



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 Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 120 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1951 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

HASSIO SERVIZI SOC. COOP. A R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Lo Monaco e Liborio Paolo Pastorello, e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Salvatore Vallone in Palermo, piazza Don Luigi Sturzo n. 4;

contro

- il Comune di Caltanissetta, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio O. Campione, e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Armando Catania in Palermo, via I. La Lumia n. 8;

nei confronti di

BLUECOOP SOC COOP., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo del R.T.I. costituito con la ditta Ristorazione Collettiva di Nalbone Nicolò (mandante), rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Bonanno e Felice Gambadauro, e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Cirino Gallo in Palermo, via Notarbartolo n. 7;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- del verbale di gara del 05.10.2010 con cui è stata disposta l'esclusione della ricorrente dalla gara per la fornitura dei pasti preconfezionati in kit monouso, fornitura derrate alimentari, servizio di preparazione pasti e/o pulizia presso i centri di refezione per gli alunni delle scuole dell'infanzia, primarie e secondarie di primo grado interessate dal servizio di refezione di Caltanissetta, per il periodo ottobre 2010 - maggio 2012;
- del verbale di gara del 07.10.2010, ore 10,00, nella parte in cui è stato ammesso a tale gara il R.T.I. formato da Bluecoop soc. coop. (capogruppo), Ristorazione collettiva di Nalbone Nicolò e Mattana s.r.l.;
- del verbale del 15.10.2010, nella parte in cui la Commissione di gara ha rigettato le osservazioni della ricorrente in merito alla mancata esclusione dalla gara della Bluecoop soc. coop. ed in ordine alla richiesta di integrazione ex art. 46 del D. Lgs. 163/06;
- del verbale di gara del 28.10.2010 con cui è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria in favore del R.T.I. formato da Bluecoop

soc. coop. (capogruppo), Ristorazione collettiva di Nalbone Nicolò e Mattana s.r.l.;

- della nota prot. n. 66879 del 28.10.10 con cui il Comune di Caltanissetta ha comunicato l'avvenuta aggiudicazione provvisoria della suddetta gara al raggruppamento temporaneo di imprese formato dalle imprese Bluecoop soc. coop., Ristorazione collettiva di Nalbone Nicolò e Mattana s.r.l.;

- del non conosciuto provvedimento di aggiudicazione definitiva emesso dalla Stazione appaltante;

- di tutti gli atti a questi preliminari, annessi, connessi, presupposti o successivi, anche se non espressamente menzionati;

nonché per ottenere

la condanna del Comune di Caltanissetta al risarcimento in forma specifica o, in via subordinata, per equivalente di tutti i danni patiti e patienti dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità degli atti impugnati con il presente ricorso;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- di tutti gli atti già impugnati con il ricorso principale;

- della determinazione dirigenziale n. 94 del 19.11.2010 del Comune di Caltanissetta di aggiudicazione definitiva dell'appalto *de quo*, conosciuto il 26.11.2010;

- di tutti gli atti a questi preliminari, annessi, connessi, presupposti o successivi, anche se non espressamente menzionati;

Visto il ricorso, come integrato da motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Caltanissetta,
con le relative deduzioni difensive;
Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata
Bluecoop Soc. Coop., con le relative deduzioni difensive, e il ricorso
incidentale dalla stessa ritualmente proposto;
Viste le memorie prodotte dalle parti in data 11.01.2011;
Visti gli atti tutti di causa;
Relatore il referendario Maria Cappellano;
Uditi alla camera di consiglio del 14 gennaio 2011 i difensori delle
parti costituite, presenti come da verbale;
Visti tutti gli atti della causa;
Visto il disposto di cui agli artt. 60 e 120, comma 6, c.p.a.;
Rilevato che nella medesima camera di consiglio il Collegio, chiamato
a pronunciare sulla domanda incidentale di sospensione degli atti
impugnati, ha deciso di definire immediatamente il giudizio nel
merito, con sentenza in forma semplificata, ai sensi degli artt. 60 e 120
del c.p.a., sentiti sul punto i difensori presenti delle parti in causa nel
corso dell'udienza camerale, come da verbale, e accertata la
sussistenza di tutti i presupposti di legge (cfr. art. 60 citato);

Ritenuto che:

- risulta fondato, con carattere assorbente, il motivo di ricorso
incidentale, con cui si lamenta l'omessa dichiarazione da rendere, ai
sensi dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006, anche per i soci e gli

amministratori muniti di potere di rappresentanza dell'impresa ceduta nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando di gara;

Ritenuto, in particolare che, in punto di fatto, costituiscono circostanze incontestate:

- l'intervenuta cessione, in favore dell'odierna ricorrente principale, di un ramo aziendale, inerente i servizi di ristorazione, acquisito dalla Gluttony Veneto s.a.s., con atto di cessione in Notaio Mazzara del 20.12.2007 e depositato in data 03.01.2008, come risulta dal certificato camerale storico prodotto in atti dalla ricorrente (cfr. certificato camerale e dichiarazione resa dal legale rappresentante della ricorrente principale, allegati al ricorso incidentale); cessione intervenuta nel triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara (13.08.2010);

- la mancata presentazione delle dichiarazioni in ordine ai soggetti, tenuti *ex lege* a rendere dette dichiarazioni, facenti parte dell'impresa cedente (accomandatari o direttore tecnico di una s.a.s.); essendo, invece, contestata dalla ricorrente principale l'ampiezza degli obblighi dichiarativi, ritenuti non sussistenti in caso di mancanza di una previsione *ad hoc* in seno alla legge di gara;

- la *lex specialis* di gara – punto III 2.1), punto b, lettera e) – prescrive l'obbligatoria dichiarazione “*di non ricadere in alcuna delle ipotesi delle condizioni generali di esclusione dai pubblici appalti previste dall'art. 38 del decr. lgs. n. 163/2006 per i quali requisiti dovrà essere resa esplicita e puntuale dichiarazione per ciascuno dei requisiti previsti?*”; con l'ulteriore precisazione circa l'obbligo di rendere detta dichiarazione in capo, tra l'altro, a

“*tutti gli accomandatari se trattasi di s.a.s.*” (cfr. pag. 8 del bando, ultimo cpv. prima della descrizione del plico B);

Ritenuto che, in punto di diritto, a fronte della tesi propugnata da parte ricorrente - secondo cui né l'art. 38 citato, né la legge di gara, imporrebbero, in caso di cessione di ramo aziendale, l'obbligo di rendere le relative dichiarazioni in ordine ai requisiti soggettivi del cedente - va richiamato il costantissimo orientamento del Consiglio di Giustizia Amministrativa – che questa Sezione segue, e dal quale il Collegio, che lo condivide, non ravvisa ragioni per discostarsi in ordine al caso in esame – secondo cui gli obblighi dichiarativi previsti dal menzionato art. 38, lettere b) e c), gravano anche sui soggetti, titolari delle relative cariche, facenti parte della compagine dell'azienda ceduta;

Ritenuto, in particolare, che:

- con riguardo a fattispecie sostanzialmente identiche alla presente, in quanto aventi ad oggetto la “*cessione di ramo d'azienda*”, è stata riconosciuta la portata sostanziale, e non meramente formale, della disposizione in esame, in quanto finalizzata a garantire che le stazioni appaltanti siano messe in grado di verificare la sussistenza di tutti i requisiti di moralità in capo ai partecipanti alle procedure di affidamento di appalti pubblici, così da prevenire il rischio di influenza da parte di cedenti eventualmente privi di detti requisiti (cfr.: T.A.R. Sicilia, Palermo, III, 4 marzo 2009, n. 455; 22 ottobre 2007, n. 2249; 19 febbraio 2007, n. 577; 31 gennaio 2007, n. 257);
- questa Sezione, con le pronunce appena citate n. 257/2007 e n.

577/2007, premessa la “ratio” cui si ispira(va) l’art. 75 del D.P.R. n.554/1999 (sostanzialmente riprodotto dall’art. 38 del Codice dei Contratti), ha ritenuto che l’omissione delle dichiarazioni relative all’assenza di eventuali cause di esclusione, contemplate dalla norma in questione, rispetto agli amministratori e ai direttori tecnici già facenti parte dell’impresa cedente, non permette alla stazione appaltante di verificare la sussistenza di tutti i requisiti di partecipazione in capo alla cessionaria, e dunque, ove ne ricorra l’ipotesi, di pronunciare l’esclusione ivi prevista, con conseguente illegittimità dell’ammissione alla gara dell’impresa cessionaria che non abbia reso le dichiarazioni relative ai soggetti contemplati dall’art. 75 anche con riguardo alle imprese cedenti. Si è, infatti, osservato che *“Anche il trasferimento d’azienda comporta i rischi di influenza da parte di eventuali cedenti privi dei requisiti di affidabilità che la normativa in materia vuole scongiurare, ben potendosi risolvere, in tesi, di una cessione del compendio di beni e servizi a soggetti formalmente diversi dal cedente, cui non faccia riscontro una reale spoliazione di quest’ultimo rispetto agli interessi sottesi all’attività imprenditoriale svolta con tali mezzi d’opera (tanto più che il trasferimento d’azienda da una società ad un’altra, come noto, non comporta l’estinzione della dante causa); o anche un modo per sostanzialmente eludere il divieto di legge, attraverso un mutamento soggettivo, ove ritenuto idoneo a fare venire meno eventuali situazioni preclusive, con l’utilizzazione della qualificazione posseduta dal soggetto ceduto”*;

- detto orientamento è stato, peraltro, confermato dal giudice siciliano di appello con numerose pronunce, anche recentissime (C.g.a. in sede

giurisd., 5 gennaio 2011, n. 8; 26 ottobre 2010, n. 1314; 6 settembre 2010, n. 1153; 4 febbraio 2010, n. 110, conferma T.a.r. Sicilia, 21 gennaio 2009, n. 86; 4 febbraio 2010, n. 101; n. 403 del 2009; 6 maggio 2008, n.389);

- la dichiarazione resa dalla ricorrente principale si pone, pertanto, in contrasto con la disposizione contenuta nel citato art. 38, lettere b) e c), del d. Lgs. n.163/2006, espressamente richiamato dal punto III 2.1), punto b, lettera e) del bando di gara, atteso che – come del resto ammesso dalla stessa ricorrente - con riferimento ai soggetti dell'impresa cedente il ramo d'azienda, non è stata resa alcuna dichiarazione;

Ritenuto che, stante la rilevata fondatezza, come sopra, della censura incidentale, divengono improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse tutte le censure articolate con il ricorso principale, come integrato dai motivi aggiunti, ivi comprese quelle avverso l'ammissione della controinteressata e l'aggiudicazione definitiva;

Ritenuto, in particolare, che:

- poiché la partecipazione alla gara di appalto costituisce il fatto di legittimazione che radica nell'impresa l'interesse giuridicamente protetto all'impugnazione dell'aggiudicazione del contratto ad altro concorrente, l'estromissione dalla procedura concorsuale priva il soggetto escluso del titolo a dedurre vizi inerenti le ulteriori fasi della medesima procedura;

- la posizione del concorrente - il quale avrebbe dovuto essere escluso – non appare differente da quella ascrivibile ad un qualunque altro

soggetto che, non avendo partecipato alla gara, ambisca a candidarsi nell'eventuale rinnovazione della procedura;

Ritenuto, pertanto, che:

- il ricorso incidentale debba essere accolto, con conseguente improcedibilità del ricorso principale, come integrato dai motivi aggiunti;
- le spese seguono la soccombenza, ai sensi dell'art. 26 c.p.a., e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- accoglie il ricorso incidentale proposto dalla BLUECOOP SOC COOP.;
- dichiara improcedibile il ricorso principale, come integrato da motivi aggiunti, in epigrafe indicato;
- condanna la ricorrente HASSIO SERVIZI SOC. COOP. A R.L. al pagamento delle spese di giudizio in favore del Comune di Caltanissetta e della BLUECOOP SOC. COOP., ciascuno in ragione della metà, che liquida in complessivi € 3.000,00 (euro tremila/00), oltre oneri accessori come per legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere

Maria Cappellano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/01/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)