

Non appare evidentemente sufficiente la dichiarazione di possesso dei 5 anni di iscrizione (di per sé falsa), senza la specificazione che quella anzianità si raggiungeva mediante il recupero di anzianità di una impresa incorporata.

Il Consiglio di stato con la decisione numero 2223 del 10 maggio 2005 ci insegna che:

<costituisce principio pacifico che l'istituto della conservazione (più che del recupero), dei requisiti sia applicabile alla cessione, conferimento, acquisto di azienda (o ramo di azienda), quando l'azienda (o il ramo) trasferito sia suscettibile di costituire idoneo e completo strumento di impresa e caratterizzato da autonomia di mezzi, requisiti, capacità operative, finanziarie, tecniche e medesime finalità imprenditoriali, ed essendo principio sufficientemente consolidato che nel caso in cui la cessione o conferimento di (rami di) azienda intervenga prima della presentazione della offerta da parte del cessionario (o società destinataria del conferimento), i requisiti necessari per la partecipazione alla gara vadano verificati proprio con riferimento solo ed esclusivo alla impresa cessionaria o alla società destinataria del conferimento, in base al principio della continuità della gestione, in quanto, come noto nella pratica commerciale, l'acquisto di ramo di azienda, o del pari, il conferimento di azienda in società, avviene il più delle volte anche o proprio al fine di avvalersi dei requisiti appartenenti alla precedente titolare

E' vero, tuttavia, che la presenza del suddetto principio di continuità nella gestione (quindi nel possesso dei requisiti), a prescindere dalla generalità del principio per la intera materia degli appalti, e la medesima possibilità di recupero della iscrizione **deve essere completamente prevista dal bando di gara** non potendo il seggio di gara riconoscere la sussistenza di un requisito non espressamente previsto dal bando.

Inoltre, la volontà di avvalersi del requisito (nella specie, di anzianità di iscrizione) appartenente ad altra azienda nella cui titolarità il partecipante sia succeduto (per cessione, conferimento, acquisto di ramo e così via), **determina l'onere di specificazione in tal senso nella presentazione della domanda o nella autodichiarazione relativa alla sussistenza o meno di tale requisito, specificazione che nella specie difettava.**

Non appare evidentemente sufficiente la dichiarazione di possesso dei 5 anni di iscrizione (di per sé falsa), senza la specificazione che quella anzianità si raggiungeva mediante il recupero di anzianità di una impresa incorporata.>

A cura di Sonia Lazzini

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

N. Anno 2004

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

Sul ricorso r.g.n. 8764/2004 proposto in appello da ** Servizi e Lavori s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Gianfranco Serani, nel cui studio in Roma domicilia al Viale Vaticano n. 84,

contro

Regione Puglia, in persona del legale rappresentante p.t., non costituita,

e

** s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Mavi Cinzia Della Queva con il quale domicilia in Roma alla via Mantegazza n. 24 presso l'avv. Luigi Gardin,

per l'annullamento

della sentenza n. 4005/2004 depositata in data 16 settembre 2004, notificata in data 27 settembre 2004, con la quale il TAR Puglia di Bari, prima sezione, ha accolto il ricorso proposto dalla ** srl avverso l'atto di aggiudicazione della gara per pubblico incanto per l'affidamento triennale dei lavori in facchinaggio e traslochi per le necessità degli uffici regionali.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ** srl;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Relatore alla udienza pubblica dell' 8 febbraio 2005 il Consigliere Sergio De Felice;

Udito l'avv. Serani e l'avv. Mavi Della Queva;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue;

FATTO

Con la impugnata sentenza, resa in forma semplificata, il TAR Puglia di Bari, prima sezione, accoglieva il ricorso proposto dalla ** srl nei confronti della aggiudicazione per l'affidamento triennale dei lavori di facchinaggio e traslochi in genere per le necessità degli uffici regionali operanti in Bari e provincia, disposta in favore di ** srl, con conseguente riformulazione della graduatoria, depennamento della prima aggiudicataria e collocazione al primo posto della ricorrente ** srl.

Il Tribunale adito accoglieva il ricorso ritenendo fondate le doglianze prospettate in quella sede.

Veniva accolta la tesi della ricorrente in primo grado, secondo cui alla primitiva aggiudicataria ** srl, costituita con atto del 16 maggio 2002, iscritta presso la Camera di commercio, industria e artigianato competente dal 10 giugno 2002, difettava il requisito prescritto, a pena di esclusione (art. 6) all'art. 3 del capitolato speciale, laddove si pretendeva la iscrizione alla CCIAA nella categoria relativa all'oggetto della gara da almeno cinque anni al momento della data di scadenza fissata per la presentazione delle offerte (16 marzo 2004).

Il primo giudice riteneva altresì che tale requisito, afferente alla capacità tecnica, non potesse essere recuperato dalla anzianità di iscrizione di altra ditta individuale di cui sarebbe titolare l'amministratore della ** srl, ditta cessata dalla attività dal 31 dicembre 2002 e cancellata dal registro delle imprese il 13 marzo 2003.

Con l'atto di appello la ** Lavori e Servizi srl deduce i seguenti vizi avverso la sentenza impugnata.

Si chiede, in via preliminare, l'annullamento della impugnata sentenza per violazione della L. 205/2000 (in particolare dell'art. 9), in quanto alla camera di consiglio, fissata per la discussione della richiesta cautelare, non è stato dato avviso, ai difensori presenti (avvocati Damiano Caramia e Mavi Cinzia Della Queva), della possibilità di definizione nel merito, ma è stato soltanto fatto un generico avviso, alla apertura della udienza delle cautelari, della possibilità di utilizzare la potestà della decisione in forma semplificata.

Non essendoci stata la effettiva comunicazione, in relazione alle concrete possibilità di definizione immediata nel merito, si deduce violazione del principio del contraddittorio e si chiede l'annullamento con rinvio della impugnata sentenza per difetto di procedura.

Con altro motivo di appello si deduce la erroneità della sentenza, nel punto in cui ha ritenuto di non potersi recuperare il requisito di anzianità di iscrizione nel registro della camera di commercio a mezzo della anzianità di altra ditta individuale (appartenente all'amministratore della società), che abbia ceduto il ramo di azienda relativo.

Con atto del 16.5.2002 il signor **, titolare di ditta individuale (come tale aveva partecipato alla gara immediatamente precedente per il servizio in questione) costituiva la società ** Servizi e Lavori srl, di cui era socio maggioritario e amministratore unico, conferendo l'azienda che in precedenza apparteneva alla sua ditta individuale.

Si è costituita la società ** srl, chiedendo il rigetto dell'appello.

Alla camera di consiglio del 16 novembre 2004 questa sezione del Consiglio di Stato, in accoglimento della proposta domanda cautelare, sospendeva la efficacia della impugnata sentenza.

Alla udienza pubblica dell'8 febbraio 2005 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello si deduce la illegittimità della sentenza di primo grado, adottata in forma semplificata ai sensi dell'art. 9 L. 205/2000, nonostante non sia stato dato alcun avviso ai difensori delle parti sulla possibilità di una immediata definizione nel merito.

Si deduce che il Tribunale avesse soltanto formulato, al principio della chiamata delle cause iscritte sul ruolo della camera di consiglio, un generico e generale richiamo alla possibilità di una immediata definizione nel merito delle cause da trattarsi in sede cautelare.

Si condivide la affermazione di principio, contenuta in appello, sul richiamo alle regole che disciplinano il ricorso alla decisione in forma semplificata, in sede di conversione della fase cautelare del processo amministrativo, nella fase finale di definizione del merito della controversia.

La prassi di indicare la intenzione di decidere nel merito le cause all'esame del Collegio in sede cautelare in via preliminare per tutte le controversie per le quali si rivelino sussistenti i necessari

presupposti, non accompagnata da un ulteriore avviso in tal senso ai difensori al momento dell'esame della questione specifica, concreta in una violazione della portata e della ratio degli artt. 3 e 9 L. 205/2000.

L'art. 21, comma nono, L. 1034/1971, come modificato dall'art. 3 L. 205/2000, dispone che: in sede di decisione sulla domanda cautelare, il tribunale amministrativo regionale, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria e, ove ne ricorrono i presupposti, sentite sul punto le parti costituite, può definire il giudizio nel merito a norma dell'art.26.

Tale ultima disposizione, nel testo modificato dall'art. 9 L.205/200, prevede che: nel caso di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità, infondatezza del ricorso il giudice amministrativo decide con sentenza succintamente motivata (quarto comma); la decisione semplificata è assunta nel rispetto del contraddittorio nella camera di consiglio fissata per l'esame della istanza cautelare ovvero fissata d'ufficio a seguito dell'esame istruttorio (quinto comma).

Le due norme su riportate richiedono un contraddittorio specifico sul punto della possibilità della immediata definizione nel merito di cause fissate solo ai fini cautelari, in via incidentale.

Il contraddittorio può esplicarsi sia sui presupposti di carattere processuale (completezza del contraddittorio e adeguatezza della istruttoria) che anche sui presupposti di natura sostanziale che legittimano il ricorso alla decisione semplificata indicati dall'art. 9 L. 205/2000.

Tale contraddittorio, per essere effettivo e porsi in linea con la garanzia costituzionale del diritto di difesa, deve essere svolto con la consapevolezza che la decisione del Collegio, nel ventaglio dei poteri del giudice, potrà essere, oltre che cautelare, anche di immediata definizione nel merito, se ritenuta la maturità della causa ai fini della decisione (si veda in tal senso anche l'art. 187 c.p.c.).

Poichè si richiedono i presupposti della completezza del contraddittorio e la istruttoria della causa, è essenziale che nella camera di consiglio fissata per la richiesta cautelare si raggiunga la pienezza dell'apporto delle tesi difensive delle parti presenti.

Solo nella camera di consiglio si potrà acquisire il parere delle parti, sia pure non vincolante la decisione del giudice, in ordine allo specifico punto della possibilità di immediata decisione direttamente con sentenza di merito, in ragione della possibile maturità della causa, anche alla luce della considerazione della diversità di presupposti e finalità della richiesta cautelare da un lato e richiesta nel merito dall'altro.

Nella fase cautelare, la cognizione è sommaria; i presupposti sono diversi dalla richiesta principale, come desumibile anche dalla richiesta del ricorrente in quanto essi sono il *fumus boni juris* e il *periculum in mora*, e non la fondatezza della pretesa principale; l'oggetto della pronuncia sarà l'accoglimento o il rigetto rispetto alla richiesta cautelare e non al ricorso principale; gli effetti della tutela cautelare sono interinali e destinati ad essere assorbiti dalla pronuncia nel merito.

Proprio a causa della diversità della pretesa principale (di annullamento, ma non solo) rispetto a quella incidentale cautelare (di sospensione, ma non solo, ai sensi dell'art. 3 L.205/2000), deve ritenersi necessario l'avviso ai difensori presenti della possibilità di immediata definizione nel merito.

Ne deriva che del tutto superflua e non significativa è la mera comunicazione effettuata indistintamente per tutte le cause chiamate per la discussione della istanza cautelare e concernente la possibilità di immediata definizione nel merito, in quanto tale comunicazione assolve solo alla

finalità di richiamare, in astratto, la normativa sulla possibile conversione del rito e delle fasi del giudizio (in tal senso anche Consiglio di Stato, quinta sezione, n. 612 del 17 febbraio 2004).

Il potere effettivo (di definizione immediata nel merito direttamente in camera di consiglio) potrà essere esercitato soltanto dopo la valutazione in concreto, e con riguardo ad ogni singola questione, della ricorrenza dei presupposti a cui le norme su richiamate subordinano il ricorso alla decisione semplificata.

Nella specie, tuttavia, come si evince letteralmente dalla impugnata sentenza, sussiste la attestazione dell'organo giudicante che della possibilità di decisione immediata è stato dato regolarmente avviso ai difensori presenti in camera di consiglio, attestazione che per provenire da soggetti investiti di un pubblico ufficio fa fede fino a querela di falso, querela che nel caso in esame non risulta né presentata né prospettata (artt. 221 e seguenti c.p.c.), né può ritenersi surrogata dalla mera omissione di tale avviso nel verbale di udienza della causa, redatto dalla segreteria del primo giudice.

Alla stregua delle considerazioni su indicate, va rigettato il primo motivo di appello.

2. Con il secondo motivo di appello, si lamenta la ingiustizia della sentenza nel punto in cui ha ritenuto insussistente il requisito della anzianità di iscrizione da parte della società aggiudicataria che aveva sì, una formale iscrizione di soli due anni, ma che si avvaleva, per quello specifico requisito, della anzianità che le derivava dal ramo di azienda che il precedente titolare di ditta individuale aveva conferito nella istituita società, di cui era divenuto socio di maggioranza e amministratore unico.

La censura è infondata.

L'assunto del primo giudice consiste nella affermazione che, nella ipotesi in cui la *lex specialis* preveda, a pena di esclusione, un requisito di anzianità di iscrizione (di cinque anni nella CCIAA nella categoria oggetto della gara), esso debba essere disconosciuto a società di capitali costituita in data recente (con anzianità inferiore a quella di iscrizione pretesa dalla legge speciale), ma possa essere riconosciuto a società che voglia "recuperare", *rectius*, fare valere, tale requisito in virtù della acquisita titolarità di azienda (o ramo di azienda) individuale conferita nella medesima società.

Il Collegio osserva che costituisce principio pacifico che l'istituto della conservazione (più che del recupero), dei requisiti sia applicabile alla cessione, conferimento, acquisto di azienda (o ramo di azienda), quando l'azienda (o il ramo) trasferito sia suscettibile di costituire idoneo e completo strumento di impresa e caratterizzato da autonomia di mezzi, requisiti, capacità operative, finanziarie, tecniche e medesime finalità imprenditoriali, ed essendo principio sufficientemente consolidato che nel caso in cui la cessione o conferimento di (rami di) azienda intervenga prima della presentazione della offerta da parte del cessionario (o società destinataria del conferimento), i requisiti necessari per la partecipazione alla gara vadano verificati proprio con riferimento solo ed esclusivo alla impresa cessionaria o alla società destinataria del conferimento, in base al principio della continuità della gestione, in quanto, come noto nella pratica commerciale, l'acquisto di ramo di azienda, o del pari, il conferimento di azienda in società, avviene il più delle volte anche o proprio al fine di avvalersi dei requisiti appartenenti alla precedente titolare (in tal senso Consiglio giust.amm. Sicilia, sezione giurisdiz., 14.4.1998, n. 225; in tal senso anche Consiglio di Stato, V, 17 marzo 2003, n. 1366, secondo cui in caso di trasferimento di azienda, l'impresa che partecipa ad una gara può avvalersi, ai fini della qualificazione, dei requisiti posseduti dalle imprese cedenti).

E' vero, tuttavia, che la presenza del suddetto principio di continuità nella gestione (quindi nel possesso dei requisiti), a prescindere dalla generalità del principio per la intera materia degli appalti, e la medesima possibilità di recupero della iscrizione deve essere completamente prevista dal bando di gara non potendo il seggio di gara riconoscere la sussistenza di un requisito non espressamente previsto dal bando. Inoltre, la volontà di avvalersi del requisito (nella specie, di anzianità di iscrizione) appartenente ad altra azienda nella cui titolarità il partecipante sia succeduto (per cessione, conferimento, acquisto di ramo e così via), determina l'onere di specificazione in tal senso nella presentazione della domanda o nella autodichiarazione relativa alla sussistenza o meno di tale requisito, specificazione che nella specie difettava. Non appare evidentemente sufficiente la dichiarazione di possesso dei 5 anni di iscrizione (di per sé falsa), senza la specificazione che quella anzianità si raggiungeva mediante il recupero di anzianità di una impresa incorporata.

3.Per le considerazioni sopra svolte, l'appello va respinto.

La condanna alle spese segue il principio della soccombenza; le spese sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quarta, definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, così provvede:

rigetta l'appello e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna parte appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio in favore della controinteressata costituita, liquidandole in euro tremila.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 2005
DEPOSITATA IN SEGRETERIA - 10 maggio 2005