

Ancora sul termine processuale di decadenza di cui all'art. 120, comma 2 bis, CPA. Indicazioni operative per la "pubblicità legale"

di Maria Lucia Civello, Maria Lucia Civello

Data di pubblicazione: 12-3-2019

Rito “superspeciale” o “superaccelerato” – ricorso giurisdizionale – termine decadenziale – pubblicità legale – pubblicazione sul profilo del committente – è tassativa

Pochi giorni dopo la pronuncia n.6292 del 7/11/2018, la Quinta Sezione è tornata sul tema, confermando il principio secondo cui il termine di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. imposto a pena di decadenza per l'impugnazione delle ammissioni e delle esclusioni, decorre solo dalla data della pubblicazione del provvedimento nell'apposita Sezione “Amministrazione trasparente” del profilo del committente della stazione appaltante.

Ribadita la valenza derogatoria della speciale disciplina introdotta dal legislatore del 2016, rispetto alla tradizionale regola della “piena conoscenza” a forma libera, il Collegio ha fornito ulteriori indicazioni operative per la "pubblicità legale" che le amministrazioni aggiudicatrici devono assicurare ai sensi dell'art. 29 del D.lgs. n. 50/2016.

A tal fine è infatti richiesta la garanzia di un "facile accesso" alle informazioni da parte dei concorrenti, da garantire attraverso la collocazione degli elementi necessari ad un primo vaglio di legittimità dell'operato della stazione appaltante nella “Sezione amministrazione trasparente”, prevista e regolamentata dall'art. 9, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, come modificato dall'art. 9, comma 1, lett. a), del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, nella *home page* del sito istituzionale. In alternativa, occorrerà che l'amministrazione fornisca nella Sezione amministrazione trasparente un collegamento ipertestuale che contenga la lista e la motivazione delle eventuali esclusioni.

Solo la pedissequa osservanza di queste peculiari forme di pubblicità legale – chiarisce il Collegio – è idonea a determinare una presunzione, *iuris et de iure*, di piena conoscenza del provvedimento, giustificando così l'immediato decorso del termine di decadenza di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a..

Anche in questo caso, la Sezione ha dunque respinto l'eccezione di tardività sollevata dalla parte resistente, in quanto il provvedimento impugnato era stato pubblicato in tutt'altra sezione del profilo della centrale di committenza appaltante.

Di più: il Collegio ha precisato che nessuna efficacia assumesse in senso opposto la circostanza che il disciplinare di gara avesse indicato espressamente il percorso attraverso il

quale sarebbero stati resi pubblici tutti i documenti di gara, in quanto tale forma di comunicazione non “*può valere a sostituire il rigido sistema di pubblicità legale sopra descritto*”.

Va tuttavia precisato che la pronuncia si riferisce a fattispecie antecedente le modifiche introdotte all'art. 29 del D.lgs. n. 50/2016 dal correttivo (D.lgs. n. 56/2017). Occorre dunque segnalare che l'attuale formulazione della norma prevede la pubblicazione - non già della sola lista degli ammessi e degli esclusi, ma anche - di informazioni puntuali sulle motivazioni dei suddetti provvedimenti, prevedendo altresì che i candidati siano resi edotti, con comunicazione individuale, dell'adozione dell'atto, in modo da poter accedere tempestivamente alle informazioni pubblicate (cfr. il parere del Consiglio di Stato, in data 1 aprile 2016, n. 464, che evidenzia l'esigenza di garantire la piena ed efficace tutela giurisdizionale, ancorché ristretti termini previsti dall'art. 120, comma 2 bis., c.p.a.).

L'art. 29 del codice va dunque letto, nella sua attuale versione, nel senso d'imporre la pubblicazione dei provvedimenti di ammissione o esclusione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai fini del decorso del termine d'impugnazione di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a.; ma ciò, fatto salvo il caso in cui l'operatore economico abbia avuto diretta conoscenza del provvedimento e della relativa motivazione attraverso la forma - anche questa oramai legale - della comunicazione individuale (l'art. 29, comma 1, n.t., parla a tal proposito “di concreta disponibilità” delle informazioni).

In altra recente occasione, la medesima Sezione del Consiglio di Stato (Sez. V, n. 6187 del 31 ottobre 2018) aveva avuto modo di chiarire che, in assenza di una previsione derogatoria, soccorrono i principi generali e, precisamente, la regola per la quale la necessità di procedere all'accesso ai documenti per poter avere piena conoscenza della motivazione del provvedimento non comporta il differimento del termine d'impugnazione, restando pertanto onerato l'operatore che intende proporre ricorso a presentare tempestivamente l'istanza di accesso (*ex multis*, Cons. Stato, IV, 21 marzo 2016, n.1135; V, 15 gennaio 2013, n. 170; V, 5 novembre 2012, n. 5588; III, 13 maggio 2012, n. 2993; IV, 2 settembre 2011, n. 4973; V, 25 luglio 2011, n. 4454). In quell'occasione, il Collegio aveva ricordato che il legislatore del nuovo codice non ha accolto l'indicazione contenuta nel parere del Consiglio di Stato n. 464/2016, ove era stato suggerito un miglior raccordo tra il termine per l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione e di esclusione con le previsioni sull'accesso agli atti.

LEGGI LA SENTENZA

Publicato il 21/11/2018

N. 06574/2018REG.PROV.COLL.

N. 00815/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 815 del 2018, proposto da:
Multiservice Group S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Vitale, con domicilio eletto presso lo studio A. Placidi Srl in Roma, via Barnaba Tortolini 30;

contro

A.G. Costruzioni Generali S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Orefice e Rosa Laura Di Maro, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Mangazzo in Roma, via Valadier n. 44;

nei confronti

C.U.C. Agenzia Locale di Sviluppo dei Comuni dell'Area Nolana S.C.P.A e Comune di Saviano (Na), non costituiti in giudizio;

per la riforma della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II, n. 451/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A.G. Costruzioni Generali S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2018 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Massimo Di Nezza, su delega dell'avvocato Domenico Vitale, e Andrea Orefice;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza impugnata il Tribunale amministrativo regionale della Campania, sezione seconda, ha accolto il ricorso avanzato da A.G. Costruzioni Generali s.r.l., seconda classificata, per l'annullamento dell'aggiudicazione, in favore della Multiservice Group s.r.l.,

della procedura aperta indetta dalla Centrale Unica di Committenza dell'Area Nolana – Agenzia Area Nolana s.c.p.a. per l'affidamento, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei servizi cimiteriali del Comune di Saviano per la durata di mesi dodici.

1.1. La sentenza - dopo avere respinto l'eccezione d'inammissibilità del ricorso per asserita tardività - ha accolto il motivo col quale era stato dedotto il difetto dei requisiti di partecipazione, per la mancata dimostrazione del possesso del requisito di capacità economico-finanziaria, prescritto dall'art. 3.3 del disciplinare di gara, consistente (punto 3) nel *“fatturato specifico ... nel settore oggetto della gara negli ultimi tre esercizi ... almeno pari all'importo a base d'asta”*.

1.2. Nella motivazione si dà atto della deduzione della ricorrente secondo cui, per il periodo 23 febbraio-23 dicembre 2014, la Multiservice Group si era avvalsa, in virtù di contratto di affitto di azienda, dei requisiti di fatturato specifico maturati dalla società Global Service s.r.l., senza che ciò fosse possibile, sia perché, in data 14 settembre 2016, la Global Service era incorsa in dichiarazione di fallimento -sicché, secondo la ricorrente, il contratto si sarebbe risolto- sia perché il contratto di affitto non sarebbe stato idoneo al passaggio della qualificazione al nuovo utilizzatore dell'azienda, in quanto stipulato il 12 gennaio 2015, quindi in epoca successiva al periodo di riferimento (2014).

1.3. Quanto al primo punto, con la sentenza si è ritenuto: che, diversamente da quanto opinato dalla ricorrente, il caso non rientra nell'art. 72 della legge fallimentare, ma nell'art. 79, in base al quale il fallimento non è causa di scioglimento del contratto di affitto di azienda, a meno che una delle parti non receda nei successivi sessanta giorni; che, nondimeno, la stazione appaltante avrebbe dovuto valutare l'opponibilità del contratto al fallimento, apprezzandone le condizioni di forma e di data certa; che, invece, in corso di causa, la stazione appaltante e la Multiservice Group avevano addirittura prospettato due diversi titoli, *“la prima parlando di contratto di affitto di azienda, la seconda di acquisto del ramo di azienda, che sarebbe avvenuto in data 23 settembre 2015 (cfr. pag. 8 della memoria di costituzione), senza però documentare alcunché”*.

1.4. Quanto al secondo punto –vale a dire alla possibilità del conduttore di un contratto di affitto di azienda di avvalersi del requisito del fatturato specifico precedente la stipulazione del contratto- si è ritenuto: che è applicabile l'art. 76, comma 9, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, che consente all'affittuario di avvalersi del requisito, ma circoscrive questa possibilità ai soli contratti di affitto che abbiano durata non inferiore a tre anni; che tale disposizione è ancora in vigore, considerata la disposizione transitoria dell'art. 217 del d.lgs. n. 50 del 2016; che tuttavia *“ non è stata data prova nel corso del giudizio che il contratto di affitto che, secondo la stazione appaltante, avrebbe integrato il possesso del requisito richiesto soddisfacesse anche questa imprescindibile condizione”*.

1.5. Accogliendo, per le dette ragioni, il ricorso della seconda classificata, il Tar ha dichiarato assorbite le restanti censure ed ha annullato l'ammissione alla gara della Multiservice Group e l'aggiudicazione in suo favore; ha dichiarato il diritto della ricorrente A.G. Costruzioni Generali s.r.l. a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto, sotto verifica delle condizioni di legge; ha disposto il subentro nell'esecuzione del contratto *“per la durata di mesi dodici dalla data in cui il*

servizio le sarà consegnato, quale risarcimento in forma specifica"; ha infine condannato la stazione appaltante e la contro-interessata, in solido, al pagamento delle spese processuali.

2. La Multiservice Group s.r.l. ha proposto appello con tre motivi.

2.1. Si è costituita in giudizio A.G. Costruzioni Generali s.r.l., resistendo all'impugnazione e riproponendo i motivi dichiarati assorbiti.

Non si è costituita la stazione appaltante.

2.2. Le parti hanno depositato memorie.

All'udienza del 25 ottobre 2018 è stata riservata la decisione.

3. Va esaminato in via prioritaria il secondo motivo di appello, in quanto, nel censurare la sentenza di primo grado per violazione dell'art. 120 cod. proc. amm., ripropone l'eccezione di inammissibilità dell'originario ricorso che, ove fondata, sarebbe, da sola, dirimente per l'accoglimento del gravame, fatto salvo l'esame dei motivi riproposti concernenti (asseriti) vizi della procedura relativi alle fasi successive a quella di valutazione dei requisiti di partecipazione dei concorrenti.

3.1. L'appellante espone che l'ammissione della società Multiservice Group è stata disposta con determinazione n. 56 del 28 aprile 2017, R.G. n. 308 del 4 maggio 2017, con cui sono stati approvati sia la proposta di aggiudicazione sia i verbali di gara, ivi incluso il verbale n. 2 del 4 aprile 2017, che conteneva la deliberazione della commissione di gara di ammissione delle concorrenti alla fase successiva della procedura. Dato ciò, deduce che, ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, aggiunto dall'art. 204, comma 1, lett. b), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la società A.G. Costruzioni Generali avrebbe dovuto impugnare la determinazione di ammissione entro trenta giorni decorrenti dal 4 aprile 2017 o, al più tardi, dal 4 maggio 2017, mentre il ricorso in primo grado è stato notificato in data 13/17 luglio 2017. Sulla base di tali elementi, critica la sentenza che ha respinto l'eccezione, già formulata in primo grado, sia dalla stessa Multiservice Group che dalla stazione appaltante.

3.2. Al riguardo, il primo giudice ha deciso come segue:

- ha ritenuto che le modalità di pubblicazione del verbale della seduta di gara in concreto adottate dalla stazione appaltante non fossero idonee al decorso del termine di impugnazione stabilito dall'art. 120, comma 2 bis, cod. proc. amm. e che le disposizioni contenute in questa norma, per la loro eccezionalità, non sono applicabili oltre i casi ed i tempi previsti;

- richiamate le disposizioni di legge applicabili -in particolare, oltre all'art. 120, comma 2 bis, cod. proc. amm., il primo comma dell'art. 29 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (nel testo vigente prima delle modifiche apportate dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56) e l'art. 9 del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, come modificato dall'art. 9, comma 1, lett. a), d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97-, ha affermato che *"il termine di trenta giorni per impugnare il provvedimento che determina le ammissioni alla procedura di affidamento all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi,*

economico finanziari e tecnico-professionali decorre esclusivamente dalla data della pubblicazione del provvedimento stesso nell'apposita sezione "Amministrazione trasparente" del profilo internet del committente, [...]";

- ha concluso che, poiché il verbale n. 1 del 29 marzo 2017, seduta nella quale è stata disposta l'ammissione delle concorrenti alle fasi successive, non risulta essere stato pubblicato in conformità a detta disciplina, in quanto pubblicato in tutt'altra sezione del profilo della centrale unica di committenza, non è applicabile l'art. 120, comma 2 bis, cod. proc. amm.; né il fatto che il disciplinare di gara indicasse espressamente il luogo predetto, dove sarebbero stati resi pubblici tutti i documenti di gara, *"può valere a sostituire il rigido sistema di pubblicità legale sopra descritto"*.

3.3. La società appellante reputa, all'opposto, che si dovrebbe applicare l'art. 120, comma 2 bis, cod. proc. amm., perché gli atti di ammissione alla gara sono stati resi disponibili nel sito internet dell'Agenzia Nolana C.U.C. (aggiungendo che sarebbero stati pubblicati nella sezione "Amministrazione trasparente" del relativo portale). Saggiunge che, avendo la stazione appaltante pubblicato nel profilo informatico della centrale di committenza, non già un elenco di ammessi ed esclusi, ma per intero tutte le determinazioni del seggio di gara, questa pubblicazione sarebbe idonea a rispettare gli obblighi di trasparenza imposti dalla normativa vigente, non essendo allo scopo necessaria la pubblicazione sul profilo informatico "anche" del Comune di Saviano, come ritenuto nella sentenza appellata.

4. Il motivo è infondato.

Premesso che non è contestato che il ricorso in primo grado sia stato proposto nei trenta giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione mediante posta elettronica certificata pervenuta alla A.G. Costruzioni Generali ai sensi dell'art. 76, co. 5, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, la questione da risolvere concerne i presupposti di legge per l'operatività della presunzione legale di conoscenza dell'ammissione dei concorrenti all'esito della valutazione dei requisiti di partecipazione, in forza della quale decorre il termine di trenta giorni di cui all'art. 120, comma 2 bis, cod. proc. amm. (introdotto dall'art. 204, lett. b, del d.lgs. n. 50 del 2016), secondo il rito c.d. super accelerato.

4.1. Si tratta di una norma che deroga al principio della necessità della piena conoscenza dell'atto lesivo ai fini della sua impugnazione -che, essendo funzionale all'esplicazione del diritto di difesa, opera anche in materia di appalti pubblici, per come d'altronde fatto palese dalla previsione dello stesso art. 120, comma 5, cod. proc. amm. (che, per la decorrenza del termine d'impugnazione degli atti di gara successivi alla fase di ammissione dei concorrenti, si riferisce alla comunicazione diretta ai candidati e agli offerenti ai sensi, oggi, dell'art. 76 d.lgs. n. 50 del 2016, ovvero *"in ogni altro caso, alla conoscenza dell'atto"*).

In quanto norma eccezionale, l'art. 120, comma 2 bis, cod. proc. amm. è di stretta interpretazione e non trova applicazione se le ammissioni non siano state pubblicate sul profilo del committente della stazione appaltante ai sensi dell'art. 29, comma 1, del d.lgs. n.50 del 2016.

4.2. Nel testo applicabile *ratione temporis* (cioè quello vigente prima delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 56 del 2017), tale ultima norma prevede(va) la pubblicazione degli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori *“sul profilo del committente, nella sezione “Amministrazione trasparente”, con l’applicazione delle disposizioni di cui al D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Al fine di consentire l’eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell’art. 120 del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all’esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali. [...]”*.

A completamento occorre aggiungere che l’art. 3, comma 1, lett. nnn), del d.lgs. n. 50 del 2016 definisce il “profilo di committente” come *“il sito informatico di una stazione appaltante, su cui sono pubblicati gli atti e le informazioni previste dal presente codice nonché dall’allegato V”*.

La sezione “Amministrazione trasparente” è prevista e regolata dall’art. 9 del su richiamato d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, che è stato modificato dall’art. 9, comma 1, lett. a), del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, secondo il quale *“Ai fini della piena accessibilità delle informazioni pubblicate, nella home page dei siti istituzionali è collocata un’apposita sezione denominata «Amministrazione trasparente», al cui interno sono contenuti i dati, le informazioni e i documenti pubblicati ai sensi della normativa vigente. Al fine di evitare eventuali duplicazioni, la suddetta pubblicazione può essere sostituita da un collegamento ipertestuale alla sezione del sito in cui sono presenti i relativi dati, informazioni o documenti, assicurando la qualità delle informazioni di cui all’articolo 6. Le amministrazioni non possono disporre filtri e altre soluzioni tecniche atte ad impedire ai motori di ricerca web di indicizzare ed effettuare ricerche all’interno della sezione «Amministrazione trasparente».”*.

4.3. L’approdo interpretativo dell’art. 120, comma 2 bis, cod. proc. amm. in combinato disposto con le norme da questo richiamate è perciò che –come correttamente ritenuto nella sentenza appellata- *“il termine di trenta giorni per impugnare il provvedimento che determina le ammissioni alla procedura di affidamento all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali decorre esclusivamente dalla data della pubblicazione del provvedimento stesso nell’apposita sezione “Amministrazione trasparente” del profilo internet del committente, la quale deve essere collocata nella home page del relativo sito istituzionale e deve contenere i dati, le informazioni e i documenti pubblicati ai sensi della normativa vigente o, in alternativa, un collegamento ipertestuale alla sezione che effettivamente li contiene. Solo l’osservanza di questa peculiare forma di pubblicità legale determina una presunzione iuris et de iure di conoscenza del provvedimento e giustifica, pertanto, l’immediato decorso del termine di decadenza per la sua contestazione in giudizio.”*.

4.4. Il principio è in linea con la prevalente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato che, per un verso -fatta salva da alcuni precedenti la possibilità della rilevanza, in via eccezionale, della piena conoscenza acquisita *aliunde* (cfr. Cons. Stato, III, 8 ottobre 2018, n. 5765 e id., V, 1 ottobre 2018, n. 5609)-, ha escluso che la sola presenza di un delegato di un concorrente alla seduta di gara in cui si sono deliberate le ammissioni possa fare decorrere il termine decadenziale per proporre il ricorso ex art. 120, comma 2 bis, cod. proc. amm., poiché a

questo fine deve farsi riferimento esclusivo alla data di pubblicazione sul profilo del committente dei provvedimenti relativi a questa fase ai sensi dell'art. 29 del codice dei contratti pubblici (Cons. Stato, III, 8 febbraio 2018, n. 1765; id., V, 29 ottobre 2018, n. 6139 e 8 giugno 2018, n. 3483, tra le altre); per altro verso, ha riconosciuto che le ragioni di questo orientamento restrittivo vanno ricercate nel carattere speciale, derogatorio, e pertanto di stretta interpretazione del "*rito superspeciale*" sulle ammissioni ed esclusioni, in relazione al quale sono tassativamente richieste le formalità pubblicitarie delle quali si è detto sopra, oltre che –dopo le modifiche apportate dal d.lgs. n. 56 del 2017- quelle ulteriori dettate dal rinnovato art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 (così, tra le altre, Cons. Stato, III, 26 gennaio 2018, n. 565 e, di recente, id., V, 22 ottobre 2018, n. 6005).

4.5. Nel caso di specie, i verbali n. 1 e n. 2 delle sedute pubbliche del 29 marzo e del 4 aprile 2017, recanti le ammissioni delle imprese concorrenti - in disparte la questione, posta dalla ricorrente in primo grado e ribadita nella memoria difensiva dell'appellata, della portata non provvedimentale dei verbali di gara - risultano pubblicati, unitamente al verbale di gara n. 3 del 4 aprile 2017, sul sito informatico della Centrale Unica di Committenza, Agenzia Area Nolana, in data 4 aprile 2017.

La pubblicazione non è stata fatta sul sito istituzionale del Comune di Saviano. Tuttavia, non è questo il dato rilevante, ai fini dell'osservanza degli oneri pubblicitari imposti dall'art. 120, comma 2 bis, cod. proc. amm., né tale lo ha ritenuto la sentenza gravata.

Piuttosto è decisivo che risulti dalla documentazione in atti che -come già esposto nella stessa sentenza- i verbali di gara siano stati resi disponibili all'interno della sezione "Servizi-Gare attive" del sito internet della Centrale Unica di Committenza, e non nell'apposita sezione dell'home page, denominata "Amministrazione trasparente", come prevista e regolata dalle norme sopra richiamate. Il contrario assunto dell'appellante, secondo cui si sarebbe avuta la pubblicazione su tale sezione del sito informatico, è rimasto sfornito di prova.

4.6. Il ricorso in primo grado era perciò ricevibile anche relativamente ai motivi rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 120, comma 2 bis, cod. proc. amm., perché l'inosservanza degli oneri pubblicitari previsti dall'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, nel testo applicabile *ratione temporis* (prima, cioè, delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 56 del 2017), è di ostacolo alla decorrenza del termine breve di impugnazione di cui alla norma predetta.

Il secondo motivo di gravame va respinto.

5. Va a questo punto esaminato il primo motivo, che contiene la critica dell'accoglimento del motivo dell'originario ricorso riguardante il difetto, in capo all'aggiudicataria, del requisito di ammissione del fatturato specifico, per aver utilizzato allo scopo un contratto di affitto di azienda con la Global Service s.r.l., società fallita prima dell'indizione della gara.

5.1. L'appellante, denunciando "*error in iudicando – violazione del bando di gara*", deduce che la sentenza si fonda sulla circostanza erronea che l'aggiudicataria avrebbe utilizzato un contratto di affitto di azienda, mentre –come già eccepito nella memoria di costituzione in

primo grado (depositata il 17 luglio 2017) - in realtà la Multiservice Group si sarebbe avvalsa di un contratto di acquisto di ramo d'azienda, e segnatamente del contratto per atto Notaio Regine Francesco rep. n. 34208 del 23 settembre 2015 stipulato con il sig. Buonauro Giuseppe, il quale, a sua volta, aveva acquistato il ramo d'azienda dalla società Global Service (atto di acquisto per notaio Regine 16 settembre 2015 rep. n. 34198 racc. n. 7778).

5.2. In particolare, l'appellante sostiene che la documentazione utile sarebbe stata già prodotta nel primo grado di giudizio dalla stazione appaltante "*(pag. 19, parte 1 e pag. 39, 40 e 41, parte 2) depositata in data 28 luglio 2017 (allegato 11 e 12 produzione C.U.C.)*" (come si legge nell'atto di appello, pag. 4).

5.3. Ancora, secondo l'appellante, la sentenza sarebbe viepiù erronea perché la Multiservice Group non avrebbe avuto necessità di utilizzare i requisiti di ammissione scaturenti dal contratto di cessione di azienda, in quanto già in possesso, in proprio, dei requisiti di ammissione richiesti dal bando di gara, come da fatturato generale e fatturato specifico dichiarati nel D.G.U.E.

6. Il motivo non merita favorevole apprezzamento.

La piana lettura delle memorie di costituzione, e dei documenti allegati, della stazione appaltante, Agenzia Locale di Sviluppo dei Comuni dell'Area Nolana s.c.p.a., e della Multiservice Group in primo grado evidenzia la contraddizione e le lacune istruttorie sottolineate nella sentenza appellata; e segnatamente:

- la stazione appaltante ha inteso la dichiarazione dell'aggiudicataria concernente il requisito del fatturato specifico, richiesto dal bando e dal disciplinare di gara, nel senso che la Multiservice Group se ne fosse procurato il possesso avvalendosi di un contratto di affitto stipulato con la Global Service in data 12 gennaio 2015 (tanto da affermare che, dopo il fallimento della società locatrice, il contratto sarebbe continuato con il curatore fallimentare: cfr. pag. 5 e pagg. 10-11 della memoria di costituzione depositata il 28 luglio 2017 dalla difesa dell'Agenzia Locale di Sviluppo dei Comuni dell'Area Nolana);
- la Multiservice Group ha genericamente affermato in primo grado di non essersi avvalsa di un contratto di affitto di azienda, ma di avere "*acquistato, in data 23 settembre 2015, il predetto ramo d'azienda potendo, pertanto, usufruire sia del fatturato sia dei servizi da essa (id est, dalla Global Service s.r.l.) svolti in precedenza*" (cfr. pag. 8 della memoria depositata il 17 luglio 2017);
- la società aggiudicataria non ha supportato tale assunto con la relativa produzione documentale, poiché in primo grado non risulta prodotto alcun contratto di cessione di azienda;
- la stazione appaltante ha prodotto la documentazione amministrativa da ultimo richiamata nell'atto di appello (pag.4), ma questa non contiene il contratto di cessione di ramo d'azienda del 23 settembre 2015, sul quale è basata la difesa dell'aggiudicataria: infatti, le pagine 19 della parte I di cui all'allegato 11 e le pagine 39, 40, 41 della parte II di all'allegato 12 della produzione della C.U.C. in primo grado contengono soltanto i moduli compilati dal legale

rappresentante della Multiservice Group ai fini della dichiarazione del possesso dei requisiti, pur dovendosi dare atto che vi figura anche la “dichiarazione delle cessioni d’azienda”, tra le quali è fatta menzione della cessione del ramo d’azienda per atto notaio Regine Francesco rep. n. 34208 del 23 settembre 2015.

6.1. Tuttavia, sia quest’ultimo contratto che il contratto di cessione del ramo d’azienda per atto Notaio Regine Francesco rep. n. 34198 del 16 settembre 2015 (in forza del quale la Global Service ha ceduto il ramo d’azienda a tale Giuseppe Bonauro, a sua volta cedente in favore della Multiservice Group) sono stati prodotti per la prima volta in giudizio congiuntamente con l’atto di appello, quali documenti allegati con i numeri 1 e 2 al ricorso dinanzi a questo Consiglio di Stato.

6.2. Siffatta produzione in appello è inammissibile ai sensi dell’art. 104, comma 2, cod. proc. amm., che tale qualifica la produzione di *“nuovi documenti, salvo che il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile”*.

Esclusa, nel caso di specie, la seconda eventualità, trattandosi di documenti nella disponibilità della parte e formati ben prima dell’instaurazione del presente giudizio, ed anzi prima dell’indizione della gara (avvenuta con bando pubblicato nel febbraio 2017), va altresì escluso che ricorra la fattispecie di indispensabilità di cui al citato art. 104, comma 2, cod. proc. amm.

Ripetuta è, nei precedenti giurisprudenziali di questo Consiglio di Stato, l’affermazione che – fatta salva l’utilizzabilità di documenti meramente integrativi di altri già presenti nel giudizio di primo grado (cfr. Cons. Stato, IV, 11 novembre 2014, n. 5509), tali da non alterare il *thema decidendum* offerto al primo giudice, e ritenuta l’indispensabilità “implicita” per quei documenti che, preesistenti o successivi, comportano una definizione “in rito” della controversia- l’indispensabilità non vada intesa come mera rilevanza dei fatti dedotti, ma postuli la verificata impossibilità di acquisire la conoscenza di quei fatti con altri mezzi che la parte avesse l’onere di fornire nelle forme e nei tempi stabiliti dalla legge processuale (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 5 ottobre 2015 n. 4623, e id., III, 27 giugno 2017, n. 3142), ritenendosi che solo in questo modo si renda possibile conciliare il potere riconosciuto al giudice dall’art. 63, comma 1, ed i divieti, coerenti con il principio dispositivo, di cui all’art. 104, cod. proc. amm. (cfr. Cons. Stato, IV, 3 agosto 2016, n. 3509 e, da ultimo, id., III, 7 febbraio 2018, n. 819).

E’ noto come questa nozione di c.d. indispensabilità ristretta non sia condivisa dalla più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, dopo che le Sezioni Unite – chiamate a pronunciarsi sul contrasto esistente tra le sezioni semplici a proposito del concetto di prova indispensabile ai sensi dell’art. 345, comma 3, cod. proc. civ. nel testo (coincidente con quello attuale dell’art. 104, comma 2, cod. proc. amm.) vigente prima dell’ultima novella apportata dall’art. 54, comma 1, lett. b), del d.l. n. 83 del 2012, convertito nella legge n. 134 del 2012- hanno espresso il seguente principio di diritto: *“Nel giudizio di appello, costituisce prova nuova indispensabile, ai sensi dell’art. 345, comma 3, c.p.c., nel testo previgente rispetto alla novella di cui al d.l. n. 83 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 134 del 2012, quella di per sé idonea ad eliminare ogni possibile incertezza circa la ricostruzione fattuale accolta dalla pronuncia*

gravata, smentendola o confermandola senza lasciare margini di dubbio oppure provando quel che era rimasto indimostrato o non sufficientemente provato, a prescindere dal rilievo che la parte interessata sia incorsa, per propria negligenza o per altra causa, nelle preclusioni istruttorie del primo grado.” (Cass. S.U., 4 maggio 2017, n. 10790).

Si ritiene che non sia necessario delibare la compatibilità di tale indirizzo giurisprudenziale con quello, più restrittivo, affermatosi nell’applicazione dell’art. 104, comma 2, cod. proc. amm., poiché, nel caso di specie, il divieto di produzione di nuovi documenti opera comunque nei confronti della parte qui appellante, in riferimento ai contratti di cessione di azienda prodotti solo con l’atto di appello.

6.3. Ed invero col ricorso introduttivo è stato messo in discussione il possesso in capo alla Multiservice Group del requisito di capacità economico-finanziaria dell’aggiudicataria, tenendo conto del contratto di affitto di azienda stipulato con la Global Service il 12 gennaio 2015, risultante dalla visura camerale in atti. Pertanto, oggetto del dibattito giudiziale in primo grado, anche in ragione delle difese svolte dalla stazione appaltante, è stato il contratto di affitto di azienda, tanto è vero che la sentenza di primo grado si è basata sulla mancata dimostrazione del contenuto e della forma di questo, al fine della sua opponibilità al curatore del fallimento della Global Service e della sua idoneità a fornire all’impresa conduttrice i requisiti di partecipazione alla gara, ai sensi dell’art. 76, comma 9, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

In forza dell’indirizzo giurisprudenziale meno restrittivo della Corte di Cassazione sull’art. 345, comma 3, cod. proc. civ., sopra riportato, ove ritenuto adeguato anche a proposito della coincidente previsione dell’art. 104 cod. proc. amm., la società, poi aggiudicataria, avrebbe potuto, tutt’al più, produrre in appello il contratto di affitto di azienda, onde colmare la lacuna istruttoria ritenuta dal primo giudice al fine di dimostrare, appunto, l’idoneità del contratto di affitto a fornire il requisito di partecipazione del fatturato specifico.

Ma di questo contratto non vi è traccia in atti.

6.4. La Multiservice Group avrebbe dovuto, infatti, in primo luogo contrastare il *thema decidendum* offerto al primo giudice dal ricorso introduttivo e dalle difese della stazione appaltante ed a tale scopo aveva l’onere, non solo di allegare specificamente -e non genericamente- il fatto che il requisito del fatturato specifico era stato acquisito in forza di pregresse cessioni di ramo d’azienda, fornendone gli elementi identificativi già negli scritti difensivi del primo grado, ma anche di offrirne dimostrazione con la produzione dei relativi contratti per atto pubblico notarile, dei quali aveva piena disponibilità.

La produzione effettuata in appello è perciò tardiva e non consente di utilizzare a fini decisori i nuovi documenti, anche perché sostanzialmente comporta un’inammissibile modifica del *thema decidendum*.

6.4. Come detto, la stazione appaltante -che non si è costituita in appello- in primo grado si è difesa riferendosi al contratto di affitto di azienda stipulato nel gennaio 2015. Orbene, come si osserva nella memoria difensiva dell’appellata A.G. Costruzioni Generali, non essendo mai stato prodotto in giudizio tale contratto di affitto (risultante dalla visura camerale della società

appellante), non è dato nemmeno sapere quale documentazione sia stata esaminata dalla p.a. al fine di accertare la disponibilità in capo alla aggiudicataria dei requisiti speciali relativi al ramo di azienda della Global Service, nel settore dei servizi cimiteriali.

La lacuna istruttoria non può che ridondare a danno della stessa aggiudicataria, per le ragioni ritenute dalla sentenza di primo grado, sul punto non specificamente censurate con l'atto di appello e perciò passate in giudicato.

6.5. Resta da dire dell'ultimo dei profili di censura mossi col motivo in esame, secondo cui la Multiservice Group non si sarebbe mai avvalsa dei requisiti di capacità economico-finanziaria della Global Service ed anzi avrebbe coperto il requisito richiesto dalla legge di gara anche se si fosse ommesso di considerare i requisiti della società locatrice o cedente del ramo d'azienda.

Si tratta di argomentazione nuova, che, comunque, non merita favorevole apprezzamento.

Infatti, è incontestato in giudizio che la Multiservice Group abbia iniziato l'attività nei servizi cimiteriali in data 13 gennaio 2015 e che la *lex specialis* richiedeva ai concorrenti una esperienza pregressa e un fatturato specifico con riferimento al triennio 23 febbraio 2014-23 febbraio 2017, sicché, se non si fosse avvalsa del possesso del requisito in capo alla Global Service, la società qui appellante non avrebbe nemmeno potuto partecipare alla gara.

Il primo motivo di appello va quindi respinto.

7. Col terzo motivo si censura la sentenza per "*error in iudicando*" perché il giudice, "*sostituendosi all'Amministrazione attiva*", si sarebbe spinto al punto di affermare il diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto ed il subentro nel contratto, senza considerare il già avvenuto affidamento in favore dell'appellante sin dal maggio 2017.

7.1. Il motivo è in parte infondato ed in parte inammissibile.

Esso è infondato nella parte in cui si sostiene l'ingerenza del giudice nell'esercizio di poteri amministrativi non esercitati, perché la sentenza, pur riconoscendo il diritto della ricorrente all'aggiudicazione, in ragione della collocazione nella graduatoria finale della gara, ha espressamente fatto salva la "verifica delle condizioni di legge" per poter effettivamente conseguire l'affidamento, così riservando alla stazione appaltante i controlli di sua pertinenza ai sensi degli artt. 32 e 33 del d.lgs. n. 50 del 2016, propedeutici all'efficacia dell'aggiudicazione ed alla stipulazione del contratto.

7.2. Il motivo è assolutamente generico nella parte in cui contesta il riconoscimento da parte del primo giudice del diritto della ricorrente a subentrare nella esecuzione del contratto per dodici mesi, con decorrenza dalla data di consegna del servizio, quale "*risarcimento in forma specifica*".

La censura mossa a tale capo di sentenza non esplicita le ragioni dell'impugnazione poiché non indica sotto quale profilo si sarebbe avuta violazione degli artt. 122 e 124 cod. proc. amm. (peraltro nemmeno menzionati negli scritti difensivi dell'appellante), non essendo idoneo allo

scopo il solo accenno contenuto nel ricorso in appello al fatto che il servizio sarebbe stato già affidato alla società appellante nel maggio 2017.

La genericità della doglianza viola l'art. 101, comma 1, cod. proc. amm. laddove richiede che i motivi di appello contengano "specifiche censure" contro i capi della sentenza appellata.

Per tale parte, il motivo è inammissibile.

8. In conclusione, l'appello va respinto, restando perciò definitivamente precluso l'esame dei motivi dell'originario ricorso assorbiti in primo grado, e riproposti in appello, e restando altresì confermate integralmente le statuizioni della sentenza di primo grado, anche quanto al diritto della A.G. Costruzioni Generali s.r.l., sotto verifica delle condizioni di legge per l'aggiudicazione, a subentrare nell'esecuzione del contratto per un periodo di dodici mesi dalla data di consegna del servizio.

8.1. La peculiarità della vicenda processuale -resa evidente dalle ragioni di rigetto del primo motivo di appello per impossibilità di utilizzare i documenti tardivamente prodotti- consente di compensare per giusti motivi le spese del presente grado.

P.Q.M.

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

Compensa integralmente tra le parti le spese del grado di appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO