

Publicato il 18/03/2022

N. 01973/2022REG.PROV.COLL.
N. 03835/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 3835 del 2021, proposto da Sogeea Advisory Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Dario De Blasi, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via del Plebiscito n. 102;

contro

Comune di Ardea, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandra Fagotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Cogesi S.r.l., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 02986/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Ardea;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2022 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati De Blasi e Fagotti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'appellante "SOGEEA ADVISORY" impugnava in primo grado, e in via originaria, il bando di gara del Comune di Ardea per l'affidamento del servizio di "supporto all'attività istruttoria di gestione delle istanze di condono edilizio". Il bando avrebbe infatti contenuto una clausola escludente sproporzionata, nella prospettiva di parte ricorrente, ossia un requisito di capacità tecnica consistente nell'aver svolto analoghi servizi presso almeno 5 amministrazioni comunali e facendo incassare, alle stesse amministrazioni, almeno 1,5 milioni. La società interessata formulava in ogni caso domanda di partecipazione alla medesima gara.

La stessa appellante veniva ad ogni modo esclusa dalla predetta gara in quanto avrebbe stipulato, circa tre mesi prima della pubblicazione del predetto bando di gara, contratto di affitto di ramo di azienda della "SOGEEA s.p.a." la quale, nel tempo, aveva tuttavia accumulato diverse irregolarità di natura tributaria e contributiva (cfr. pag. 4 atto di appello. Irregolarità piuttosto gravi e pari ad oltre un milione 110 mila euro, come si evince alla pag. 10 della gravata sentenza). Tale esclusione, disposta come visto per il mancato possesso dei requisiti generali di regolarità fiscale e contributiva di cui all'art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (d'ora in avanti, Codice dei contratti) veniva dunque impugnata con atto di motivi aggiunti.

Il TAR Lazio rigettava i motivi aggiunti in base al principio *ubi commoda, ibi incommoda*, per cui l'affittuario subentra in tutti i rapporti giuridici attivi e passivi dell'affittante: dunque si trasmettono non solo i requisiti di capacità tecnica per partecipare a simili procedure ma anche le carenze, come le evidenziate irregolarità fiscali e contributive, che impediscono la

partecipazione stessa. In altre parole, come ha puntualmente rilevato la qui gravata sentenza: *“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; l’esigenza sottesa a tale interpretazione 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; grava sull’interessato e, dunque, sull’impresa partecipante alla procedura di gara, fornire la prova dell’assenza di continuità con dimostrazione della completa cesura tra le gestioni”*. Sempre il giudice di primo grado dichiarava poi improcedibile il ricorso originario per difetto di interesse ad annullare la clausola di una gara cui la stessa ricorrente non avrebbe comunque avuto diritto a partecipare (data l’assenza di un requisito di ordine generale quale quello sopra evidenziato, ossia la necessaria situazione di regolarità fiscale e contributiva).

La sentenza di primo grado veniva impugnata per i motivi di seguito sintetizzati: A. Erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ritiene legittima l’esclusione della SOGEEA dalla gara; B. Omessa pronuncia su alcuni motivi di ricorso non esaminati o comunque assorbiti. Ciò con riguardo sia alla ritenuta assenza di irregolarità contributive, sia alla lamentata violazione degli obblighi partecipativi; C. Omessa pronuncia sul motivo di ricorso incentrato sulla ritenuta assenza, da parte della stazione appaltante, delle prescritte certificazioni di qualità in capo alla odierna appellante; D. Erroneità della sentenza nella parte in cui la sentenza di primo grado ha ritenuto improcedibile il ricorso principale. Conseguente riproposizione dei motivi di ricorso riguardanti il difetto di proporzionalità della clausola del bando sui “servizi analoghi”.

Si costituiva in giudizio l’appellata amministrazione comunale per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che formeranno, più avanti, oggetto di specifica trattazione.

Con ordinanza n. 3500 del 25 giugno 2021, questa sezione rigettava l'istanza di tutela cautelare proposta per la sospensione della ridetta sentenza di primo grado.

Alla pubblica udienza del 24 febbraio 2022 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso veniva infine trattenuto in decisione.

