

APPALTI: Contratti della P.A. - Pubblica amministrazione - Affitto di azienda - Conseguenza.

Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2022, n. 7431

- in *Il Foro amm.*, 11, 2021, pag. 1724.

“[...] E’ noto, inoltre, che nel sistema del codice dei contratti del 2006, l’affitto di azienda rientrava esplicitamente nel campo di applicazione dell’art. 51 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (rubricato: «Vicende soggettive del candidato, dell’offerente e dell’aggiudicatario», secondo cui: «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»). Norma che la giurisprudenza ha costantemente interpretato come riferita sia alle imprese singole che ai raggruppamenti temporanei di concorrenti [...]. E’ noto, nondimeno, che nel Codice dei contratti pubblici di cui al d.gs. n. 50 del 2016, non è stata riproposta una norma del medesimo tenore dell’art. 51 del codice del 2006. Scelta che, tuttavia, non ha il significato di precludere qualsiasi modificazione soggettiva dei partecipanti alla gara, posto che (l’apparente) vuoto normativo è sopperito dall’operare dei richiamati principi (costituzionalmente tutelati: arg. art. 41 Cost.) di libertà contrattuale e di libera iniziativa economica privata (ferma restando la necessaria verifica del possesso dei requisiti generali e speciali del soggetto risultante). Dall’affitto dell’azienda, pertanto, così come dalla cessione, deriva in capo all’affittuario sia la possibilità di utilizzare i requisiti di natura tecnica collegati all’azienda, sia l’acquisizione della proposta progettuale positivamente valutata dall’amministrazione aggiudicatrice e la connessa situazione giuridica soggettiva di promotore finanziario, che rappresentano altrettanti beni di natura patrimoniale, da ritenersi compresi nell’affitto in quanto strettamente connessi all’attività propria del ramo aziendale acquisito [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Eited S.r.l. e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 ottobre 2021 il Cons. Giorgio Manca e uditi per le parti gli avvocati Balboni, Sabbioni, Vagnucci, Cesaro su delega di Bruno;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La società -OMISSIS- presentava alla Comunità Montana Triangolo Lariano una proposta di *project financing* per la riqualificazione degli impianti di illuminazione e la diffusione di servizi tecnologici integrati nel territorio dei Comuni facenti parte della Comunità Montana, la cui fattibilità veniva valutata positivamente con la delibera di Giunta n. 102 del 24 luglio 2018, ai sensi dell'art. 183, comma 15, del Codice dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. n. 50 del 2016).

Con nota del 2 ottobre 2019, la società Eteled S.r.l. comunicava di aver acquisito, in data 11 luglio 2019, l'affitto dell'azienda della -OMISSIS-S.r.l. e riferiva del deposito, presso il Tribunale di Treviso, dell'istanza del 15 luglio 2019 per l'ammissione della -OMISSIS-alla procedura di concordato preventivo ai sensi dell'art. 161, comma 6, e 186-*bis* del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (concordato preventivo in continuità con riserva).

A seguito di tali comunicazioni, la Comunità Montana ha avviato il procedimento di revoca della deliberazione concernente la valutazione di interesse pubblico della proposta di *project financing* presentata dalla -OMISSIS-S.r.l., che è stato concluso con la delibera di Giunta n. 167 del 17 ottobre 2019 che ha revocato la deliberazione della Giunta n. 104 del 24 luglio 2018. Con successiva deliberazione della Giunta n. 175 del 24 ottobre 2019, la Comunità Montana ha affidato l'incarico di redigere un progetto d'iniziativa pubblica, oggetto della successiva procedura di gara. Con deliberazione n. 206 del 17.12.2019, la Giunta della Comunità Montana ha approvato il progetto di fattibilità tecnica ed economica di iniziativa pubblica, ponendolo a base della gara indetta con la determinazione dirigenziale del 3 agosto 2020 (con bando pubblicato il 7 agosto 2020).

2. - Sia la predetta deliberazione di revoca della positiva valutazione di fattibilità della proposta presentata dalla -OMISSIS-S.r.l., sia la richiamata deliberazione di approvazione del nuovo promotore finanziario privato e gli atti di indizione della gara avente per oggetto il nuovo progetto, sono stati impugnati da Eteled e da -OMISSIS-con ricorso (integrato da successivi motivi aggiunti) innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, il quale - con sentenza -OMISSIS- - lo ha accolto e ha annullato gli atti impugnati, nella considerazione che, con l'affitto dell'azienda, il promotore -OMISSIS-S.r.l. ha ceduto alla Eteled S.r.l. anche l'utilizzo della proposta di *project financing*, che costituisce un bene giuridico a contenuto patrimoniale trasmissibile; e ha ceduto quindi anche la sua posizione di promotore finanziario. Sarebbero, infatti, ammissibili le modifiche

soggettive nella composizione del promotore, ove rimangano invariati i requisiti richiesti, e sarebbe sempre consentita la trasmissibilità della qualifica di promotore.

3. - Avverso la sentenza ha proposto appello la soccombente Comunità Montana Triangolo Lariano, chiedendone la riforma sulla scorta di plurime censure che saranno esaminate in prosieguo.

4. - Resistono in giudizio Eited S.r.l. e il -OMISSIS-, chiedendo che l'appello sia respinto.

5. - Con atto di intervento *ad adiuvandum*, si è costituita in giudizio la società Citelum S.A., partecipante alla procedura aperta indetta dalla Comunità Montana Triangolo Lariano dopo l'approvazione della nuova proposta per l'affidamento in concessione, tramite finanza di progetto, del servizio di manutenzione e riqualificazione degli impianti di pubblica illuminazione. La società eccepisce, in rito, l'inammissibilità del ricorso di primo grado per la carenza di interesse all'annullamento degli atti impugnati, in quanto, a seguito del fallimento della -OMISSIS-, né la Eited S.r.l., né la fallita -OMISSIS-, avrebbero potuto partecipare alla - eventuale - fase di gara per l'affidamento del servizio sulla base del progetto dichiarato di pubblico interesse, dal momento che non è mai stata concessa dal Tribunale fallimentare l'autorizzazione, ai sensi dell'art. 104 della legge fallimentare, all'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito, presupposto per la prosecuzione dei contratti in corso da parte dell'impresa fallita (art. 104, comma 7, primo periodo, L.F), ossia, nel caso in esame, del contratto di affitto di azienda stipulato fra la Gianni Botter Impianti S.r.l. e la Eited S.r.l.

Nel merito, conclude per l'accoglimento dell'appello.

6. - Con ordinanza cautelare di questa Sezione, 31 marzo 2021, n. 1742, è stata sospesa l'efficacia della sentenza appellata per il «*dominante del periculum in mora, rappresentato dall'esigenza di concludere la procedura di gara e evitare il rischio di perdita dei finanziamenti*».

7. - All'udienza pubblica del 14 ottobre 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. - In via preliminare, occorre esaminare l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di interesse, proposta dall'interveniente *ad adiuvandum* (ma rilevabile anche d'ufficio).

8.1. - L'eccezione va respinta.

8.2. - Come accennato, il contratto di affitto d'azienda tra -OMISSIS-e Eited (che, come emergerà in sede di esame dei motivi di gravame, è titolo giuridico sufficiente per l'acquisto della posizione di promotore finanziario da parte di Eited) è stato stipulato l'11 luglio 2019, in data antecedente sia alla presentazione della domanda di concordato preventivo (avvenuta il 15 luglio 2019), sia alla dichiarazione di fallimento della -OMISSIS-(intervenuta con sentenza del Tribunale di Treviso, 17 febbraio 2020, n. 22).

8.3. - Peraltro, nella prospettazione dell'interveniente, il punto di riferimento è rappresentato dalla successiva gara per l'individuazione del concessionario, alla quale – si sostiene - nemmeno Eited potrebbe partecipare per il venir meno del contratto di affitto dell'azienda a seguito del fallimento della -OMISSIS-.

8.4. - L'argomento non coglie nel segno, ove si consideri che alla fattispecie si applica l'art. 79 della legge fallimentare (R.D. n. 267 del 1942), il quale esclude che il fallimento sia causa di scioglimento del contratto di affitto di azienda. Non si applica, invece, l'art. 104 della medesima legge fallimentare, che richiede l'autorizzazione del giudice per l'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito, posto che la prosecuzione del contratto di affitto d'azienda non integra, per il concedente o locatore, alcuna attività imprenditoriale. In altri termini, il mero affitto del ramo d'azienda, di per sé solo, non comporta lo svolgimento di attività d'impresa, per cui, per la prosecuzione dell'affitto di azienda, non è necessaria l'autorizzazione all'esercizio provvisorio ai sensi dell'art. 104 della legge fallimentare (si veda Cass. civ., 1 settembre 2015, n. 17397, che esclude possa essere dichiarata fallita una società che, dismessa l'attività imprenditoriale, abbia dato in affitto l'azienda; e ciò sul presupposto che l'affitto dell'azienda non implica necessariamente la prosecuzione dell'impresa, che invece va positivamente accertata).

9. - Passando al merito del gravame, con il primo motivo (incentrato sulla violazione dell'art. 183, commi 15 e 19, del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016) la Comunità Montana censura la sentenza per avere ritenuto trasferibile, mediante il contratto di affitto dell'azienda, anche la qualifica di promotore prima che la proposta progettuale venisse messa a gara. Sostiene l'appellante che la qualifica di promotore è acquisita dal proponente solo dopo l'indizione della gara sul progetto approvato (art. 183, comma 15, del Codice dei contratti pubblici), mentre prima di tale evento il proponente sarebbe titolare di una mera aspettativa di fatto. Ne deriverebbe come conseguenza che la Comunità Montana non poteva ritenersi vincolata a porre la proposta progettuale di -OMISSIS- a base della gara per l'individuazione del concessionario, giacché né il proponente il *project financing* né i suoi aventi causa possono dirsi titolari di un diritto alla indizione della procedura di gara sulla base della propria proposta progettuale. Il primo giudice, quindi, avrebbe errato anche nel ritenere trasmissibile una mera aspettativa di fatto.

10. - Con il secondo motivo, l'appellante deduce l'ingiustizia della sentenza per non aver rilevato, in violazione dell'art. 183, commi 17 e 15 del Codice dei contratti pubblici, che la società Eited non possedeva, al momento del provvedimento di revoca della valutazione positiva della fattibilità del progetto di Gianni Botter Impianti, i requisiti del concessionario, stante la limitata durata del contratto di affitto d'azienda in favore di Eited (trentasei mesi), a fronte di una concessione di durata pari a 25

anni. Etilled, pertanto, comunque non avrebbe dimostrato la permanenza dei requisiti soggettivi, tecnici ed economico finanziari per tutta la durata della concessione.

11. - Con il terzo motivo, la Comunità Montana censura la sentenza per avere ritenuto che la positiva valutazione della fattibilità dell'intervento proposto implichi l'obbligo per l'amministrazione di indizione della gara, mentre – ad avviso dell'appellante – l'amministrazione aggiudicatrice può discrezionalmente determinarsi in senso diverso, decidendo di porre a base di gara un progetto diverso, come consentito dall'art. 183, comma 15 del Codice dei contratti pubblici. Nel caso di specie, l'esercizio di tale discrezionalità era giustificato, inoltre, dalla necessità di superare l'incertezza circa la sussistenza dei requisiti dell'affittuario, col rischio concreto di perdere il finanziamento regionale.

12. - Data la stretta connessione, i tre motivi di gravame possono essere esaminati congiuntamente.

13. - In ordine logico, è preliminare rilevare l'infondatezza delle censure dedotte con il secondo motivo (nonché del terzo motivo, nella parte in cui l'appellante riprende l'argomento sotto il profilo dell'asserita incertezza circa la durata del contratto di affitto e il possesso dei requisiti), considerato che la durata del contratto di affitto (tre anni, conformemente a quanto previsto anche dall'art. 76, comma 9, del D.P.R. n. 207 del 2010, secondo cui ai fini della qualificazione e in caso di affitto di azienda «*l'affittuario può avvalersi dei requisiti posseduti dall'impresa locatrice se il contratto di affitto abbia durata non inferiore a tre anni*») consentiva di prevedere il mantenimento dei requisiti ai fini della partecipazione alla procedura di gara per l'individuazione del concessionario, non essendo necessario che l'impresa partecipante sia tenuta a dimostrare con certezza, fin dal momento della presentazione della domanda o dell'offerta, di poter mantenere i requisiti per l'intera durata della concessione o dell'appalto.

14. - Quanto alle ulteriori critiche rivolte alla sentenza, l'appellante muove dalla premessa che all'amministrazione aggiudicatrice è riconosciuta, dalla disciplina in tema di *project financing*, un'ampia discrezionalità in ordine alla decisione di indire la gara ponendo a base della stessa il progetto del promotore dichiarato di pubblico interesse. Ma il riconoscimento della discrezionalità, pur indubbio, non comporta la qualificazione della situazione giuridica del promotore finanziario (il cui progetto sia stato dichiarato di pubblico interesse) nei termini di una mera aspettativa di fatto; né implica il venir meno del dovere di motivazione secondo i dettami di cui all'art. 3 della legge n. 241 del 1990.

14.1. - Sotto il primo profilo, come ha chiarito l'Adunanza plenaria (n. 1 del 2012), con osservazioni che hanno avuto come riferimento principale la disciplina normativa della procedura di *project financing* dettata dall'art. 37-*bis* della legge n. 109 del 1994 ma che trovano conferma anche nello schema normativo delineato dal Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, deve

ribadirsi che la fase della procedura che si conclude con la scelta della proposta progettuale conferisce al promotore finanziario una indubbia situazione giuridica soggettiva di vantaggio, com'è fatto palese dalla disciplina di cui all'art. 183, comma 15, del citato d.lgs. n. 50 del 2016, il quale prevede che «[i]l progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente», al quale è attribuito il diritto di prelazione che egli, ove non risulti aggiudicatario della gara, può esercitare («entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione»), conseguendo l'aggiudicazione «se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario». E, in ogni caso, ossia anche se non risulti aggiudicatario e non eserciti il diritto di prelazione, il promotore «ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta», nei limiti del 2,5 per cento del valore dell'investimento.

14.2. - Gli effetti giuridici favorevoli che si determinano nella sfera giuridica del promotore in seguito all'adozione della dichiarazione di pubblico interesse della proposta progettuale impongono, all'amministrazione aggiudicatrice che intenda riesaminare la scelta, di motivare l'esercizio del potere di autotutela secondo i principi generali e le norme specifiche che lo regolano. In particolare, detto esercizio implica che il provvedimento (di revoca, nel caso di specie) sia sostenuto da una motivazione adeguata, pertinente e legittima.

14.3. - Nella fattispecie, la motivazione della revoca della dichiarazione di pubblico interesse del progetto della -OMISSIS-si è basata essenzialmente sui seguenti elementi:

a) il deposito della domanda di concordato ai sensi dell'art. 161, comma 6, e dell'art. 186-bis della L.F., avrebbe comportato la perdita delle condizioni soggettive della -OMISSIS-S.r.l. per continuare ad essere qualificata come promotore del *project financing*, ai sensi dell'art. 80, comma 5, del Codice dei Contratti pubblici;

b) la Eited S.r.l., nella sua qualità di affittuaria dell'azienda di -OMISSIS-, non potrebbe considerarsi subentrata nella posizione di promotore in quanto, sebbene siano ammissibili modificazioni soggettive a seguito di operazioni societarie, in fase di gara e prima della stipula del contratto, l'art. 183, comma 19, del Codice dei contratti pubblici, si limita ad ammettere dette modificazioni esclusivamente nell'ambito della composizione dei proponenti, precludendolo negli altri casi;

c) la qualifica di promotore conseguente all'approvazione di una proposta di *project financing* di cui all'art. 183, comma 15, del Codice dei contratti, non costituisce un contratto già concluso con una pubblica amministrazione e pertanto non sussiste il presupposto della continuazione di cui all'art. 186-bis, comma terzo, della L.F. né nei confronti della -OMISSIS-, né nei confronti di Eited.

14.4. - Come ben rilevato dal primo giudice, nessuna delle ragioni poste a fondamento della revoca resiste alle censure formulate con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti proposti in primo grado.

14.4.1. - Con riferimento al punto di cui alla lett. *a*), è sufficiente rilevare che a seguito del contratto di affitto dell'azienda, stipulato prima della presentazione della domanda di concordato, la verifica dei requisiti generali di cui all'art. 80 cit. (così come di quelli speciali, concernenti la capacità tecnica e finanziaria del promotore) doveva essere condotta non più nei confronti della -OMISSIS- ma esclusivamente della Eited, subentrata nella titolarità del progetto e nella connessa posizione soggettiva di promotore finanziario.

14.4.2. - Né si può giungere a una diversa soluzione sulla base del richiamo al comma 19 dell'art. 183 cit., il quale non va inteso nei termini di una norma generalmente preclusiva delle modificazioni soggettive del promotore finanziario (ammettendole, in tesi, solo nelle ipotesi di composizione plurisoggettiva del promotore) ma, piuttosto, come l'applicazione alla procedura di *project financing* della regola secondo la quale sono ammissibili modificazioni nella composizione dei raggruppamenti temporanei di imprese, purché - all'esito di dette modifiche - l'amministrazione aggiudicatrice verifichi, nei confronti dei restanti componenti, il possesso dei requisiti richiesti dalla legge per assumere il ruolo di promotore finanziario. Regola che presuppone la vigenza del più generale principio secondo cui sono ammissibili, anche nella fase di gara, le modifiche soggettive dei partecipanti alle gare conseguenti a esigenze organizzative, nel pieno riconoscimento della libertà contrattuale e della libera iniziativa economica delle imprese, che si traduce nella possibilità di procedere alle riorganizzazioni aziendali repute opportune senza che possa essere loro di pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali abbiano partecipato (Cons. Stato, V, 6 marzo 2013, n. 1370; V, 3 agosto 2015, n. 3819).

14.5. - E' noto, inoltre, che nel sistema del codice dei contratti del 2006, l'affitto di azienda rientrava esplicitamente nel campo di applicazione dell'art. 51 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (rubricato: «*Vicende soggettive del candidato, dell'offerente e dell'aggiudicatario*», secondo cui: «*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»). Norma che la giurisprudenza ha costantemente interpretato come riferita sia alle imprese singole che ai raggruppamenti temporanei di concorrenti (cfr. Cons. Stato, V, n. 3819/2015 cit.). E' noto, nondimeno, che nel Codice dei contratti pubblici di cui al d.gs. n. 50 del 2016, non è stata riproposta una norma del medesimo tenore dell'art. 51 del codice del 2006. Scelta che, tuttavia, non ha il significato di precludere qualsiasi modificazione soggettiva dei partecipanti alla gara, posto che (l'apparente) vuoto normativo è sopperito dall'operare dei richiamati principi (costituzionalmente tutelati: arg. art. 41 Cost.) di libertà contrattuale e di libera iniziativa economica privata (ferma restando la necessaria verifica del possesso dei requisiti generali e speciali del soggetto risultante).

14.6. - Dall'affitto dell'azienda, pertanto, così come dalla cessione, deriva in capo all'affittuario sia la possibilità di utilizzare i requisiti di natura tecnica collegati all'azienda, sia l'acquisizione della proposta progettuale positivamente valutata dall'amministrazione aggiudicatrice e la connessa situazione giuridica soggettiva di promotore finanziario, che rappresentano altrettanti beni di natura patrimoniale, da ritenersi compresi nell'affitto in quanto strettamente connessi all'attività propria del ramo aziendale acquisito.

14.7. - Infine, è errato anche il richiamo all'art.186-*bis*, comma terzo, L.F., sia perché la norma espressamente prevede che i contratti pendenti «*non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura*»; sia perché, se il riferimento è costituito dagli effetti del fallimento della -OMISSIS-sul contratto di affitto di azienda, non si può che rinviare alle osservazioni svolte ai punti 8 ss. della presente sentenza.

15. - In conclusione, l'appello va integralmente respinto, con la conseguente conferma della sentenza impugnata.

16. – Le spese giudiziali del presente grado vanno compensate tra le parti, in ragione della complessità e della parziale novità delle questioni esaminate e decise.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata.

Compensa tra le parti le spese giudiziali del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giorgio Manca

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO