



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 Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1168 del 2006, proposto da: Società Gemeaz Cusin Ristorazione Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Bellocchio, Cristiana Carpani, Giustino Ciampoli, con domicilio eletto presso Cristiana Carpani in Bologna, p.zza Aldrovandi 3;

contro

Comune di Cattolica, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Berti, con domicilio eletto presso Domenico Lavermicocca in Bologna, via Calzolerie 1;

nei confronti di

Gemos Soc. Coop. A.R.L., rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Corinaldesi, Alberto Mischì, con domicilio eletto presso Andrea Corinaldesi in Bologna, via Cesare Battisti 2;

per l'annullamento

della determina dirigenziale n. 525 in data 7/9/2006 con cui il comune di Cattolica ha aggiudicato alla società cooperativa GEMOS, la procedura aperta indetta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica, nel triennio dal 1 settembre 2006 al 31 agosto 2009;

degli atti del procedimento tra i quali le operazioni di ammissione dei concorrenti e di valutazione delle offerte di cui ai verbali di gara numeri 1e 2, nonché le operazioni relative al subprocedimento di verifica della congruità delle offerte anomale, di cui ai verbali di gara numeri 3 e 4;

del provvedimento protocollo n.15.078 in data 10/10/2006 del dirigente del settore servizi finanziari-contratti del comune di Cattolica con cui è stata respinta l'istanza con la quale la società seconda classificata aveva richiesto l'annullamento dell'aggiudicazione in via di autotutela.

E per l'accertamento del danno ingiusto subito dalla ricorrente in dipendenza dei provvedimenti impugnati e per la condanna dell'amministrazione resistente al relativo risarcimento;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Cattolica;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Gemos Soc. Coop. A.R.L.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19/02/2009 il dott. Bruno Lelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Col ricorso in epigrafe vengono impugnati i seguenti provvedimenti:

la determina dirigenziale 525 in data 7/9/2006 con cui il comune di Cattolica ha aggiudicato alla società cooperativa GEMOS, la procedura aperta indetta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica, nel triennio dal 1 settembre 2006 al 31 agosto 2009;

gli atti del procedimento tra i quali le operazioni di ammissione dei concorrenti e di valutazione delle offerte di cui ai verbali di gara numeri 1 e 2, nonché le operazioni relative al subprocedimento di verifica della congruità delle offerte anomale, di cui ai verbali di gara numeri 3 e 4;

del provvedimento protocollo n.15.078 in data 10/10/2006 del dirigente del settore servizi finanziari-contratti del comune di Cattolica con cui è stata respinta

l'istanza con la quale la società seconda classificata aveva richiesto l'annullamento dell'aggiudicazione in via di autotutela.

Col ricorso si chiede altresì l'accertamento del danno ingiusto subito dalla ricorrente in dipendenza dei provvedimenti impugnati e, per conseguenza, la condanna dell'amministrazione resistente al relativo risarcimento.

Si sono costituiti in giudizio il comune di Cattolica e la contro interessata GEMOS deducendo, con varie argomentazioni, l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

DIRITTO

Innanzitutto deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso formulata dal comune di Cattolica.

Il comune osserva che la società che ha partecipato alla gara "Gemeaz Cusin Ristorazione S.r.l." e che ha poi richiesto anche l'annullamento in autotutela della stessa, è diversa da quella che ha proposto il ricorso; quest'ultima, pur avendo analoga denominazione, ha sede legale e Milano, via Famagosta n. 75, mentre la società che aveva partecipato alla gara ha sede legale in Milano, via Pirelli Giovanni Battista n. 18.

Il comune sostiene che la nuova società, non avendo partecipato alla gara, non può comunque risultare aggiudicataria con conseguente inammissibilità del ricorso.

Sostiene inoltre che, trattandosi non di incorporazione o fusione (ipotesi nelle quali si verifica una successione a titolo universale), bensì di trasferimento di ramo d'azienda con conseguente sopravvivenza del soggetto cedente, poteva solo quest'ultimo impugnare l'esito della gara, essendo irrilevante la previsione contrattuale che trasferisce la legittimazione ad agire, che resta regolata dalla disciplina processualistica, (articolo 81 c.p.c.).

La ricorrente fonda la propria legittimazione sulla circostanza di essere succeduta nella posizione giuridica dell'offerente a seguito di conferimento dell'intero ramo di azienda deputato l'espletamento dei servizi di ristorazione collettiva, avvenuto con atto in data 29/9/2006, deducendo che lo stesso contempla il trasferimento in capo alla cessionaria di "ogni rapporto giuridico, interesse legittimo o aspettativa attinente o riferibile all'autonomo ramo d'azienda conferito" e prevede il subentro della stessa in tutti i diritti, gli interessi, le aspettative e le pretese di fatto e di diritto derivanti/o conseguenti dalla presentazione di offerte e domande per la partecipazione, quale concorrente in veste individuale o collettiva, a gare pubbliche o private, anche se già aggiudicate e/o concluse a favore di terzi, con diritto di agire anche giudizialmente.

In particolare la ricorrente, nella memoria conclusiva, richiama l'art. 51 del D.L.vo. n. 163/2006 (codice degli appalti) che disciplina le vicende soggettive del concorrente, dell'offerente e dell'aggiudicatario consentendo, anche in caso di cessione del ramo d'azienda, l'ammissione alla gara ed alla stipulazione del contratto.

Osserva il collegio che in materia di appalti pubblici vige il principio dell'invariabilità soggettiva del concorrente, in quanto il bando di gara prevede la verifica dei requisiti dei partecipanti, con conseguente impossibilità di variazioni soggettive nelle varie fasi della gara, fatta salva la previsione (eccezionale) di cui al sopracitato art. 51 che, peraltro, fa salvo l'accertamento dei requisiti di ammissione e partecipazione in capo al cessionario.

Conseguentemente la giurisprudenza sul punto ritiene che, in caso di cessione del ramo d'azienda, l'ammissione del subentrante è subordinata a due condizioni: che gli atti di cessione siano comunicati alla stazione appaltante e che questa abbia verificato l'idoneità soggettiva ed oggettiva del subentrante (C. ST.VI, n. 1873/2006; V, 2794/2008).

Nel caso di specie manca la comunicazione, da parte della società cedente, della nuova situazione alla stazione appaltante, sicchè il procedimento necessario per rendere efficace la variazione soggettiva del concorrente nei confronti della stazione appaltante, disciplinato dall'art. 51 del codice dei contratti, pubblici non si è potuto perfezionare.

Pertanto la ricorrente risulta estranea alla gara di cui si tratta e, quindi, priva dell'interesse ad agire non potendo aspirare all'aggiudicazione.

Ne consegue l'inammissibilità del ricorso.

Per completezza si deve aggiungere che, in ogni caso, le previsioni contenute nel contratto di cessione del ramo d'azienda, che non comporta una successione a titolo universale, non sono idonee a trasferire la legittimazione processuale che ha quale presupposto la sussistenza in capo al soggetto dell'interesse ad agire, non sussistente nel caso di specie in quanto, come si è detto, la fattispecie che consente la variazione soggettiva nell'ambito delle gare pubbliche non si è realizzata.

Per quanto sopra il ricorso in epigrafe deve essere dichiarato inammissibile; conseguentemente deve essere respinta la richiesta di risarcimento del danno.

Valutata la vicenda nel suo complesso e tenuto conto delle problematiche interpretative, sussistono giusti motivi per compensare fra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna - Bologna, Sezione II dichiara inammissibile il ricorso in epigrafe con rigetto dell'istanza di risarcimento del danno.

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

Spese compensate.

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 19/02/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Bruno Lelli, Consigliere, Estensore

Ugo Di Benedetto, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/03/2009

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

IL SEGRETARIO