

Senza commistione tra cedente e cessionario gli obblighi dichiarativi non si estendono agli amministratori del ramo di azienda ceduto.

di Agostino Sola

Data di pubblicazione: 9-11-2021

A fronte del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare, l'oggetto degli obblighi dichiarativi deve rinvenire il proprio fondamento nella legge: l'art. 80 d.lgs. n. 50/ 2016 omette di annoverare esplicitamente gli amministratori del ramo di azienda ceduto, con la conseguenza che la posizione di questi ultimi potrà rilevare nelle sole ipotesi in cui, nonostante l'intervenuta cessione, non vi sia soluzione di continuità organizzativa tra la parte cedente e quella cessionaria, nel senso che è la prima, con la sua propria organizzazione originaria, che non cessa di rendere il servizio posto a gara, benché lo stesso sia giuridicamente imputabile alla seconda.

Guida alla lettura

All'attenzione del Consiglio di Stato sono state poste distinte questioni di diritto: tra queste, quella di maggior interesse attiene all'individuazione del contenuto di cui agli **obblighi dichiarativi** gravanti sugli operatori economici al momento della partecipazione ad una procedura di gara in relazione **ai soggetti cessati dalla carica** nell'anno antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara nel caso in cui vi sia stata un'acquisizione di ramo d'azienda (ipotesi riferibile tanto alla cessione quanto all'affitto di ramo d'azienda).

È noto, infatti, che l'art. 80 d.lgs. n. 50/2016 individua una serie di motivi di esclusione e, tra questi, per quanto di interesse, si annovera l'assenza dei cd. requisiti morali, indicati ai primi due commi dell'articolo indicato e gravanti sui soggetti indicati dal terzo comma dell'art. 80 d.lgs. n. 50/2016.

Secondo la ricostruzione di parte ricorrente la dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 80, commi 1-3, del d.lgs. n. 50/2016, in relazione ai soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione della gara, si dovrebbe estendere anche alle figure sociali riferibili al ramo di azienda ceduto. Nel caso di specie, infatti, una terza società aveva ceduto un ramo di azienda alla società aggiudicataria che avrebbe così ottenuto i requisiti utili ai fini della partecipazione alla gara (in specie, le attestazioni SOA).

In tema vi era il precedente dell'Adunanza Plenaria (sent. n. 10/2012), intervenuta sull'analogo art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, che aveva chiarito come in caso di cessione di azienda in favore del concorrente vada resa, a pena di esclusione, la dichiarazione circa l'insussistenza di sentenze passate in giudicato per determinati reati.

L'operatore economico è tenuto, pertanto, ad attestare i requisiti di moralità anche degli amministratori e dei direttori tecnici della **società che gestiva l'azienda** nell'anno precedente alla pubblicazione del bando.

La giurisprudenza ha già chiarito che tale estensione dell'obbligo di attestazione dei requisiti di moralità anche agli amministratori cedenti l'azienda è funzionale ad evitare la partecipazione alla procedura di gara di una società già utilizzata per commettere illeciti e "ripulita" mediante il ricambio degli amministratori ovvero attraverso un successivo passaggio di mano. Ciò in ragione di una presunzione di continuità tra la vecchia e nuova gestione imprenditoriale – tale che le vicende circolatorie sottendono, in realtà, l'unicità dell'imprenditore.

Detto precedente, tuttavia, sarebbe inapplicabile atteso che non vi era stata **prova della sostanziale commistione** tra cedente e cessionario, richiedente che **i requisiti maturati dalla cedente siano riconducibili al patrimonio della società cessionaria**. All'esito di un'analisi di merito, infatti, il Consiglio di Stato ha appurato che la richiamata cessione del ramo d'azienda non ha attribuito alla cessionaria un requisito che la medesima già non avesse.

Sulla scorta di queste premesse, quindi, il Consiglio di Stato ha **escluso l'onere dichiarativo** ex art. 80 d.lgs. n. 50/2016 relativamente ai requisiti morali delle figure sociali del ramo di azienda ceduto **solo qualora non vi sia soluzione di continuità organizzativa tra la parte cedente e quella cessionaria** ossia in quei casi in cui la società cedente, con la sua propria organizzazione originaria, non cessa di rendere il servizio posto a gara, benchè lo stesso sia giuridicamente imputabile alla cessionaria.

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 273 del 2021, proposto da Pegaso Costruzioni s.r.l. in proprio e quale mandataria del R.T.I. con il Consorzio Stabile Concordia soc. cons. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Natale Bonfiglio, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Messina, via Camiciotti, 102;

contro

Unione dei Comuni "Alta Gallura" - Centrale Unica di Committenza per appalti di lavori, servizi e forniture, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Corda, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Sassari, viale Umberto I, 106/G;

Comune di Tempio Pausania, non costituito in giudizio;

Ledda Costruzioni di Ledda Lucio e C. s.n.c., in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.P. con SA.GI.LE. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Daniela Piras e Sergio Segneri, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, Sez. II, n. 721/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Unione dei Comuni Alta Gallura - Centrale Unica di Committenza per appalti di lavori, servizi e forniture e del raggruppamento Ledda Costruzioni di Ledda Lucio e C. s.n.c.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 luglio 2021 il Cons. Stefano Fantini; sono presenti

in collegamento da remoto gli avvocati Bonfiglio, Piras e Segneri; si dà atto del deposito delle note di udienza da parte dell'avvocato Corda;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il R.T.I. con mandataria la Pegaso Costruzioni s.r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 19 dicembre 2020, n. 721 del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, sez. II, che ha respinto il suo ricorso avverso la determinazione n. 198 in data 29 luglio 2020, con la quale il segretario-direttore generale dell'Unione dei Comuni "Alta Gallura" ha aggiudicato all'A.T.I. Ledda Costruzioni di Ledda Lucio & C. s.n.c. la "*procedura aperta per l'affidamento dei lavori per il Compendio di Rinaggiu- 1° lotto funzionale nel Comune di Tempio Pausania*".

2. - Con il ricorso in primo grado il raggruppamento Pegaso, risultato, all'esito della gara, secondo graduato, ha impugnato l'aggiudicazione deducendone l'illegittimità per contrasto con la *lex specialis* in tema di dichiarazione relativa ai requisiti morali dei cessati dalla carica, per violazione dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, per contraddittorietà con la stessa *lex specialis* nella parte in cui ha previsto che la capacità economico-finanziaria sia documentata mediante la produzione di idonea referenza bancaria, nonché per violazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 in ragione dell'omessa specificazione degli oneri per la sicurezza e del costo del lavoro.

3. - La sentenza appellata ha respinto il ricorso, rilevando che : a) ai soggetti cessati dalla carica vanno equiparati, ai fini dell'attestazione dei requisiti di moralità, anche gli amministratori ed i direttori tecnici delle aziende che il concorrente abbia acquisito mediante cessione di azienda nell'anno precedente alla pubblicazione del bando solo a condizione che vi sia stata una sostanziale commistione tra cedente e cessionario; b) i componenti del raggruppamento aggiudicatario hanno dimostrato i requisiti di qualificazione; c) il raggruppamento aggiudicatario ha assolto l'onere di indicazione dei costi relativi agli oneri di sicurezza.

4.- Con il ricorso in appello il raggruppamento Pegaso Costruzioni s.r.l. ha reiterato, alla stregua di motivi di critica della sentenza, le censure di primo grado, seppure proponendo un'inversione dell'ordine di impugnazione dei capi della sentenza e dunque di trattazione dei motivi di primo grado.

5. - Si sono costituiti in resistenza il R.T.I. Ledda Costruzioni s.n.c. e la Unione Comuni "Alta Gallura", eccependo l'inammissibilità e comunque l'infondatezza nel merito del ricorso.

6. - All'udienza pubblica dell'8 luglio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il primo motivo di appello, reiterativo del terzo di primo grado, deduce la violazione dell'art.

95, comma 10, in relazione all'art. 48, del d.lgs. n. 50 del 2016, per aver il raggruppamento Ledda presentato un'offerta economica con dichiarazione cumulativa, in cui, cioè, non si distinguono gli oneri aziendali della sicurezza ed il costo del lavoro inerenti la mandataria, ovvero la mandante SA.GI.LE. s.r.l..

Sostiene, invece, l'appellante che ciascun operatore economico componente il raggruppamento, per essere autonomo soggetto di diritto, avrebbe dovuto rendere distinta dichiarazione, come, peraltro, imposto dall'art. 3 del disciplinare di gara; rispetto alle obbligazioni inerenti il costo del lavoro e la sicurezza, del resto, non esiste, per definizione, una soggettività del costituendo R.T.I., sicchè ogni impresa deve darne specifica indicazione, a pena di esclusione dalla gara.

1.1. Il motivo è infondato.

L'approfondito *excursus* giurisprudenziale dell'appellante è essenzialmente volto ad affermare l'esclusione del soccorso istruttorio in tema di oneri di sicurezza aziendale, con conseguente immediata esclusione dell'offerta che non li contempra.

Ma non è questo il tema (peraltro ormai tendenzialmente risolto, anche sulla base della giurisprudenza eurounitaria, nei sensi di cui alle pronunce di Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, nn. 7 e 8) introdotto dal motivo oggetto di disamina, con il quale si deduce, piuttosto, che le dichiarazioni al riguardo non potrebbero essere congiunte in caso di R.T.I.

A questo riguardo bene ha affermato il primo giudice che, «*il raggruppamento aggiudicatario ha pienamente assolto all'onere derivante dalla lex specialis [e dalla disposizione di cui all'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016]*» presentando un'unica offerta con dichiarazione cumulativa in quanto l'indicazione dei costi relativi agli oneri della sicurezza è parte del contenuto dell'offerta economica redatta da ciascun operatore e tale è, per la procedura di gara, un raggruppamento di imprese; inoltre, come noto, a mente dell'art. 48, comma 8, del predetto testo legislativo in caso di raggruppamento non ancora costituito, l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno il raggruppamento, non v'è ragione di ulteriormente distinguere, nella formulazione dell'offerta, rispetto ad una responsabilità assunta individualmente.

Si aggiunga che nessuna previsione specifica è rinvenibile nella *lex specialis*, né all'art. 3, né all'art. 15, ove è solamente affermato il principio, di portata generale, secondo cui «*ai sensi dell'art. 95 comma 10 del D.lgs. n. 50 del 2016, nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro nonché i propri costi per la manodopera*», dovendosi precisare che nella definizione di "operatore economico" rientra anche "qualsiasi associazione temporanea di imprese" (cfr. art. 3, comma 1, lett. p, del d.lgs. n. 50 del 2016).

2. - Il secondo motivo di gravame, riproduttivo del secondo motivo di primo grado, deduce poi che, a termini dell'art. 12 del disciplinare di gara, tra i requisiti di capacità economico finanziaria, vi era lo "avere idonea dichiarazione bancaria rilasciata da almeno un istituto di credito o intermediario autorizzato ai sensi del d.lgs. n. 385 del 1993" e che la referenza

bancaria (emessa dal Banco di Sardegna in data 23 dicembre 2019) presentata dall'aggiudicatario risultava rilasciata dalla sola Ledda Costruzioni e non anche dalla SA.GI.LE s.r.l. (la quale, a detta dell'appellante, non avrebbe potuto conseguirla in ragione del fatto che dal bilancio di esercizio dell'anno 2019 risultava avere debiti nei confronti degli istituti di credito per euro 420.209,00); di contro, nel caso di specie, costituito da A.T.I. orizzontale, in cui tutti gli operatori che la costituiscono sono solidalmente responsabili per l'esecuzione dell'opera, entrambi avrebbero dovuto dar prova della loro capacità economico-finanziaria mediante presentazione di distinta referenza bancaria.

2.1. Anche tale motivo è infondato, per un argomento di fondo sostanzialmente sovrapponibile a quello svolto *sub* 1: il raggruppamento temporaneo di imprese è, ai fini della procedura di gara, da intendersi come unitario operatore economico.

Ne segue che, in assenza di motivata e diversa scelta della *lex specialis*, le due imprese partecipanti all'associazione temporanea non possono dirsi tenute a presentare ciascuna una referenza bancaria, atteso che il raggruppamento si caratterizza come un unico soggetto giuridico (Cons. Stato, VI, 5 gennaio 2015, n. 18).

Più ampiamente: il raggruppamento temporaneo evoca la nozione di un raggruppamento di scopo, con funzione pro-concorrenziale (nella misura in cui consente la partecipazione alla gara di imprese medio-piccole), che dà luogo ad un'aggregazione temporanea ed occasionale tra imprese per lo svolgimento di un'attività, limitatamente al periodo necessario al suo compimento, retta e disciplinata da un contratto di mandato collettivo speciale.

In tale contesto, non assume rilievo neppure la (nuova) obiezione dell'appellante secondo cui si verterebbe al cospetto di un appalto misto di lavori e forniture, in quanto tale sua connotazione, non evincentesi peraltro dalla *lex specialis*, inciderebbe, se del caso, sui requisiti di qualificazione (idoneità tecnico-professionale), e non già, almeno in via diretta, sui requisiti di capacità economico-finanziaria.

3. - Il terzo motivo critica la statuizione di reiezione della prima censura di primo grado con la quale il raggruppamento Pegaso Costruzioni ha lamentato che il legale rappresentante della Ledda Costruzioni non ha reso la dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 80, commi 1-3, del d.lgs. n. 50 del 2016 in relazione ai soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione della gara, con particolare riguardo al socio (sig. Stara Raffaele), all'amministratore e liquidatore della Aere s.r.l. in liquidazione (sig.ra Fais Maria Antonietta), di cui ha acquistato il ramo di azienda (relativo alla progettazione, realizzazione, gestione e manutenzione di impianti eolici con cessione dell'energia elettrica al GSE) in data 23 agosto 2019. Deduce l'appellante che con la cessione del ramo di azienda la Aere s.r.l. in liquidazione avrebbe trasferito alla Ledda Costruzioni i requisiti utili ai fini della partecipazione alle gare (in specie, le attestazioni SOA per le categorie OG9 e OG10).

3.1. Anche tale motivo è infondato.

La sentenza appellata ha chiaramente ricordato come con la pronuncia in data 4 maggio 2012, n. 10, l'Adunanza plenaria, intervenuta sull'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, abbia chiarito

che la dichiarazione circa l'insussistenza di sentenze passate in giudicato per determinati reati vada resa, a pena di esclusione, in caso di cessione di azienda in favore del concorrente nel triennio (poi diventato anno) anteriore al bando anche con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la impresa cedente; ha poi aggiunto che il precedente è inapplicabile alla fattispecie in esame, nella quale non vi è prova della sostanziale commistione tra cedente e cessionario, richiedente che i requisiti maturati dalla cedente siano riconducibili al patrimonio della società cessionaria.

In particolare, oggetto della cessione di azienda dalla Aere alla Ledda, diversamente da quanto allegato dall'appellante, è un unico cespite, costituito da un minieolico (cfr. art. 2 del contratto di cessione di ramo di azienda), che non ha attribuito alla cessionaria un requisito che la medesima già non avesse. Di contro, anche ad ammettere che il precedente dell'Adunanza plenaria sia estensibile anche alla fattispecie dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, l'onere dichiarativo può ritenersi sussistente solo nel caso in cui la cessione abbia dato luogo ad una sostanziale commistione/successione tra cedente e cessionario, anche, ad esempio, ai fini del trasferimento dei requisiti di partecipazione alla procedure di evidenza pubblica.

In altra prospettiva, a fronte del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare, l'oggetto degli obblighi dichiarativi deve rinvenire il proprio fondamento nella legge; l'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 omette di annoverare esplicitamente gli amministratori del ramo di azienda ceduto, con la conseguenza che la posizione di questi ultimi potrà rilevare nelle sole ipotesi in cui, nonostante l'intervenuta cessione, non vi sia soluzione di continuità organizzativa tra la parte cedente e quella cessionaria, nel senso che è la prima, con la sua propria organizzazione originaria, che non cessa di rendere il servizio posto a gara, benchè lo stesso sia giuridicamente imputabile alla seconda. Ma una situazione siffatta neppure è stata prospettata dall'appellante.

4. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello con l'unita domanda risarcitoria (in forma specifica, mediante subentro) deve essere respinto.

La complessità della controversia integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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