



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

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 53 del 2009, proposto da Angelino Srl in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Abbamonte e Renato Magaldi, con domicilio eletto presso Studio Abbamonte in Roma, via degli Avignonesi, 5;

contro

School Bus Service Srl in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Renato Labriola, con domicilio eletto presso Segreteria Consiglio Di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro 13;

nei confronti di

Comune di Nocera Inferiore, n.c.;

per la riforma

della sentenza del TAR CAMPANIA - NAPOLI Sezione I n. 19685/2008;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di School Bus Service Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 marzo 2010 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Abbamonte e Labriola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Nocera Inferiore indiceva una gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico sul territorio del Comune di Nocera Inferiore per il periodo aprile 2008,- dicembre 2010, presso le scuole statali dell'infanzia, primarie e secondarie di primo e secondo grado. All'esito dell'esperimento di gara risultava aggiudicataria definitiva la ditta Angelino cui veniva affidato il relativo servizio .

La sopradetta società stipulava anche il contratto di appalto in data 20.10.2008.

Impugnava gli esiti della procedura di gara la ditta School Bus Service che aveva partecipato alla gara avendo acquistato il ramo di azienda della società Eurotour s.r.l..

Per resistere al proposto gravame incardinato dinanzi al TAR Campania, sede di Napoli, si costituiva la soc. Angelino proponendo ricorso incidentale affidato ad un profilo di violazione e falsa applicazione dell'art.38 del d.lgs. 163/2006.

Sosteneva la soc. Angelino che la School Bus Service dovesse essere esclusa dalla gara per omessa dichiarazione circa l'assenza di cause di esclusione a carico della cedente Eurotour.

Quanto sopra fondava sul rilievo secondo cui nei confronti della Eurotour era stata apposta annotazione di esclusione per un anno a far data dal 3.10.2007 dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di forniture, lavori e servizi quale violazione definitivamente accertata degli obblighi di pagamento di imposte e tasse nonché rispetto alla posizione INAIL.

Da qui la richiesta di una pronunzia di inammissibilità del ricorso principale per difetto di legittimazione della ricorrente.

Il TAR, con la sentenza breve assunta nella camera di consiglio del 17.11.2008, rigettava il ricorso incidentale proposto dalla soc. Angelino ed accoglieva il ricorso principale della School Bus Service per mancata presentazione da parte della Angelino della dichiarazione di cui all'art. 17 della legge n.68/99 .

Appella la sentenza la Angelino s.r.l. innanzitutto lamentando che il TAR abbia trattenuto la causa per la decisione alla camera di consiglio fissata per l'esame cautelare senza che la causa fosse matura per la decisione per incompletezza istruttoria.

In particolare secondo la appellante mancava l'atto di cessione di azienda intervenuto tra la Eurotour e la School Bus Service, atto necessario al fine di valutare la fondatezza o meno della contestazioni sollevate nel ricorso incidentale.

In secondo luogo la appellante espone che con la cessione del ramo di azienda regolata dal codice civile all'art. 2112 c.c. consegue che dalla cedente Eurotour si sono trasmesse tutte le situazioni soggettive ed oggettive attive e passive in capo alla cessionaria School Bus e quindi anche il debito tributario e previdenziale definitivamente accertato di cui alcuna menzione era stata fatta in sede di dichiarazione da parte della School Bus Service.

Sarebbe quindi erronea la sentenza appellata là dove sostiene che il i requisiti propri della cedente non si trasmettono affatto alla cessionaria, né come tali costituiscono oggetto di dichiarazione obbligatoria in sede di gara.

Assume ancora la appellante che la sentenza del TAR avrebbe errato nell'accogliere l'unico motivo di ricorso esperito dalla School Bus Service che ha sostenuto la violazione da parte della soc. Angelino dell'art. 17 della legge n.68 del 1999 in quanto non avrebbe dichiarato in sede di domanda di partecipazione alla gara di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili.

Secondo il TAR tale omissione avrebbe dovuto essere sanzionata con la esclusione dalla gara anche alla luce della portata auto applicativa della norma in esame mentre nessun rilievo potrebbe attribuirsi al successivo deposito intervenuto prima della aggiudicazione definitiva della dichiarazione de quo da parte della ricorrente in quanto l'obbligo gravava sin dalla fase anteriore alla apertura delle offerte ed a pena di esclusione.

La Angelino sostiene la erroneità di tali argomentazioni in quanto né il bando né la lex specialis richiedevano alcuna dichiarazione in tema di rispetto della disciplina sui disabili per cui, pur avendo la norma portata auto applicativa, in ogni caso la prescrizione doveva considerarsi rispettata quando la dichiarazione fosse stata prodotta dalla impresa prima della conclusione della procedura .

Si è costituita la appellata chiedendo il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza del TAR.

La causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione all'udienza del 2.3.2010.

DIRITTO

1. Con il primo motivo la appellante contesta la violazione degli artt. 21 e 26 della legge 1034/1971 per difetto di istruttoria per avere il TAR emesso la sentenza in assenza del deposito dell'atto di cessione del ramo di azienda tra Eurotour e School Bus Sevice.

Osserva la Sezione che le argomentazioni del primo giudice, che hanno indotto al rigetto del ricorso incidentale, evidenziano che lo stesso riteneva del tutto superflua la produzione dell'atto di cessione d'azienda e che sarebbe pervenuto alla medesima decisione anche nella ipotesi che l'atto di cessione fosse stato acquisito agli atti processuali.

Secondo il convincimento del primo giudice infatti i requisiti soggettivi della cedente, in mancanza di una norma esplicita nel decreto legislativo n.163 del 2006, non si trasmettono alla cessionaria né come tali costituiscono dichiarazione

obbligatoria in sede di gara in quanto la cessionaria è già titolare autrice di proprie ed autonome dichiarazioni rilevabili ai sensi dell'articolo 38 codice appalti che anzi ne costituiscono le sole ed univoche connotazioni individuali.

Tali argomentazioni, come anche si vedrà più oltre in sede di esame del secondo motivo, vengono condivise dalla Sezione.

Si aggiunga che la produzione del documento che si assume mancante gravava in capo alla ricorrente incidentale secondo il principio che la prova incombe su chi afferma i fatti; pertanto la cessione del ramo di azienda andava depositata in giudizio dalla società Angelino.

2. Con il secondo e terzo motivo la appellante assume che la cedente Eurotour aveva trasmesso tutte le situazioni soggettive ed oggettive attive e passive in capo alla cessionaria School Bus e quindi anche il debito tributario e previdenziale di cui alcuna menzione era stata fatta in sede di gara da parte della School Bus Service.

La appellata tuttavia sostiene che tale motivo, per come formulato, è nuovo perché non dedotto in primo grado e come tale inammissibile.

Infatti la società Angelino si era limitata ad affermare che risultava violato l'articolo 38, comma primo, lettera b) del d.lgvo n.163/2006 riguardante gli amministratori e direttori tecnici della cedente Eurotour e che la censura non atteneva anche alla trasmissibilità del passivo tributario e previdenziale dalla cedente alla cessionaria.

3. In disparte tale profilo di inammissibilità, il motivo è infondato nel merito e le argomentazioni del primo giudice al riguardo devono essere confermate..

In ordine alla regolarità contributiva stabilisce l'art. 38, primo comma, lett. g), del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163, che "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli

obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti”.

Analoga previsione è posta all’art. 38, primo comma, lettera i) quanto alle violazioni di carattere previdenziale ed assistenziale.

In materia di procedure ad evidenza pubblica, le clausole di esclusione poste dalla legge o dal bando in ordine alle dichiarazioni cui è tenuta la impresa partecipante alla gara sono di stretta interpretazione dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l’affidamento dei partecipanti, la *par condicio* dei concorrenti e l’esigenza della più ampia partecipazione (tra molte: Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2005 n. 5194; V, 13 gennaio 2005 n. 82; IV, 15 giugno 2004 n. 3903; VI, 2 aprile 2003 n. 1709).

Pertanto le norme di legge e di bando che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche devono essere interpretate nel rispetto del principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione che di per sé costituiscono fattispecie di restrizione della libertà di iniziativa economica tutelata dall’art. 41 della Costituzione, oltre che dal Trattato comunitario.

Esattamente il TAR ha rilevato che manca nel codice appalti una norma, con effetto preclusivo, che preveda in caso di cessione d’azienda un obbligo specifico di dichiarazioni in ordine ai requisiti soggettivi della cedente riferita sia agli amministratori e direttori tecnici della cedente sia ai debiti tributari e previdenziali dalla stessa contratti, mentre l’art.51 del codice si occupa della sola ipotesi di cessione del ramo di azienda successiva alla aggiudicazione della gara.

Ne discende che in assenza di tale norma e per il principio di soggettività e personalità della responsabilità non può essere esclusa l’impresa cessionaria del ramo d’azienda che non abbia presentato le relative dichiarazioni in ordine alla posizione della cedente..

Pertanto come esattamente ritenuto dal primo giudice il ricorso incidentale presentato dalla società Angelino andava respinto.

5. E' necessario ora esaminare il motivo dedotto dalla società appellata in primo grado ed accolto dal TAR con il quale la società Angelino è stata esclusa dalla procedura di gara per mancata presentazione della dichiarazione concernente il diritto al lavoro dei disabili.

Le argomentazioni del TAR meritano conferma.

Viene in rilievo l'art. 17 della L. 12 marzo 1999 n. 68 che prevede che le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi gare per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili. Al riguardo la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha costantemente rilevato che la dichiarazione di cui all'art. 17, l. 12 marzo 1999 n. 68, in materia di tutela dei disabili, costituisce requisito di partecipazione alla gara; ne consegue che la omissione di detta dichiarazione costituisce causa di esclusione per la forza cogente propria della legge, anche se non richiamata dalla lex specialis (Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2007 n. 33; V, 24 gennaio 2007 n.256; IV, 14 maggio 2004 n.3148; V, 6 luglio 2002 n.3733).

6. In conclusione l'appello deve essere respinto.

7. Spese ed onorari tuttavia per la peculiarità della fattispecie possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, quinta Sezione, definitivamente decidendo respinge l'appello in epigrafe indicato.

Compensa spese ed onorari.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2010 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccarini, Presidente

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/05/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione