

Publicato il 18/11/2019

N. 00279/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00159/2019 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 Regionale di Giustizia Amministrativa

Sezione Autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 159 del 2019, proposto da Le Ali S.r.l. Progetto Ambiente, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Volpe, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Padova, via dei Borromeo, n. 16;

contro

Ministero dell'Interno - Commissariato del Governo per la Provincia di Bolzano, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato di Trento, domiciliata *ex lege* in Trento, Largo Porta Nuova, n. 9;

nei confronti

Css S.p.a., denominata anche Css Ag, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

Consorzio Stabile Impero, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

1) del provvedimento 11 luglio 2019, n. prot. 25961, comunicato via p.e.c. il giorno 12 luglio 2019, a firma del Viceprefetto Vicario, presso il Commissariato del Governo per la Provincia di Bolzano, e responsabile del procedimento, di esclusione della società ricorrente dalla gara europea a procedura aperta per l'appalto del servizio di pulizia dei locali adibiti a caserme dell'Arma dei Carabinieri nel territorio della Provincia di Bolzano per il periodo presunto compreso fra il 1.1.2019 e il 31.12.2021- CIG 7790426EE5;

2) del successivo provvedimento, a firma del medesimo Viceprefetto Vicario, 31 luglio 2019, n. prot. 28556, di conferma, con rinnovazione della motivazione, del primo atto impugnato;

3) del verbale n. 5 - apertura busta A Documentazione amministrativa, relativo alla suddetta gara, formato in data 11 luglio 2019 e pubblicato sul sito della stazione appaltante in data 12.7.2019, che ugualmente ha disposto l'esclusione della ricorrente;

e di ogni ulteriore atto o provvedimento, consequenziale o presupposto e, in particolare, con riserva di impugnazione di ogni ulteriore atto, relativo alla definizione della gara d'appalto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Vista l'ordinanza cautelare n. 74/2019;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, c.p.a.;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2019 la consigliere Lorenza Pantozzi Lerjefors e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente espone di avere presentato domanda per partecipare alla gara europea a procedura aperta, CIG7790426EE5, indetta dal Commissario del Governo per la Provincia di Bolzano con bando del 22 febbraio 2019, n. prot. 8634 per l'appalto del servizio di pulizia dei locali adibiti a caserme dell'Arma dei Carabinieri nel territorio della provincia di Bolzano per il periodo presumibile compreso tra l'1.1.2019 e il 31.12.2021, con importo a base d'asta di euro 688.644,01, oltre IVA e oneri di sicurezza (doc. 2 della ricorrente).

Il disciplinare di gara, al punto 15.2 3.1, e il bando al punto 13.1., lett. c), prevedevano l'obbligo per le ditte offerenti di attestare (con la dichiarazione sostitutiva di cui al punto 15.2 del disciplinare), a pena di esclusione, l'esecuzione, nell'ultimo triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando, di servizi di pulizia presso enti pubblici e privati, per un importo complessivo non inferiore a euro 180.000,00, oltre IVA. A tal fine le ditte offerenti erano tenute a indicare, per ogni servizio reso, il committente, l'oggetto, l'importo e il periodo di esecuzione (doc. 1, pag. 20, e doc. 2, pag. 14, della ricorrente).

La società ricorrente dichiarava al riguardo i seguenti fatturati: euro 1.319.462,82 per l'anno 2016; euro 80.170,00 per l'anno 2017; euro 17.385,90 per l'anno 2018 (doc. 8 della resistente).

In seguito all'apertura della busta A, contenente la documentazione amministrativa e la dimostrazione dei requisiti di partecipazione, la stazione appaltante, con nota del 24 maggio 2019, chiedeva all'odierna ricorrente di presentare la documentazione probatoria riferita a quanto dichiarato in riferimento ai servizi prestati (doc. 3 della ricorrente).

Con nota del 28 maggio 2019 la società ricorrente rispondeva, dichiarando “che per l'anno 2016 è stata indicata erroneamente la cifra di euro 1.319.462,82 (fatturato specifico globale), piuttosto che euro 755.200,00 (fatturato specifico committente Edeco Onlus)” e allegando la documentazione probatoria richiesta (doc. 4 della ricorrente).

Con provvedimento dell'11 luglio 2019 la stazione appaltante escludeva la società ricorrente dalla partecipazione alla gara, per carenza del requisito di capacità economico-finanziaria. In particolare, veniva preso atto delle seguenti circostanze:

- che l'impresa “Le Ali Srl Progetto Ambiente”, già “Pulizie Progetto Srl”, è stata costituita in data 9 gennaio 2017, ad opera del signor Michele Giacometti;
- che in data 25 gennaio 2019 l'impresa “Le Ali Srl Progetto Ambiente” ha assunto l'attuale denominazione sociale;
- che tra i servizi prestati nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando di gara, l'impresa ha “dichiarato un appalto reso nell'anno 2016, allorché non risultava ancora costituita”;
- che i servizi svolti nell'anno 2016, per un importo contrattuale complessivo, al netto dell'IVA, di 755.200,00 euro di cui alla dichiarazione, “risultano essere stati svolti dall'impresa individuale Pulizie Progetto di Michele Giacometti, che solo successivamente, in

data 1 febbraio 2017, è stata conferita nell'impresa "Pulizie Progetto Srl";

- che il fatturato complessivo dell'impresa "Le Ali Srl Progetto Ambiente" - utile all'ammissione alla procedura di gara, di cui al punto 13.1. lett. c), del relativo bando e di cui al punto 15.2. 3.1 del disciplinare - dedotti i servizi risalenti all'anno 2016 e svolti dall'impresa individuale "Pulizie Progetto di Michele Giacometti" ammonta a 97.555,90 euro, inferiore quindi alla soglia di 180.000,00 euro prevista dal bando e dal disciplinare di gara (doc. 5 della ricorrente).

La società ricorrente, con nota del 15 luglio 2019, ritenuto non corretto il criterio adottato per la valutazione del requisito di capacità economico-finanziaria riferito all'anno 2016, chiedeva la riammissione alla procedura di gara (doc. 6 della ricorrente).

Su richiesta della stazione appaltante, con nota del 19 luglio 2019 la società ricorrente trasmetteva la visura camerale della ditta individuale "Pulizie Progetto di Giacometti Michele", l'atto costitutivo della società "Pulizie Progetto Srl", la visura di evasione della società "Pulizie Progetto Srl", il verbale di cambio denominazione e sede legale e conferimento della società "Le Ali di Rogato Barbara", nonché la visura camerale aggiornata (doc.ti 7 e 8 della ricorrente).

Con provvedimento del 31 luglio 2019 la stazione appaltante confermava l'esclusione della ricorrente dalla gara, ritenuta la documentazione trasmessa "non idonea ai fini della riammissione di codesta impresa alla procedura in questione, in quanto non modifica le ragioni di merito alla base del procedimento di esclusione" (doc. 9 della ricorrente).

A fondamento del ricorso è stato dedotto il seguente motivo:

“Violazione di legge, per falsa applicazione dell’art. 83, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Eccesso di potere sotto il profilo dell’erronea rappresentazione della realtà”;

Si è costituita in giudizio l’Amministrazione intimata, chiedendo il rigetto del ricorso, siccome infondato, previa reiezione dell’istanza cautelare.

Con ordinanza cautelare n. 74/2019 la società ricorrente è stata ammessa con riserva alla procedura di gara, previa sospensione dell’efficacia dei provvedimenti impugnati.

All’udienza pubblica del 6 novembre 2019 il procuratore dell’Amministrazione resistente ha precisato che la gara d’appalto non si è ancora conclusa. Il ricorso è stato quindi trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

Con un unico, articolato, motivo la società ricorrente lamenta la falsa applicazione dell’art. 83 del Codice degli appalti (D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50), nella parte in cui consente alle stazioni appaltanti di imporre, a pena di esclusione, l’esibizione di un fatturato minimo annuo, sotto diversi profili.

Viene in primo luogo contestato che il Consiglio di Stato, con la decisione dell’Adunanza Plenaria n. 10/2012, abbia posto le basi per sostenere la tesi secondo cui, in caso di successione integrale di un’impresa a un’altra, non possa essere fatto valere, quale requisito di partecipazione, il fatturato maturato dall’azienda dante causa, sul presupposto che esso non rientrerebbe tra i beni trasferiti con l’azienda (art. 2555 c.c.). La ricorrente assume che l’Adunanza

Plenaria avrebbe in realtà affermato il principio della continuità dell'attività imprenditoriale, alla luce del quale i medesimi requisiti personali si trasferirebbero in capo al cessionario sia in caso di successione a titolo universale tra le imprese interessate al trasferimento d'impresa, sia anche in caso di cessione o affitto di semplice ramo d'azienda, salvo che non si provi una diversa pattuizione. Ne consegue che l'indicazione contenuta nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 22 maggio 2015, n. 2568 (cui fa riferimento il provvedimento di conferma dell'esclusione) si baserebbe su un'interpretazione erronea del citato precedente dell'Adunanza Plenaria.

L'orientamento espresso nella sentenza n. 2568/2015, peraltro, sarebbe stato superato dalla successiva giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato. In particolare, secondo la Sez. III del Consiglio di Stato (30 giugno 2016, n. 2952), la tesi secondo cui il fatturato specifico maturato prima della stipulazione del contratto d'affitto d'azienda, attenendo a un profilo soggettivo dell'attività d'impresa, esulerebbe dal compendio dei beni trasferiti con l'accordo negoziale, non poteva essere condivisa, sia perché non si fonderebbe su alcun dato positivo, sia perché risulterebbe smentita in concreto dal contratto oggetto di controversia. La nuova linea interpretativa sarebbe poi stata ribadita e sviluppata dalla successiva giurisprudenza amministrativa.

La società ricorrente rileva che, in definitiva, ciò che conterebbe sarebbe il requisito della continuità dell'attività d'impresa, requisito esistente nel caso di specie: invero, il signor Michele Giacometti, svolgeva a titolo individuale l'impresa di servizi di pulizia sotto la denominazione "Pulizie Progetto di Giacometti Michele" e nel 2017

ha costituito una società a responsabilità limitata “uninominale”, partecipata da se stesso, conferendo a detta società *in toto* l’azienda dallo stesso precedentemente esercitata a titolo individuale. Infatti, nell’atto costitutivo della nuova società il signor Michele Giacometti “ha dichiarato di voler non già affittare l’azienda uninominale, ma di volerla radicalmente trasferire”.

Le censure sono fondate.

Va premesso che il signor Michele Giacometti, titolare dell’azienda artigiana denominata “Pulizie Progetto di Giacometti Michele”, con contratto del 9 gennaio 2017, Rep. n. 156.059, Notaio Giuseppe Ponzi (cfr. doc. 10 della ricorrente), ha costituito “una società a responsabilità limitata unipersonale denominata ‘Pulizie Progetto Srl’” (art. 1), conferendo nella costituita società “la propria azienda artigiana... avente per oggetto il complesso di beni organizzati per attività di impresa di pulizie... L’azienda conferita risulta costituita dai beni strumentali, immobilizzazioni materiali ed immateriali, attività e passività, rapporti contrattuali, diritti, interessi... La conferitaria società a responsabilità limitata subentra in tutti i contratti in corso relativi all’azienda conferita... La società conferitaria, ai sensi dell’art. 2558 cod. civ., subentra automaticamente in tutti i contratti stipulati per l’esercizio dell’azienda... Il contraente precisa che il conferimento viene effettuato a favore della costituenda società in tutti i diritti, obblighi e rapporti dell’azienda conferita, comprendendo nel conferimento stesso anche i crediti e i debiti aziendali... Gli effetti del conferimento decorrono dal giorno 1° (primo) febbraio 2017...” (art. 3). L’amministrazione ordinaria e straordinaria della società e la rappresentanza legale della stessa è affidata a due

Amministratori nominati a tempo indeterminato sino a revoca o dimissioni, nella persona di Giacometti Michele e Rogato Barbara...” (art. 4). La società ha per oggetto “pulizie professionali (industriali, commerciali, artigianali e civili)...” .

Nel caso di specie ci troviamo di fronte a una cessione di azienda, consistente nel passaggio alla neo costituita società dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi (c.d. trasferimento di universitas).

Ebbene, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, proprio nella citata decisione n. 10 del 2012, ha precisato che le cessioni di azienda o di ramo di azienda, al pari delle fusioni o delle incorporazioni di società, sono suscettibili di comportare la continuità tra la precedente e la nuova gestione imprenditoriale: anche in tali casi, infatti si ha un *“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...)”. Il che rende la vicenda ben suscettibile di comportare pur essa la continuità tra precedente e nuova gestione imprenditoriale?*

Osserva il Collegio che, secondo il più recente e condiviso indirizzo giurisprudenziale, la cessione di azienda, al pari dell'affitto d'azienda, mette il cessionario/affittuario nella condizione di potersi giovare dei requisiti e delle referenze in relazione al compendio aziendale: *“... appare piuttosto condivisibile l'orientamento della giurisprudenza maggioritaria, che si è espressa nel senso che l'affitto d'azienda, alla stessa stregua della cessione, mette l'affittuario/cessionario, per ciò stesso, in condizione di potersi giovare dei requisiti e delle referenze in relazione al compendio aziendale’ (così Cons. Stato, Sez. V, 3 agosto 2015, n. 3.819), che l'atto di cessione di azienda abilita la società subentrante, previa verifica dei contenuti effettivamente traslativi del*

contratto di cessione, ad utilizzare i requisiti maturati dalla cedente' (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2.306) e che 'sono certamente riconducibili al patrimonio di una società o di un imprenditore cessionari prima della partecipazione alla gara di un ramo d'azienda i requisiti posseduti dal soggetto cedente, giacché essi devono considerarsi compresi nella cessione in quanto strettamente connessi all'attività propria del ramo ceduto' (così Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2010, n. 6.550)'' (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 17 marzo 2017, n. 1212; nello stesso senso anche Sez. III, 12 dicembre 2018, n. 7022).

Il precedente orientamento della giurisprudenza, richiamato dalla stazione appaltante nell'impugnato provvedimento di conferma dell'esclusione della ricorrente dalla gara, secondo cui la cessione comporterebbe il trasferimento degli elementi oggettivi che compongono l'azienda stessa, non invece delle caratteristiche soggettive dell'imprenditore (così Consiglio di Stato, Sez. V, 22 maggio 2015, n. 2568), non è condivisibile, *“potendosi invocare diversi precedenti di diverso segno come la sentenza del Consiglio di Stato 2952/2016, in forza dei quali la cessione o l'affitto dell'azienda (o di parte di essa) avvenuta prima della gara (n.d.r. come nel caso di specie)...può legittimare la parte cessionaria a fare valere come acquisiti elementi, anche immateriali, afferenti all'azienda ceduta...”*. Ciò perché la cessione, al pari dell'affitto di ramo d'azienda e di altre figure contrattuali similari è *“idonea in astratto a determinare il trasferimento (anche) del requisito del fatturato in capo all'avente causa, salvo verificare il reale contenuto del contratto in concreto e valutarne gli effetti?”* (cfr. C.G.A. per la Regione Siciliana, 29 maggio 2018, n. 314).

E nel caso di specie, pur in assenza, nell'atto costitutivo, di un'espressa previsione al riguardo, sussistono elementi univoci a favore dell'avvenuto trasferimento del requisito del fatturato alla neo

costituita società. Depongono in tal senso sia l'universalità del trasferimento, la quale emerge in modo chiaro dalle sopra citate disposizioni contrattuali, sia la circostanza che si è trattato, in sostanza, del mutamento della forma soggettiva con cui il medesimo imprenditore, signor Michele Giacometti, ha inteso proseguire la propria attività economica.

Non va infatti dimenticato che fino al 31 gennaio 2017 il signor Michele Giacometti ha esercitato la propria attività in forma di impresa individuale, per poi trasformarla nella forma societaria con l'atto costitutivo qui all'esame.

Ad avviso del Collegio deve quindi conclusivamente ritenersi che, avendo il titolare dell'impresa individuale "Pulizie Progetto di Giacometti Michele" trasferito nella neo costituita società anche il fatturato relativo all'attività contrattuale svolta nel 2016 per un importo contrattuale complessivo di euro 755.200,00, al netto dell'IVA, di cui alla dichiarazione resa dalla Cooperativa sociale Onlus Edeco (cfr. doc. 5 della ricorrente), esso va calcolato ai fini della verifica del requisito di capacità economico-finanziaria per l'ammissione della società ricorrente "Le Ali Srl Progetto Ambiente", già "Pulizie Progetto Srl".

Per le esposte considerazioni il ricorso è fondato e va pertanto accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Tenuto conto delle difficoltà interpretative delle questioni esaminate, le spese di lite possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorso,

come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Alda Dellantonio, Presidente

Margit Falk Ebner, Consigliere

Lorenza Pantozzi Lerjefors, Consigliere, Estensore

Stephan Beikircher, Consigliere

L'ESTENSORE

Lorenza Pantozzi Lerjefors

IL PRESIDENTE

Alda Dellantonio

IL SEGRETARIO