



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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2499 del 2010, proposto da:  
Rosbel Impianti S.n.c., rappresentata e difesa dall'Avv. Enzo Barilà,  
con domicilio eletto presso il suo studio, in Milano, Piazza Cinque  
Giornate, n. 5

***contro***

Comune di Cerro al Lambro, in persona del Sindaco *pro tempore*,  
rappresentato e difeso dall'Avv. Caterina Solimini, con domicilio  
eletto presso il suo studio, in Milano, Viale Regina Margherita, n. 43

***nei confronti di***

Tecnoimpianti Clima S.r.l., C.R.Edil S.r.l., Luciano Monzù, non  
costituitisi in giudizio

***per l'annullamento***

della deliberazione della Giunta Municipale di Cerro al Lambro n.

187 del 7 ottobre 2010, con la quale si è disposto di "prendere atto della cessione di ramo d'azienda da Tecnoimpianti Clima S. r. l. in liquidazione a C.R.Edil S.r.l." e di "autorizzare il subentro nel contratto relativo ai lavori di realizzazione di una struttura polivalente nel comparto 1 del PEEP in Cerro al Lambro"; di tutti gli atti connessi, presupposti e conseguenti, ivi compresa la determinazione del responsabile del Servizio Ufficio Tecnico del Comune di Cerro al Lambro n. 84 del 11 ottobre 2010".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Cerro al Lambro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, comma 9, cod. proc. amm.;

Udito il dott. Marco Poppi, Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2011, e uditi per le parti i difensori presenti come da verbale;

#### FATTO

Con bando del 5 marzo 2010, il Comune di Cerro al Lambro, ha indetto una "asta pubblica per opere di urbanizzazione secondaria nel comparto 1 p.e.e.p.", da aggiudicarsi al massimo ribasso, all'esito della quale la ricorrente si è classificata al secondo posto alle spalle di Tecnoimpianti Clima S.r.l. Con nota n. 8082 del 6 agosto 2010,

l'Amministrazione comunale, preso atto della mancata produzione da parte dell'aggiudicataria della documentazione richiesta per la stipula del contratto, le ha comunicato l'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva.

Detta comunicazione è stata riscontrata, con lettera del 3 settembre 2010, dall'odierna controinteressata C.R.Edil che, nell'occasione, ha rappresentato l'intervenuta acquisizione da Tecnoimpianti (posta in liquidazione con atto del 12 luglio 2010) del "ramo di azienda relativo alle costruzioni e all'impiantistica", facendo presente, altresì, che, in qualità di cessionaria, intendeva sottoscrivere il contratto di appalto in luogo della cedente aggiudicataria.

Acquisita copia della documentazione richiamata in sede di accesso, la ricorrente, con atto datato 1 ottobre 2010 ha inoltrato istanza al Comune affinché procedesse alla revoca dell'aggiudicazione per "la palese insussistenza di una cessione di azienda idonea al subentro nell'appalto" precisando, in particolare che:

- la cessione era intervenuta sulla base di un corrispettivo di € 90.000,00 di cui € 82.500,00 quale avviamento;
- il contratto di cessione trasferiva beni per un valore di € 7.500,00 senza trasferire dipendenti, crediti, debiti o altro cespite;
- che sulla base del bilancio di esercizio chiuso al 31 dicembre 2009, Tecnoimpianti, aveva totalizzato ricavi per € 4.151.022,00, immobilizzazioni materiali per € 409.384,00, crediti esigibili per € 1.929,673, spese per il personale (8 operai e 4 impiegati) per €

436.225;

- che la descritta consistenza aziendale era in via prioritaria dedicata all'espletamento di attività afferenti al settore dei pubblici appalti.

Contestualmente chiedeva che “esperite, occorrendo, le opportune verifiche sui fatti esposti, voglia rigettare l'istanza di C.R. Edil S.r.l. per la intestazione a suo nome del contratto in oggetto; e che l'Amministrazione voglia altresì revocare l'aggiudicazione in favore di Tecnoimpianti clima, nonché avviare la procedura per l'aggiudicazione in favore della scrivente seconda classificata”.

Con deliberazione n. 187 del 7 ottobre 2010, qui impugnata, la Giunta comunale, verificato, in capo al C.R. Edil, il possesso dei necessari requisiti e acquisito un parere legale richiesto ad un professionista esterno le cui motivazioni dovevano “intendersi richiamate per relationem”, ha preso atto dell'intervenuta cessione del ramo d'azienda e autorizzato il subentro nel contratto.

La ricorrente, ritenendo che le parti della contestata cessione non avessero “in alcun modo comprovato (...) che i pochi beni mobili per il complessivo valore di € 7.500,00 trasferiti con la cessione costituissero effettivamente, prima della cessione, autonomo ramo d'azienda comprendente in toto quanto necessario per lo svolgimento della pregressa attività di costruzioni da parte della medesima Tecnoimpianti Clima”, ha impugnato i provvedimenti in epigrafe specificati deducendo la violazione dell'art. 51 del D.Lgs. n. 163/2006, del divieto di subentro nella posizione di concorrente

aggiudicatario, nonché, eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.

L'Amministrazione, costituitasi in giudizio, ha contestato la fondatezza del ricorso, chiedendone la reiezione.

Con decreto presidenziale n. 1196 del 9 novembre 2011, i provvedimenti impugnati, sono stati sospesi sul presupposto che appariva “dubbio che la ridetta cessione abbia trasferito un ramo d'azienda della dante causa sul rilievo che, da una parte, i mobili ivi indicati presentano natura meramente strumentale all'esercizio dell'attività edilizia, ma non constano essere stati associati a una struttura organizzativa che ne possa fruire e, dall'altra, che non è comunque allo stato degli atti possibile affermare l'effettiva esistenza dello stesso ramo d'azienda in capo alla società cedente, quale oggetto del relativo negozio”.

Nella camera di consiglio del 24 novembre 2010 è stata accolta l'istanza di sospensione e, all'esito della pubblica udienza del 9 febbraio 2011, la causa è stata assegnata a sentenza.

## DIRITTO

Con un primo ordine di censure, la ricorrente sostiene che la vicenda successoria oggetto del presente giudizio si porrebbe in contrasto con il divieto di cessione dei contratti d'appalto pubblico sancito dall'art. 118 del D.Lgs. n. 163/2006, comma 1, a norma del quale “i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice sono tenuti a eseguire in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi

nel contratto. Il contratto non può essere ceduto, a pena di nullità...”

La suddetta norma è, invero, derogabile unicamente nelle ipotesi di cui al precedente art. 51, ove si precisa che “qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice”.

Con un secondo ordine di motivi, la ricorrente lamenta la carente istruttoria compiuta dal Comune, che non avrebbe compiuto i doverosi accertamenti onde acclarare la effettiva ricorrenza, nella fattispecie all'esame, dei presupposti per l'applicazione dell'art. 51 del D.Lgs. n. 163/2006, rilevando che il contratto di cessione precisa:

- all'art. 3, che il ramo ceduto è composto da “attrezzature per l'edilizia come da elenco allegato A” ma che detto elenco conterrebbe unicamente l'elencazione di materiale per l'edilizia e non anche arredi, computer o automezzi (questi ultimi risultanti dalle consultazioni del PRA come intestati alla Società);

- all'art. 5, che non viene ceduto alcun debito o credito;
- all'art. 8, che si omettono le consultazioni sindacali perché la cessione non interessa alcun contratto di lavoro dipendente;
- all'art. 9, che il prezzo della cessione in € 90.000,00 di cui solo € 7.500,00 per beni ceduti.

Rosbel evidenzia, inoltre, che oggetto della cessione sarebbe il ramo d'azienda relativo alle costruzioni e comprendente anche l'attività di progettazione e realizzazione di impianti con riserva della "titolarità del ramo d'azienda che avrà ad oggetto la sola compravendita immobiliare", ma che dalla visura camerale non risulterebbe che quest'ultima attività sia mai stata svolta dalla Tecnoimpianti.

Con il terzo motivo Rosbel chiede di accertare incidentalmente l'inidoneità dell'atto di cessione a costituire valido presupposto per l'applicazione dell'art. 51 del D.Lgs. n. 163/2006, rilevando il mancato trasferimento "in toto" del complesso organizzativo preposto all'attività in questione, comprensivo delle risorse personali.

Con un quarto e ultimo motivo, è stato dedotto il difetto di motivazione in relazione alla ritenuta sufficienza, ai fini dell'accertamento dell'effettività della cessione, della sola verifica formale del possesso dei requisiti del subentrante.

Le susposte censure sono definibili dal Collegio unitariamente in quanto tutte tendenti a contestare la legittimità dell'operato della Stazione appaltante in relazione al subentro della controinteressata nella posizione dell'Impresa aggiudicataria oggi in liquidazione.

Il ricorso è fondato.

A norma dell'art. 2555 c.c., "l'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa".

La definizione normativa rende palese che il concetto di azienda consta di un elemento materiale rappresentato da singoli beni, ciascuno dotato di una propria individualità e di un elemento teleologico che conferisce un carattere unitario all'insieme degli stessi in virtù della destinazione loro impressa dall'imprenditore.

Ne deriva un carattere di strumentalità dei singoli cespiti che dà vita ad una entità materiale composta, ma autonoma, non riducibile alla mera somma dei singoli beni che la compongono.