DIRITTO

01. Tutto ciò premesso l'appello non si rivela fondato per le ragioni di seguito evidenziate.

1. Quanto al primo motivo di appello:

1.1. Per giurisprudenza ormai costante (si veda tra tutte Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2021, n. 6706):

1.1.1. Il contratto di cessione o di affitto d'azienda determina l'automatico trasferimento all'acquirente (o all'affittuario) di tutti i rapporti compresi nel complesso aziendale, sia attivi che passivi. Elementi in tale direzione sono ben ricavabili da una attenta lettura degli artt. 2558 - 2562 del codice civile. Come del resto evidenziato dalla giurisprudenza, la cessione o (a fortiori) l'affitto di ramo d'azienda comporta, in concreto, il "passaggio all'avente causa dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia" (cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 4 febbraio 2016, n. 1676, il quale richiama a sua volta le conclusioni di cui all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 4 maggio 2012);

1.1.2. Ed infatti: in base al principio generale *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 (in tal senso: Cons. Stato, sez. III, 22 maggio 2019, n. 3331; Cons. Stato, Sez. III, 12 dicembre 2018, n. 7022; Cons. Stato, Sez. V, 5 novembre 2014, n. 5470; Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 10, cit.);

1.1.3. L'esigenza sottesa ad una simile interpretazione "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” (elementi in tal senso da Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2021, n. 6706; T.A.R. Napoli, sez. II, 6 aprile 2016, n. 1680). A tale specifico riguardo (contratto di affitto di azienda) è stato affermato proprio che: *“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”* (Cons. Stato, Sez. III, 12 dicembre 2018, n. 7022, cit.; Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2014, n. 5470, cit.);

1.1.4. Spetta in queste ipotesi alla società cessionaria (o affittuaria, come nella specie), l'onere di dimostrare *“la discontinuità gestionale tra le due società, sì da dimostrare la completa disponibilità da parte della concorrente del compendio aziendale affittato”*. Il cessionario deve in altre parole fornire *“la prova di una completa cesura tra le gestioni”* (cfr., in tal senso: Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2021, n. 6706; Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2014, n. 5470).

1.2. Tanto doverosamente premesso, nel caso di specie le irregolarità fiscali del soggetto cedente emergono, in sostanza, da una lettura del Verbale di Assemblea del 9 giugno 2020 della SOGEEA s.p.a. (cfr. doc. 7 della produzione documentale comunale di cui al giudizio di primo grado) nella parte in cui il Presidente del CdA (ing. Simoncini) rappresenta proprio una *“preoccupante situazione finanziaria della società, legata ai crediti aziendali incagliati ed ai conseguenti debiti tributari (per i quali l'Agenzia delle Entrate Riscossione ha già avviato azioni esecutive) nonché ai debiti in genere ed in particolar modo a quelli verso l'Erario ai quali si sommano una evidente crisi di liquidità e una poderosa perdita di fatturato”*.

1.3. Dal canto suo la *“continuità aziendale”*, e dunque il c.d. *“inquinamento a catena”* dalla concedente alla affittuaria, è stata poi sufficientemente delineata

dalla stazione appaltante sulla base dei seguenti elementi:

a) il contratto di affitto di ramo d'azienda del 19 giugno 2020 è stato stipulato dal medesimo soggetto, ing. Simoncini, sia quale Presidente del Consiglio di Amministrazione della concedente SOGEEA s.p.a. (ora EPS) sia quale unico socio ed unico liquidatore della locataria Prologue informatica, poi divenuta SOGEEA advisory. Anche la sede delle due società, almeno al momento della stipula del contratto di affitto, era la stessa (via Sabotino n. 45);

b) lo stesso Simoncini, già presidente del CdA della concedente SOGEEA s.p.a. (gravata di numerose irregolarità di natura comunque fiscale) svolge adesso un ruolo determinante nella locataria SOGEEA advisory (cfr. verbale in data 19 giugno 2020 di cui al doc. 2 della produzione giudiziale di parte appellante) quale Presidente del Consiglio di Amministrazione, Direttore Tecnico e socio (sebbene di minoranza). In questa direzione la “nuova” SOGEEA, come correttamente evidenziato dalla difesa dell'amministrazione comunale, è sostanzialmente amministrata dal precedente amministratore della “vecchia” SOGEEA. Ricorre dunque, secondo quanto sinora esposto, il requisito della *“sovrapposibilità e identità della compagine societaria (identici soci e amministratori) delle due società all'atto della costituzione”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2021, n. 6706, cit.);

c) ancora nella direzione appena indicata, la circostanza che lo stesso Simoncini avrebbe poi smesso ogni carica dalla concedente SOGEEA s.p.a. (ora EPS) non ha alcun rilievo ove soltanto si consideri che quest'ultima, per stessa ammissione della difesa di parte appellante (cfr. pag. 12 atto di appello), costituisce ormai soggetto “inattivo”. La stessa inattività della concedente denota anzi, ulteriormente, che un simile avvicendamento societario [sinteticamente descritto alla lettera a)] si presenta come mutamento di veste societaria ed organizzativa di matrice soltanto *formale* ma non anche *sostanziale*;

d) lo stesso Simoncini è socio di Acquarama Roma a sua volta socia di EPS (già SOGEEA s.p.a.). Circostanza questa mai smentita dalla difesa di parte appellante. Dal canto suo, le modifiche societarie apportate di cui alla visura

camerale depositata in data 23 aprile 2021 agli atti del presente giudizio (all. 6) risalgono al 30 ottobre 2020 e dunque ad un momento senz'altro successivo a quello della scadenza della domanda di partecipazione alla gara di cui si controverte (5 ottobre 2020);

e) l'oggetto sociale di SOGEEA s.p.a. (ora EPS) e SOGEEA advisory (già Prologue), ossia "I SERVIZI DI CONSULENZA, DI PROGETTAZIONE, DI INGEGNERIA ED I SERVIZI IMMOBILIARI IN GENERE PER CONTO TERZI, CON L'ASSUNZIONE IN APPALTO O IN CONCESSIONE DA ENTI PUBBLICI", si rivela del tutto coincidente (cfr. le rispettive visure camerali versate agli atti del giudizio di primo grado);

f) l'utilizzo di una denominazione pressoché identica tra la concedente SOGEEA s.p.a. e SOGEEA advisory s.p.a. disvela infine la reale intenzione di ingenerare, nei terzi, la convinzione di interagire sul piano economico e giuridico con lo stesso soggetto societario (cfr., sul punto specifico, Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2021, n. 6706, cit.).

1.4. Di contro, la appellante non ha dato adeguata dimostrazione circa la "cesura" di tale continuità aziendale, essendosi la stessa limitata a rilevare che: "non v'è nessun dubbio che le società siano distinte e che operino in piena autonomia gestionale e amministrativa". Ed ancora che: "al momento della partecipazione alla gara EPS e Sogeea sono due entità perfettamente distinte e prive di qualsivoglia connessione o correlazione gestoria" (deduzioni alquanto generiche rispettivamente rinvenibili a pag. 7 ed a pag. 9 dell'atto di appello);

1.5. Alla luce di quanto sopra esposto va dunque rigettato il motivo di appello sub A.

2. Va parimenti rigettato il motivo di appello sub B. atteso che:

2.1. La difesa di parte appellante deduce che: "le irregolarità fiscali della locatrice EPS srl in liquidazione non possono certamente transitare alla locataria Sogeea, dal momento che, ai sensi dell'articolo 2560 c.c., la solidarietà per i debiti fiscali è prevista solo e soltanto per l'alienazione e/o la cessione a titolo definitivo dell'azienda" (pagg. 7-8 nonché pag. 17 dell'atto di

appello). Ed ancora che: “eventuali pendenze contributive in capo alla locatrice EPS non risultano comunque interessare i dipendenti transitati a Sogeea in conseguenza del contratto di affitto di ramo d’azienda” (pag. 8 atto di appello, poi ripreso sostanzialmente alle pagg. 18 e 19 del medesimo atto). Ebbene, con riguardo alla ritenuta regolarità contributiva della neosocietà cessionaria SOGEEA advisory si rammenta che, sempre per giurisprudenza costante (Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2021, n. 6706): *“la circostanza che l'affittuario non risponda dei debiti fiscali e contributivi dell'affittante (ai sensi dell'art. 2650 c.c.) non preclude che, ai fini della partecipazione alle gare pubbliche, il motivo ostativo si trasli anche sull'impresa affittuaria (benché questa versi in una situazione di regolarità) allorché questa mutui i requisiti di capacità in virtù del compendio affittato e sussista la sostanziale continuità aziendale tra i due soggetti dell'operazione negoziale (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 dicembre 2018, n. 7022), ben potendo in quel caso l'affittante risentire anche delle componenti negative (ai soli fini del soddisfacimento dei requisiti di partecipazione) senza che ciò implichi alcuna traslazione di responsabilità patrimoniale in via solidale”*. Da quanto detto consegue l’inevitabile rigetto di tale parte di censura;

2.2. Con riguardo alla violazione degli obblighi partecipativi l’intimata amministrazione ha dato adeguatamente conto, nel corso del giudizio di primo grado e di questo di appello, del fatto che non avrebbe potuto adottare un provvedimento di segno diverso. Di qui la piana applicazione di quanto previsto dall’art. 21-*octies*, comma 2, secondo periodo, della legge n. 241 del 1990, a norma del quale: *“Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*. Di qui il rigetto altresì della specifica censura;

3. Quanto al motivo di appello sub C. va rilevato che, per quanto non suscettivo di assorbimento proprio né improprio, sulla specifica censura riguardante la sussistenza della certificazione di qualità è ben vero, come

evidenziato nella stessa sentenza di primo grado (punto 8.3.), che la stessa ricorrente (odierna appellante) non otterrebbe alcuna utilità dall'accoglimento di tale censura stante, in ogni caso, l'infondatezza del primo motivo di appello e dunque la correttezza del provvedimento comunale nella parte in cui ha escluso la concorrente per la assenza dei requisiti di ordine generale sulla regolarità fiscale. Trattasi in effetti di atto plurimotivato, basato ossia sulla ritenuta assenza di regolarità fiscale e di certificazione di qualità. Pertanto, qualora si accerti la legittimità di almeno una delle ragioni ostative (assenza regolarità fiscale) le censure formulate sulle altre cause (assenza di certificazioni di qualità) vanno dichiarate improcedibili per carenza di interesse a coltivare tale parte del gravame. Di qui il rigetto di tale specifico motivo di appello.

4. Quanto infine al motivo di appello sub C. (questione improcedibilità), la difesa di parte appellante ritiene di avere un interesse strumentale alla rinnovazione della procedura competitiva.

Si richiama al riguardo la giurisprudenza eurounitaria in tema di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale.

Tale richiamo è tuttavia riferito ad una situazione non omogenea rispetto a quella di specie.

In particolare: nel caso dei ricorsi reciprocamente escludenti (principale e incidentale) ci si trova dinanzi a due soggetti parimenti carenti dei requisiti per partecipare alla gara; nel caso di specie, invece, uno dei due partecipanti risulta privo dei requisiti generali di partecipazione (ossia l'appellante, per assenza di regolarità fiscale e contributiva), mentre l'altro ne è pacificamente in possesso (controinteressata non costituita, la quale senz'altro possiede tutti i requisiti generali di partecipazione), e ciò anche qualora si eliminasse la suddetta regola di ammissione sui "servizi analoghi".

Detto in altre parole: quand'anche venisse espunta la regola del bando di gara che impone, tra i requisiti partecipazione, l'aver svolto analoghi servizi presso almeno 5 amministrazioni comunali e con un certo "importo di recupero",

nulla muterebbe in ordine agli esiti di gara dal momento che la appellante SOGEEA continuerebbe ad essere esclusa per difetto di altri requisiti “trasmessi” da soggetti terzi (requisiti concernenti, come già detto, la regolarità fiscale e contributiva), mentre la controinteressata COGESI continuerebbe a risultare quale aggiudicataria, data la regolarità sotto ogni profilo della propria posizione.

Pertanto la gara non potrebbe giammai essere rinnovata.

Di qui la conclamata assenza di interesse a coltivare i motivi di cui al ricorso originario di primo grado, qui riproposti ai sensi dell’art. 101, comma 2, c.p.a.

Alla luce di quanto sinora considerato, anche tale motivo di appello deve dunque essere integralmente rigettato.

5. In conclusione l’appello è infondato e deve essere respinto. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la parte appellante alla rifusione delle spese di lite, da liquidare nella complessiva somma di euro 5.000 (cinquemila/00), oltre IVA e CPA ove dovute.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Massimo Santini

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO