

MASSIMA – “...Poiché nelle gare indette per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione, l'istituto dell'avvalimento ha portata generale ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, con riguardo al possesso dei requisiti tecnici, in caso di cessione, sono certamente riconducibili al patrimonio di una società o di imprenditore cessionari prima della partecipazione alla gara di un ramo d'azienda i requisiti posseduti dal soggetto cedente, giacché essi devono considerarsi compresi nella cessione in quanto strettamente connessi all'attività propria del ramo ceduto (Consiglio Stato, sez. V, 10 settembre 2010, n. 6550).

Tanto comporta che, in caso di modificazione soggettiva degli operatori economici che concorrono alla gara mediante cessione, anche se antecedente alla gara sussiste comunque l'obbligo per la stazione appaltante di effettuare le puntuali verifiche dirette ad accertare il possesso dei requisiti previsti per l'ammissione, non solo nei riguardi dell'impresa subentrante, ma anche, nei riguardi dell'impresa interessata dalla vicenda modificativa, in osservanza del principio della necessaria continuità e/o permanenza dei requisiti necessari per l'ammissione ad una procedura concorsuale.”

Consiglio di Stato n. 5803 del 17/11/2012

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2375 del 2010, proposto da:
“La Quiete Azienda Pubblica di Servizi alla Persona”, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Lorenzo Grisostomi Travaglini, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bosio, n. 2;

contro

GIVAS S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Nicolò Paletti e Raffaella Rampazzo, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 34;

nei confronti di

Pollution Hospital S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Zoppellari, con domicilio eletto presso Andrea Lazzaretti, in Roma, largo di Torre Argentina, n. 11;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Friuli-Venezia-Giulia – Trieste, Sezione I, n. 00168/2010, resa tra le parti, di accoglimento del ricorso proposto dalla GIVAS s.r.l. per l'annullamento del provvedimento del Direttore Generale dell'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona "La Quiete" di Udine n. 260 del 9.12.2009 (con il quale era stata aggiudicata alla ditta Pollution Hospital s.r.l. la fornitura di arredi e complementi per il padiglione Nuova Ala Ovest), degli atti di comunicazione, della nota 3.12.2009 del responsabile del procedimento (con la quale era stato comunicato che la documentazione prodotta dalla ditta aggiudicataria a giustificazione delle referenze di fornitura era stata ritenuta idonea) e dell'atto di aggiudicazione provvisoria di cui al verbale di conclusione delle operazioni di gara; nonché per il risarcimento danni in forma specifica, o, in subordine, per equivalente;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Givas S.r.l. e della Pollution Hospital S.r.l.;

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

Visto il decreto cautelare 23 marzo 2010 n. 1320;

Vista la propria ordinanza 20 aprile 2010 n. 1810;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 giugno 2012 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Grisostomi Travaglini e Paoletti;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

1.- L'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona "La Quiete" di Udine ha indetto una gara per la fornitura di arredi e complementi per il padiglione Nuova Ala Ovest. In particolare il bando

prevedeva l'iscrizione alla C.C.I.A. per la categoria oggetto dell'appalto (cioè: fornitura e posa arredi ed attrezzature padiglione Nuova Ala Ovest), un fatturato specifico relativo alle forniture oggetto dell'appalto di un milione di euro nel triennio precedente, per dimostrare il requisito della capacità economico finanziaria, e l'elenco delle forniture degli ultimi tre anni, per dimostrare il requisito della capacità tecnica.

La gara è stata aggiudicata alla Pollution s.r.l., che aveva chiesto di essere invitata a detta gara comunicando, tra l'altro, di essersi costituita per scissione parziale dalla Pollution s.p.a. e di essere subentrata automaticamente nei rapporti giuridici attivi e passivi facenti capo al ramo di azienda commerciale nei settori ospedaliero e welfare della società scissa.

2.- La Givas s.r.l. ha impugnato gli atti di aggiudicazione sostenendo che la Pollution s.r.l. non possedeva i requisiti richiesti; in particolare, dovendo avvalersi dei requisiti della società madre e dovendo essere provata la capacità tecnica solo nei modi previsti dal bando, la Pollution s.r.l. avrebbe potuto dimostrare la propria capacità tecnica attraverso le forniture della Pollution s.p.a., se anche questa avesse posseduto i requisiti di partecipazione alla gara, mentre era iscritta alla C.C.I.A. non per la categoria oggetto dell'appalto ma per la categoria "installazione e riparazione di altri impianti n.c.a.", come risultante da un rapporto "Cerved".

3.- Con la sentenza in epigrafe indicata, respinte le eccezioni di controparte, è stato accolto il ricorso della Givas s.r.l., nell'assunto che, premesso che l'iscrizione alla C.C.I.A. è cosa diversa dall'oggetto sociale, comunque la società madre non svolgeva la stessa attività della Pollution s.r.l. (commercio di articoli medicali e di arredi ed articoli per l'assistenza sociale e le case di riposo), ma quella di "Produzione e relativa vendita, installazione e assistenza tecnica di impianto antinquinamento, compreso il trattamento e condizionamento dell'aria e relativi sistemi di misura; inoltre (dal 10.4.1997) installazione, manutenzione, riparazioni impianti elettrici, elettronici, antincendio e trasporto ed utilizzazione gas, nonché (dal 12.1.2001) commercio all'ingrosso di articoli medicali e sanitari", come risultante dal rapporto "Cerved", a prescindere dalla citazione errata in ricorso. Con la sentenza è stata accolta anche la richiesta di risarcimento danni in forma specifica, con aggiudicazione della

gara alla ricorrente, per l'ipotesi che la fornitura risultasse in tutto o in parte ineseguita, ovvero con risarcimento per equivalente, mediante offerta dell'Amministrazione alla ricorrente vincitrice di un adeguato ristoro.

4.- Con l'appello in esame "La Quiete Azienda Pubblica di Servizi alla Persona", premesso che il T.A.R. ha immotivatamente disatteso le deduzioni da essa svolte in primo grado (tra le quali la eccezione di tardività della impugnazione, con riguardo alla data del 22.10.20109 in cui erano stati aperti i plichi alla presenza di un rappresentante della GIVAS s.r.l., ed inammissibilità del ricorso di primo grado per non essere stato prodotto in giudizio alcun rapporto "Cerved", nonché la eccezione di violazione del divieto di introduzione di motivi nuovi con semplice memoria) ha chiesto l'annullamento di detta sentenza, "anche alla luce delle predette deduzioni" sulla base dei seguenti motivi:

4.1.- Assoluta erroneità e contraddittorietà della motivazione della sentenza che ha fatto applicazione di una causa di esclusione assolutamente non prevista dal bando di gara, non essendo condivisibile la tesi che la società madre dovesse avere il possesso in proprio di tutti i requisiti sia di natura generale che speciale per partecipare alla gara.

4.2.- Mancata corrispondenza tra chiesto e pronunciato, per essere stata ritenuta ammissibile una sostanziale modifica dei motivi di ricorso a seguito di una semplice memoria da parte della ricorrente.

4.3.- Mancata valutazione della sufficienza della iscrizione alla C.C.I.A. per "Commercio all'ingrosso di articoli medicali sanitari" della società scissa per legittimare la partecipazione alla gara.

Con decreto cautelare 23 marzo 2010 n. 1320 è stata respinta la istanza di adozione di misure cautelari provvisorie.

Con memoria depositata il 14.4.2010 si è costituita in giudizio la GIVAS s.r.l., che ha dedotto la infondatezza dell'appello, concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata il 19.4.2010 si è costituita in giudizio la Pollution hospital s.r.l., deducendo la erroneità della impugnata sentenza, che ha dapprima ricondotto la scissione

aziendale, perfezionatasi prima della partecipazione alla gara, all'art. 51 del d. lgs. n. 163/2006 (attinente alle vicende soggettive dell'operatore economico durante la gara) e ha poi ritenuto non sussistente in capo alla società madre la iscrizione alla C.C.I.A. per la categoria prevista dal bando (non essendo previste tra le attività da essa svolte la fornitura di arredi), senza considerare che gli arredi per gli ospedali e case di riposo rientrano tra gli articoli medicali e sanitari. Ha quindi dedotto la fondatezza anche del secondo motivo di appello ed ha concluso per l'accoglimento.

Con ordinanza 20 aprile 2010 n. 1810 la Sezione ha respinto l'istanza di sospensione della sentenza impugnata.

Con memoria depositata il 24.5.2012 la GIVAS s.r.l., premesso di aver chiesto ed ottenuto l'esecuzione dell'impugnata sentenza con risarcimento per equivalente a seguito di sentenza di ottemperanza n. 706 del 2010 del T.A.R. Friuli Venezia Giulia, confermata con sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, n. 2894 del 2011, ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 25.4.2012 la parte appellante ha ribadito tesi e richieste ed ha chiesto, in subordine, nella ipotesi che possa essere condivisa l'interpretazione degli artt. 42, 48 e 52 del d. lgs. n. 163/2006 data dal primo Giudice, il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia della Unione Europea ai fini della verifica della compatibilità con i principi posti dalla Direttiva 2004/18/CE del 31.3.2004, ha ribadito tesi e richieste.

Con memorie depositate l'1.6.2012 la parte appellante e la GIVAS s.r.l. hanno replicato alle rispettive pregresse argomentazioni.

Alla pubblica udienza del 12.6.2012 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta, formulata da "La Quiete Azienda Pubblica di Servizi alla Persona", di annullamento della sentenza in epigrafe indicata, con la quale è stato accolto il ricorso proposto dalla GIVAS s.r.l. per l'annullamento dei provvedimenti di detta Azienda di aggiudicazione alla ditta Pollution Hospital s.r.l. della fornitura di arredi e

complementi per il padiglione Nuova Ala Ovest, nonché di accoglimento della domanda di risarcimento danni in forma specifica, con aggiudicazione della gara alla ricorrente per l'ipotesi che la fornitura risultasse in tutto o in parte ineseguita, ovvero con risarcimento per equivalente.

2.- Innanzi tutto la Sezione deve esaminare, anche per priorità logica, il primo motivo di appello, la cui fondatezza comporterebbe l' inutilità della disamina degli ulteriori motivi di gravame.

Con esso è stato dedotto che non sarebbe condivisibile la tesi secondo la quale la società madre avrebbe dovuto possedere tutti i requisiti sia di natura generale che speciale per partecipare alla gara.

La giurisprudenza lo prevede, ma solo con riguardo all'assenza di precedenti penali, che ex art. 38, lettera c), devono essere verificati anche per gli amministratori cessati.

Ma il requisito di natura tecnica non potrebbe essere contemporaneamente proprio di due diversi soggetti giuridici, perché l'azienda, dopo la scissione, fa parte del patrimonio solo del cessionario e il possesso dei requisiti tecnici va valutato in capo a questi.

La Pollution s.r.l. avrebbe dimostrato il possesso di tutti i requisiti (di natura generale, iscrizione alla C.C.I.A. per la categoria oggetto dell'appalto, capacità economico finanziaria e tecnica) necessari.

Il T.A.R. (nell'affermare che, perché la Pollution s.r.l. potesse avvalersi della capacità tecnica della cedente, sarebbe stato necessario che anche questa fosse stata iscritta alla C.C.I.A. per la categoria arredi, richiesta nella gara de qua) avrebbe aggiunto una causa di esclusione ulteriore non prevista dalla legge di gara (cioè essere stati iscritti alla C.C.I.A. per la categoria oggetto di gara da almeno tre anni), in contrasto con il principio che le clausole di esclusione sono di stretta interpretazione.

Peraltro l'iscrizione alla C.C.I.A. per una certa categoria sarebbe un dato meramente formale, potendo le imprese svolgere tutte le attività indicate nell'oggetto sociale, sicché potevano

essere state svolte forniture identiche a quelle oggetto dell'appalto anche in assenza di iscrizione alla C.C.I.A. per tale categoria.

2.1.- Osserva innanzi tutto in proposito la Sezione, alla luce di una giurisprudenza pacifica, come sia consentito all'impresa che abbia acquisito un ramo d'azienda di avvalersi, ai fini della qualificazione a gara di appalto, dei requisiti posseduti dall'impresa cedente, atteso che l'istituto dell'avvalimento ha portata generale e l'art. 51 del D. L.vo n. 213/2006, nel disciplinare le vicende soggettive del candidato, dell'offerente e del candidato (compresa la cessione del ramo d'azienda), conferma tale interpretazione.

Detto art. 51 del d.lgs. n. 163 del 2006 consente infatti espressamente il subentro dei soggetti risultanti da operazioni di cessione, affitto di azienda, ovvero da trasformazione, fusione e scissione di società durante la gara (in termini Consiglio Stato, Sez. V, 15 novembre 2010, n. 8044), previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale.

Poiché nelle gare indette per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione, l'istituto dell'avvalimento ha portata generale ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, con riguardo al possesso dei requisiti tecnici, in caso di cessione, sono certamente riconducibili al patrimonio di una società o di imprenditore cessionari prima della partecipazione alla gara di un ramo d'azienda i requisiti posseduti dal soggetto cedente, giacché essi devono considerarsi compresi nella cessione in quanto strettamente connessi all'attività propria del ramo ceduto (Consiglio Stato, sez. V, 10 settembre 2010, n. 6550).

Tanto comporta che, in caso di modificazione soggettiva degli operatori economici che concorrono alla gara mediante cessione, anche se antecedente alla gara sussiste comunque l'obbligo per la stazione appaltante di effettuare le puntuali verifiche dirette ad accertare il possesso dei requisiti previsti per l'ammissione, non solo nei riguardi dell'impresa subentrante, ma anche, nei riguardi dell'impresa interessata dalla vicenda modificativa, in osservanza del principio della necessaria continuità e/o permanenza dei requisiti necessari per l'ammissione ad una procedura concorsuale.

Tanto premesso, la censura in esame, volta a contestare la tesi che la società madre dovesse avere il possesso in proprio di tutti i requisiti sia di natura generale che speciale per partecipare alla gara, perché l'azienda dopo la scissione fa parte del patrimonio solo del cessionario ed i requisiti tecnici vanno valutati in capo a questi, è quindi da valutare incondivisibile, perché la società formatasi con la scissione, se non è autonomamente in possesso di requisiti tecnici, non può che avvalersi di quelli della società scidente; nel caso di specie trattasi di un dato fatturato specifico relativo alle forniture oggetto dell'appalto presso ospedali o case di riposo per il triennio 2006/2008, che non poteva essere stato svolto dalla società "madre", in base ad elementare principio logico non costituente interpretazione estensiva della legge di gara, senza essere stata iscritta alla C.C.I.A. per la categoria oggetto dell'appalto per il corrispondente periodo, come previsto dalla legge di gara a pena di esclusione, ai punti III.2.1 e III.2.2., essendo quindi irrilevante quanto previsto nell'oggetto sociale.

3.- Deve quindi essere esaminato il secondo motivo di appello, pure avente priorità logica rispetto al terzo, con il quale è stato dedotto che il T.A.R. avrebbe erroneamente reinterpretato il ricorso introduttivo del giudizio (peraltro basato sulla infondata affermazione che tra le attività della società madre non fosse compreso il "Commercio all'ingrosso di prodotti sanitari ed apparecchi medicali chirurgici ed ortopedici" che legittimava la partecipazione alla gara), attribuendo le affermazioni ivi contenute ad errori materiali e operando operazioni additive non consentite dalla legge.

Nel ricorso sarebbe stato chiaramente affermato che il possesso della iscrizione per il commercio all'ingrosso di prodotti sanitari ed apparecchi medicali chirurgici ed ortopedici legittimava la partecipazione alla gara e ciò circoscriveva la doglianza presentata; inoltre il motivo, essendo fondato sulla affermazione che la attività della Pollution s.p.a. era relativa solo alla installazione ed alla manutenzione di impianti, sarebbe radicalmente infondato ed insuscettibile di interpretazione lontana dal senso letterale.

3.1.- La Sezione non condivide le censure sopra riportate.

Il T.A.R. ha al riguardo premesso che con il ricorso introduttivo del giudizio era stato dedotto che “ In quanto poi alla capacità tecnica dell’aggiudicataria, gli artt. 42, 48 e 51 D.lgs 163/2006 e il bando di gara richiedono inderogabilmente, senza possibilità di alcun diverso apprezzamento discrezionale dell’Amministrazione procedente, che sia il soggetto partecipante alla gara, sia il soggetto dalla cui fusione, scissione o trasformazione si è costituita la candidata aggiudicataria, abbiano il possesso ‘sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale’ e nella specie la Pollution spa, il cui elenco delle forniture prestate negli ultimi tre anni e relative attestazioni sono stati prodotti dalla Pollution Hospital srl, non ha l’iscrizione alla Camera di Commercio per la categoria oggetto dell’appalto che è specificamente richiesta dal bando come condizione di partecipazione”.

Tanto, ha condivisibilmente affermato detto Giudice, dimostrava che, nonostante la successiva esemplificazione errata (che era insufficiente a circoscrivere la generale doglianza sopra riportata), la censura era chiaramente mirata a dimostrare che, mentre Pollution Hospital s.r.l. era in possesso del requisito dell’iscrizione per la categoria prevista dal bando (includente anche gli “arredi”), per contro la società “madre” Pollution s.p.a. non lo possedeva.

La censura esaminata è quindi in suscettibile di assenso.

4.- Fondatoe sono invece le censure formulate con il terzo motivo di appello con riguardo alla circostanza che, anche se la società madre avesse dovuto avere l’ iscrizione alla camera di commercio per la categoria oggetto dell’appalto, comunque nella sentenza non sono state indicate le ragioni per le quali l’oggetto dell’appalto non sarebbe rientrato nell’attività di “Commercio all’ingrosso di articoli medicali e sanitari”, pur essendo state indicati dall’attuale appellante i motivi per i quali la fornitura de qua rientrava nell’ampia nozione di “articoli medicali e sanitari”.

4.1.- Invero oggetto dell’appalto di cui trattasi era (come da punto I.1.2 del bando di gara) la “fornitura e posa di arredi ed attrezzature padiglione nuova ala ovest”, che poi è stata meglio

descritta al successivo punto II.1.5 come “Fornitura e posa di arredi, complementi d’arredo e attrezzature per l’attivazione del padiglione di degenza Nuova Ala Ovest (90 posti letto)”.

Ancora successivamente il bando ha specificato che il lotto 1 era relativo ad arredi di reparto, complementi d’arredo, arredi sala animazione, arredi uffici direzione sanitaria e arredi magazzini, mentre il lotto 2 era relativo al attrezzature per reparti (a titolo esemplificativo: carrelli, sollevatori, sistemi sanitari per l’igiene, apparecchi elettromedicali) ed arredi e attrezzature per fisioterapia.

E’ quindi palese che trattasi in larghissima parte di forniture di articoli medicali e sanitari, tra le quali rientrano quelle per le quali la Pollution s.p.a., “madre”, aveva regolare iscrizione alla CCIA., dal 12.1.2001, per “commercio all’ingrosso di articoli medicali e sanitari” e che ha peraltro dimostrato di aver effettuato in passato.

Era stato così soddisfatto il requisito di partecipazione de quo, considerato anche che, in linea con il fondamentale principio del “favor participationis”, in caso di dubbio va attribuito alla clausola del bando di gara pubblica il significato più idoneo ad assicurare la massima partecipazione, atteso lo specifico interesse della stazione appaltante al più ampio confronto concorrenziale.

5.- L’appello deve essere conclusivamente accolto e deve essere riformata la prima decisione; per l’effetto va respinto il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado. Tanto comporta l’assorbimento delle eccezioni sostanzialmente riproposte in secondo grado dalla appellante e della subordinata richiesta, da questa effettuata, di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia della Unione Europea ai fini della verifica della compatibilità con i principi posti dalla Direttiva 2004/18/CE del 31.3.2004, dell’interpretazione degli artt. 42, 48 e 52 del d. lgs. n. 163/2006 data dal primo Giudice.

6.- Le spese e gli onorari del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidati come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie l'appello in esame e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso originario proposto dinanzi al T.A.R..

Pone a carico della appellata GIVAS s.r.l. le spese e gli onorari del doppio grado, liquidate nella complessiva misura di € 6.000,00 (seimila/00) da dividere in parti eguali tra l'appellante e Polution Hospital s.p.a., oltre ai dovuti accessori di legge (I.V.A. e C.P.A.).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/11/2012

IL SEGRETARIO

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