Caratteri di unitarietà e strumentalità che connotano, altresì, il concetto di ramo di azienda quale elemento dotato, all'interno del complesso aziendale, di propria autonomia in quanto destinato all'esercizio di una diversa attività nel quadro di quelle svolte dall'impresa.

Nel caso di specie, la resistente, stante l'evidenza dell'eseguita delle risorse materiali oggetto della cessione negoziata, invoca a propria difesa la particolare situazione in cui versava l'originaria aggiudicataria che, in quanto in fase di liquidazione, avrebbe altrimenti ceduto singole componenti del patrimonio aziendale.

La conseguente modificazione della consistenza aziendale (per distacco nella specie del ramo ceduto) tollera, tuttavia, pacificamente la persistenza in vita della parte trasferita a condizione, però, che non



resti compromessa la sua idoneità all'esercizio dell'attività cui era in precedenza deputata.

E' in altri termini necessario che, in sede di trasferimento di ramo d'azienda, la consistenza dei relativi cespiti sia tale da accreditare nella mutata veste aziendale l'esercizio della precedente attività di impresa in vista della quale i beni erano e restano organizzati.

Per la verifica se una siffatto trasferimento sia nella specie intervenuto deve preliminarmente aversi riguardo alla consistenza dei beni ceduti: la richiamata elencazione di essi manifesta, peraltro, la loro obiettiva insufficienza ad integrare la fattispecie del trasferimento di un di ramo d'azienda nei termini sopra precisati.

Come, infatti, è stato sottolineato sin dal primo sommario esame in sede monocratica, si tratta di beni mobili strumentali di scarso rilievo e in ogni caso finalizzati all'esercizio dell'attività edilizia, non integrati in ogni caso in alcuna struttura organizzativa.

Che quanto ceduto potesse non corrispondere al complesso di beni che in capo a Tecnoimpianti rappresentava la componente materiale preposta alle attività di progettazione e realizzazione impianti non è escluso nemmeno dall'Amministrazione nelle proprie difese (pag. 10 della memoria depositata il 22 novembre 2010), ove pone in luce che si tratta di dati "derivanti da accertamenti storicamente fermi a circa un anno fa" e che "Tecnoimpianti Clima è stata sottoposta ad un procedimento liquidatorio che potrebbe averne radicalmente modificato la struttura".

Sul punto la giurisprudenza si è espressa in termini chiari, precisando che, poiché l'azienda è un complesso di beni e di servizi (capitale, fisso e circolante, e lavoro) unificati dalla destinazione produttiva, in funzione della quale sono organizzati e coordinati dall'imprenditore (ed il principio trova piena applicazione anche al concetto di ramo di azienda) essa cessa di esistere quando i vari elementi siano stati dispersi, assumendo i singoli beni destinazioni diverse. (Cass. civ. , Sez. III, 09 giugno 1981 , n. 3723)

Coerentemente con la richiamata giurisprudenza si è espressa anche l'Autorità di Vigilanza, precisando che “affinché si abbia trasferimento di un ramo di azienda, è dunque necessario individuare preliminarmente quale attività - autonoma dalle altre che l'imprenditore eserciti - si intende trasferire e poi quale parte del complesso dei beni organizzati, cioè quale sotto-organizzazione, funzionale a quella attività, verrà trasferita, in modo che l'attività già esercitata dall'imprenditore che trasferisce il ramo di azienda possa continuare ad essere esercitata dal soggetto al quale il ramo di azienda viene trasferito”. ( Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, determinazione n. 11/2002).

Ne consegue che, in disparte ogni considerazione circa l'effettiva qualificazione del negozio stipulato fra Tecnoimpianti e C.R.Edil, la Stazione appaltante si è sottratta al preciso obbligo di accertare se fosse effettivamente stato ceduto un ramo d'azienda al fine d'impedire che, con detta operazione, si potesse realizzare una

elusione della vigente disciplina in tema di subentro nei contratti pubblici.

Da quanto suesposto non può conseguire, tuttavia, l'accoglimento della domanda tesa ad ottenere, quale naturale conseguenza della pronunzia, l'aggiudicazione della gara e la stipula del contratto in quanto, per effetto dell'annullamento in questa sede pronunciato, la gara dovrà essere reiterata per verificare se ne sussistano alla stregua delle regole stabilite dal bando tutti i relativi presupposti.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in € 5.000,00 oltre al 12,5% a titolo di spese forfetariamente calcolate, ad I.V.A. e C.P.A. ed al rimborso del contributo unificato.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Spese a carico come da motivazione.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Laura Marzano, Referendario

Marco Poppi, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/03/2011

IL SEGRETARIO

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