritta dalla Sig.ra Adelina Conte, quale legale rappresentante della medesima Megastrutture, in ordine all'inesistenza di amministratori e direttori tecnici cessati dalla carica nell'ultimo triennio; dichiarazione che, a suo avviso, avrebbe dovuto essere resa anche con riguardo alla cedente S.S. Costruzioni, di cui la stessa Megastrutture è la continuazione.

Megastrutture si è costituita in giudizio, ha svolto controdeduzioni e repliche alla memoria dell'appellante.

Osserva anzitutto, in fatto, che essa non sostituisce né rappresenta S.S. Costruzioni, ancora attiva ed iscritta alla CENAI in luogo della Cassa Edile, e che il signor Schiavone non vi ricopre alcuna carica e non è stato presente ad alcuna seduta di gara, mentre la signora Adelina Conte fa parte di una famiglia operante da oltre trent'anni nel settore dei lavori pubblici, è coadiuvata da due ingegneri, oltre che dai propri familiari e segnatamente dal figlio; pertanto, dalla cessione del ramo d'azienda e dalla trasformazione in Megastrutture della ditta individuale Conte Adelina non può ricavarsi una continuità tra le aziende. Peraltro, la gara è stata indetta nel maggio del 2010, sicché l'eventuale dichiarazione relativa al signor Schiavone non avrebbe potuto tener conto del sequestro penale della stessa azienda cui accenna l'appellante, avvenuto a luglio 2010 (e poi revocato), non prevedibile all'epoca (2008) della cessione che quindi non può dirsi elusiva, considerata altresì l'irrelevanza del sequestro stesso, poiché l'art. 38, co. 1, lett. c), si riferisce a sentenza di condanna. In linea giuridica, evidenzia l'assenza nel d.lgs. n. 163 del 2006 di alcuna norma la quale imponga la dichiarazione della insussistenza di cause ostative nei riguardi di amministratori e direttori tecnici dell'impresa cedente ed il principio di tipicità e tassatività delle ipotesi d'esclusione, di recente riconfermato dalle modifiche apportate all'art. 46 dello stesso decreto legislativo, nonché il principio di soggettività e personalità della responsabilità precludono ogni forma di estensione analogica che vulnererebbe l'affidamento dei partecipanti, la par condicio tra i concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione, oltre che la libertà d'iniziativa economica costituzionalmente tutelata.

Aggiunge infine, in estrema sintesi, che nella specie l'obbligo dichiarativo in parola non è ipotizzabile anche in ragione del duplice passaggio di aziende e, comunque, la sua inosservanza si tradurrebbe in un "falso innocuo", non incidente sull'esito della gara, mentre la dissociazione dell'impresa cessionaria deve farsi derivare direttamente dall'atto di trasferimento.

A seguito dell'udienza pubblica del 20 dicembre 2011, con ordinanza 14 febbraio 2012 n. 711 la Sezione V ha disatteso il primo mezzo di gravame, con cui sono state riproposte le accennate eccezioni concernenti l'omessa, immediata impugnazione della menzionata determinazione dirigenziale 3 settembre 2010 n. 149.

Con riguardo al secondo mezzo concernente la questione – ritenuta dirimente per le sorti della controversia – relativa all'omessa attestazione dell'assenza di cause preclusive in capo agli amministratori della cedente S.S. Costruzioni s.r.l., mentre il legale rappresentante di Megastrutture ha dichiarato l'insussistenza di soggetti cessati dalla carica nell'ultimo triennio, la Sezione, premesse le contrapposte tesi delle parti, ha rilevato in via preliminare che con le censure di cui trattasi, così come delineate in primo grado col ricorso incidentale, Palumbo si era limitata a sostenere l'esistenza di un generico rapporto di continuità sostanziale tra S.S. Costruzioni e

Megastrutture, senza spingersi fino a sostenere un'interposizione fittizia invece prospettata solo in appello. Perciò, stante il divieto di ius novorum ribadito dall'art. 104 cod. proc. amm., ha statuito che i richiami in tal senso non possono che essere intesi non già come espressione di autonoma censura, ma solo quali argomentazioni meramente rafforzative dell'originaria doglianza incidentale volta a lamentare l'inosservanza del preteso obbligo di estendere anche ai vertici dell'impresa cedente le dichiarazioni dovute ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006. Nel merito, esposti i contrastanti indirizzi giurisprudenziali emersi sul punto, ha ritenuto di raccogliere la sollecitazione della difesa dell'appellante alla sottoposizione della questione a questa Adunanza Plenaria ai sensi dell'art. 99 cod. proc. amm. (salve le valutazioni di pertinenza della medesima Adunanza ai sensi del co. 4 dello stesso articolo). In memoria ed oralmente, all'odierna udienza pubblica, l'appellante ha insistito nelle proprie tesi e richieste, alle quali ha replicato l'appellata parimenti in memoria ed oralmente.

## **DIRITTO**

1. Com'è esposto nella narrativa che precede, la questione prospettata all'Adunanza Plenaria con l'ordinanza di rimessione riguarda l'interpretazione dell'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice degli appalti pubblici, nel testo previgente alle modifiche introdotte dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, nella parte in cui, nell'imporre al candidato o concorrente di attestare il possesso dei requisiti soggettivi generali di partecipazione alla procedura di gara elencati nello stesso articolo (co. 2), include tra tali dichiarazioni quella concernente l'insussistenza di sentenza di condanna passata in giudicato (o decreto penale di condanna irrevocabile, o sentenza di applicazione della pena su richiesta) per determinati reati nei confronti di amministratori e direttori tecnici, estendendo la prescritta dichiarazione ai "soggetti cessati dalla carica nel triennio (ora un anno: n.d.e.) antecedente la data di pubblicazione del bando di gara" e stabilendo che l'esclusione o il divieto di partecipazione operano "qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata" (co. 1, lett. c). Più precisamente, la questione attiene alla ricomprensione tra i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione in parola degli amministratori e direttori tecnici dell'impresa cedente in caso di cessione d'azienda in favore del concorrente nel triennio anteriore al bando.

2. La rimessione trova ragione nella presenza di contrasti giurisprudenziali appunto in tema di ricomprensione tra gli amministratori e direttori tecnici cessati nell'ultimo triennio dei vertici dell'impresa cedente e sull'alta probabilità che possano generarsene anche in futuro. La Sezione remittente osserva in proposito che il proprio orientamento, a cui si è uniformata la sentenza appellata, è nel senso della necessità di stretta interpretazione delle clausole di esclusione poste dalla legge o dal bando in ordine alle dichiarazioni a cui è tenuta l'impresa concorrente, con conseguente esclusiva prevalenza delle espressioni letterali in esse contenute e preclusione di ogni forma di estensione analogica, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione.

Peraltro, la Sezione evidenzia la compresenza di difforme orientamento, espresso più volte dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana e dalle Sezioni III e VI del Consiglio di Stato.

3. L'Adunanza Plenaria condivide l'esito al quale è pervenuto il secondo indirizzo, sia pur con le precisazioni che seguono.

3.1. Non è infatti dubitabile che, stante il cennato principio di tipicità e tassatività delle cause di esclusione, la norma recata dall'art. 38, co. 1, lett. c) di cui si controverte, al pari delle altre preclusive della partecipazione del concorrente alle procedure di gara, non sia suscettibile di interpretazione tale da introdurre ulteriori e non previste cause ostative. Si tratta, invece, di chiarire se il contenuto della stessa norma già di per sé comprenda o meno ipotesi non testuali, ma pur

sempre ad essa riconducibili sotto il profilo della sostanziale continuità del soggetto imprenditoriale a cui si riferiscono, sicché il soggetto cessato dalla carica sia identificabile come interno al concorrente.

In tale quadro, l'Adunanza è dell'avviso che nella causa di esclusione in esame non possa non ricadere anche l'ipotesi in cui affiori l'intento di eludere la norma in relazione a vicende in atto o prevedibili. Diversamente opinando si finirebbe infatti col disattendere lo scopo stesso della preclusione di legge, da individuarsi sicuramente in quello di impedire anche solo la possibilità di inquinamento dei pubblici appalti di lavori, servizi e forniture derivante dalla partecipazione alle relative procedure di affidamento di soggetti di cui sia accertata la mancanza di rigore comportamentale con riguardo a circostanze gravemente incidenti sull'affidabilità morale e professionale.

In questo senso, a fronte di tale scopo essenziale e preminente non possono militare in senso contrario l'esigenza di certezza giuridica, intesa in termini impeditivi di ogni interpretazione non strettamente letterale, e la tutela della libertà d'impresa, laddove agiscano a scapito dello scopo stesso.

Si consideri del resto, a riprova di ciò, come la giurisprudenza, con indirizzo interpretativo del tutto prevalente, ritenga che la disposizione è applicabile anche nelle ipotesi di fusione o di incorporazione di società, ancorché venute in essere antecedentemente all'avvio della gara (c.f.r. Cons. di Stato, III, 15 luglio 2011, n. 4323; T.a.r. Abruzzo, 15 dicembre 2011, n. 681; T.a.r. Sardegna, I, 22 luglio 2011, n. 845; T.r.g.a. Trentino Alto-Adige, 18 luglio 2011, n. 202; T.a.r. Sicilia, I, 29 giugno 2011, n. 1243; T.a.r. Veneto, I, 27 gennaio 2011, n. 115; cfr. anche Cons. di Stato, VI, 9 maggio 2011, n. 2662, che nega l'applicazione della norma qualora la fusione o incorporazione comporti l'estinzione del soggetto incorporato).

Vero è che in tali casi, a differenza di quanto avviene nella cessione, la vicenda realizza una successione a titolo universale fra i soggetti interessati ovvero, alla luce della riforma del diritto societario disposta dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, la loro mera trasformazione e lascia dunque ferma, per definizione, la continuità dell'attività imprenditoriale. Non è peraltro nel contempo da sottacere che quest'ultimo fenomeno ben può verificarsi pur in ipotesi di cessione di azienda o di ramo di azienda: sebbene infatti per suo tramite si realizzi una successione a titolo particolare, essa tuttavia assume una forma del tutto peculiare, consistente nel passaggio all'avente causa 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, v. Cass., 12 giugno 2007, n. 13765; Cass., 13 giugno 2006, n. 13676; Cass., 19 luglio 2000, n. 9460). Il che rende la vicenda ben suscettibile di comportare pur essa la continuità tra precedente e nuova gestione imprenditoriale.

La responsabilità per fatto di soggetto giuridico terzo a cui soggiace il cessionario trova risposta nel principio ubi commoda, ibi incommoda: il cessionario, come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente.

3.2. All'operazione interpretativa in argomento non osta il dato normativo in ordine alla condizione di rilevanza della causa d'esclusione riferita ai soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente al bando, costituita dalla mancata dimostrazione "di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata".

La Sezione remittente allega, al riguardo, che l'impresa cessionaria ben potrebbe senza colpa ignorare i precedenti penali dei vertici della cedente, sicché si troverebbe ad essere assoggettata a responsabilità per fatto altrui, in contrasto con i principi della personalità della responsabilità individuale e della tutela dell'affidamento, sulla base di un meccanismo attributivo di responsabilità oggettiva e senza potersi avvalere dello strumento di garanzia della dissociazione.

Premesso che, diversamente da quanto sostenuto da Megastrutture, non si vede come la cessione possa consistere essa stessa nella "dissociazione", il segnalato inconveniente può esser agevolmente

superato dal cessionario attraverso l'adozione di opportune cautele, quali il pretendere dall'impresa che si intenda acquisire l'attestazione circa intervenute condanne o indagini penali già in corso sui rispettivi vertici amministrativi e tecnici per reati che incidano sull'affidabilità morale e professionale, nonché prevedendo penali o garanzie o risoluzione della cessione al verificarsi di tali fatti, suscettibili di risolversi negativamente per tali soggetti entro il successivo triennio (ora entro il successivo anno).

Ad ogni modo, proprio nella logica del cennato fenomeno della dissociazione, al cessionario va riconosciuta la possibilità di comprovare che la cessione si è svolta secondo una linea di discontinuità rispetto alla precedente gestione, tale da escludere alcuna influenza dei comportamenti degli amministratori e direttori tecnici della cedente.

3.3. Alla luce delle esposte considerazioni deve quindi ritenersi la sussistenza in capo al cessionario dell'onere di presentare la dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006 anche in riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la cedente nell'ultimo triennio (ora nell'ultimo anno).

Resta fermo, come innanzi accennato, che è comunque dato al cessionario comprovare l'esistenza nel caso concreto di una completa cesura tra vecchia e nuova gestione, tale da escludere la rilevanza della condotta dei precedenti amministratori e direttori tecnici operanti nell'ultimo triennio e, ora, nell'ultimo anno, presso il complesso aziendale ceduto.

Resta altresì fermo – tenuto anche conto della non univocità delle norme circa l'onere del cessionario – che in caso di mancata presentazione della dichiarazione e sempre che il bando non contenga al riguardo una espressa comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione.

4. Quanto alla fattispecie concreta dedotta nel presente giudizio, l'Adunanza reputa che sussistano sufficienti elementi per affermare che il concorrente Megastrutture è la mera continuazione della stessa "azienda" ceduta, poiché è del complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio della S.S. Costruzioni che l'impresa cessionaria si è avvalsa, prima nella sua forma di impresa individuale neocostituita, poi in quella societaria - parimenti neo costituita - in cui si è trasformata, non a caso unipersonale e non a caso nello stesso anno 2008. Oltretutto, come bene si osserva nell'ordinanza di rimessione, non sono senza rilievo ai fini della dimostrazione della detta continuità (se non dell'interposizione fittizia, la cui verifica è però preclusa in questa sede dalle statuizioni della stessa ordinanza ricordata in narrativa) gli ulteriori elementi, come quelli indicati appena sopra (forniti dall'appellante sin dal primo grado), indiziari ma gravi e concordanti, dell'età particolarmente avanzata della signora Conte, singolare in chi intraprenda per la prima volta un'attività imprenditoriale e per giunta alla guida di una nuova impresa, la sua carente professionalità in materia, non essendo in alcun modo dimostrato un pregresso e personale apporto alle attività familiari, ed il rapporto di affinità col signor Schiavone, idoneo a comprovare, nel contesto degli altri predetti elementi, che non vi è stata cesura tra le due entità.

Di contro, quanto evidenziato circa la costituzione ex novo dell'impresa individuale Conte e la sua pressoché contestuale trasformazione formale in impresa societaria unipersonale escludono che si sia trattato di un reale duplice passaggio.

4.1. Non senza dire che l'operazione appare risolversi, invece, nell'instaurazione di un meccanismo finalizzato a rendere produttiva l'azienda ceduta anche ai fini della partecipazione agli appalti pubblici ed al loro affidamento, ponendola al riparo, in primo luogo, da eventuali interdittive antimafia e, in secondo luogo, dall'intervento di una condanna ostativa. Difatti, non essendo peraltro allegato un motivo della cessione di ordine commerciale, è particolarmente agevole desumere come si verta nel caso di manovre elusive, poste in atto in vista della possibilità che le indagini, evidentemente già in corso nel 2008 poiché riferite a fatti presunti che sarebbero avvenuti fino al gennaio 2006 e di cui è ragionevole arguire che all'epoca l'interessato ne avesse avuto se

non altro sentore, non solo si concludessero negativamente nel triennio, ma ancor prima conducessero ad un possibile apprezzamento negativo del prefetto, attesa la tipologia dei cennati fatti ed il loro collegamento (secondo gli inquirenti) con attività della criminalità organizzata.

4.2. Resta da osservare che, al contrario di quanto sostenuto dall'appellata, la produzione in questa sede d'appello del documento (avviso ex art. 419, co. 1, cod. proc. pen. in data 4 maggio 2011 di udienza preliminare in relazione a richiesta di rinvio a giudizio) da cui si sono tratti tali ulteriori elementi deve ritenersi ammissibile ai sensi dell'art. 104, co. 2, cod. proc. amm., essendo evidente l'impossibilità dell'appellante di farne oggetto di deposito nel giudizio di primo grado, conclusosi con l'antecedente sentenza del 20 aprile 2011.

5. In conclusione, quanto sin qui esposto conduce all'accoglimento dell'appello, con conseguente riforma della sentenza appellata nel senso dell'accoglimento del ricorso incidentale e, di qui, la declaratoria di improcedibilità del ricorso principale per carenza di interesse. Tuttavia, la complessità della questione giuridica sottoposta all'Adunanza, in uno con la presenza dei contrasti giurisprudenziali sopra illustrati sulla stessa questione, consigliano la compensazione tra le parti delle spese di entrambi i gradi.

### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata accoglie il ricorso incidentale e dichiara improcedibile il ricorso principale di primo grado. Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Coraggio, Presidente  
Giorgio Giovannini, Presidente  
Gaetano Trotta, Presidente  
Pier Giorgio Lignani, Presidente  
Stefano Baccharini, Presidente  
Alessandro Botto, Consigliere  
Marzio Branca, Consigliere  
Aldo Scola, Consigliere  
Francesco Caringella, Consigliere  
Anna Leoni, Consigliere  
Maurizio Meschino, Consigliere  
Raffaele Greco, Consigliere  
Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE IL SEGRETARIO