



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 480

DEL 10 GIUGNO 2020

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata da Social Coop. Cooperativa Sociale a r.l. – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica anni 2019/2020 – 2020/2021 – 2021/2022 nel Comune di Arienzo (CE) - Importo a base di gara: € 717.696,00 – S.A.: Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata – Sede di Napoli – SUA di Caserta.

PREC 54/2020/S

Motivi di esclusione – Dichiarazione non veritiera in fase di gara – Omessa dichiarazione del fallimento dell'impresa il ramo di azienda – Non configurabilità.

La causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-*bis*) del Codice, per avere presentato dichiarazioni non veritiere in fase di gara, presuppone la sussistenza di un "obbligo dichiarativo" a carico del concorrente, nonché la rilevanza della circostanza (di cui è stata omessa la dichiarazione) ai fini della partecipazione alla gara. In caso di cessione di azienda o di un suo ramo intervenuta prima della pubblicazione del bando di gara, il cessionario-concorrente non è tenuto ad attestare il sopravvenuto stato di fallimento della cedente, per cui non è legittima la sua esclusione dalla gara per falsa dichiarazione.

Art. 80, comma 5, lett. b) ed f-*bis*) del D.Lgs. n. 50/2016

Avvalimento – Contratto di avvalimento – Nullità per difetto di causa in concreto – Va esclusa in presenza del carattere oneroso del contratto – Irrilevanza dell'omessa quantificazione del compenso, in presenza di un interesse di natura commerciale.

L'onerosità del contratto di avvalimento è indice dell'effettiva concessione delle risorse da parte dell'ausiliaria a favore della concorrente, e, per questo, idonea (unitamente alla determinatezza del contenuto contrattuale) a fugare i dubbi sul carattere meramente formale della disponibilità delle risorse che spesso circondano il ricorso all'avvalimento per l'acquisizione dei requisiti di partecipazione mancanti da parte di un concorrente. La sussistenza della causa in concreto del contratto di avvalimento non è esclusa dalla mancata quantificazione del prezzo da riconoscersi in favore dell'impresa ausiliaria, qualora il contratto preveda un compenso (anche richiamando il meccanismo di compensazione volontaria dei crediti) ed individui, inoltre, l'interesse di natura commerciale perseguito dalle parti.

Art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016

Operatore economico - Cooperative sociali di tipo A – Nozione - Rientrano tra i soggetti ammessi a partecipare ad una procedura di affidamento di un servizio sociale.

In una procedura di affidamento di un servizio sociale (ristorazione scolastica) è ammissibile la partecipazione, anche in veste di impresa ausiliaria, di una cooperativa sociale di tipo A, in quanto soggetto rientrante nella nozione di operatore economico di matrice europea.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Art. 45 del D.Lgs. n. 50/2016. Art. 1 della L. n. 381/1991.

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 20351 del 10 marzo 2020, la Social Coop. Cooperativa Sociale a r.l. ha contestato l'esclusione dalla procedura di gara in epigrafe disposta dalla SUA di Caserta sulla base di quattro autonome motivazioni.

A fondamento dell'istanza di precontenzioso, la cooperativa istante ha formulato cinque doglianze:

- 1) illegittimità dell'esclusione per presentazione di un documento di identità *“non conforme”* da parte del Vicepresidente dell'impresa ausiliaria, in quanto questo era presente, ma fotocopiato solo nella parte a fronte, in cui era riportata la data di rilascio ed era ricavabile anche quella di scadenza;
- 2) insussistenza dei presupposti per qualificare come dichiarazione non veritiera (ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis) l'omessa dichiarazione, sia da parte della concorrente che dell'impresa ausiliaria, della sentenza di fallimento dell'impresa cedente il ramo di azienda (comune ad entrambe le società). Secondo l'istante, essendo intervenuto l'atto di cessione del ramo di azienda (il 19.03.2018) oltre un anno prima rispetto alla data di pubblicazione del bando (il 6.11.2019) non vi era l'obbligo di dichiarare l'assenza di motivi di esclusione a carico dell'impresa cedente (ivi compresa l'assenza di procedure concorsuali); inoltre, in assenza di revocatoria fallimentare, gli atti di cessione stipulati dalla cedente prima della sentenza dichiarativa del fallimento devono ritenersi validi ed efficaci, anche in considerazione del fatto che ero stato *medio tempore* rigettato il ricorso di sequestro cautelare proposto dal curatore fallimentare della cedente nei confronti dell'impresa ausiliaria;
- 3) validità ed efficacia del contratto di avvalimento prodotto in sede di gara. La SA – secondo l'istante – avrebbe erroneamente considerato nullo il contratto per carenza di causa, travisando il meccanismo di compensazione richiamato in una clausola contrattuale, nella quale viene, peraltro, precisato che *“il presente contratto, comunque, non è a titolo gratuito”*. L'istante afferma che *“poiché tra le due aziende vi era (e vi è a tutt'oggi) una comunione di intesa e di interessi, tale da configurare, sotto molteplici aspetti, una univocità di centro di interessi, si è giunti all'accordo di compensare gli avvalimenti effettuati reciprocamente, atteso che il valore degli appalti partecipati va comunque a pareggiarsi, nei confronti di una come dell'altra”* e, a tal fine, elenca i contratti di avvalimento in essere tra le parti e i relativi importi da porre in compensazione. Viene, inoltre, sostenuto che la SA avrebbe potuto fare ricorso al soccorso istruttorio, per chiedere quale cifra venisse portata a compensazione con il contratto;
- 4) illegittimità dell'esclusione per inammissibilità della partecipazione, in veste di impresa ausiliaria, di una cooperativa sociale di tipo “A”. L'istante riporta giurisprudenza (TAR Campania, Napoli, n. 1153/2019) secondo la quale tali cooperative sono operatori economici e possono concorrere, al pari delle imprese, nell'affidamento di servizi sociali, tanto più che nel caso di specie tale cooperativa ha partecipato alla gara solo come ausiliaria;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

- 5) violazione dell'art. 89, comma 3, del Codice, per non avere la SA esaminato la richiesta di sostituzione dell'impresa ausiliaria inviata dalla cooperativa istante.

Con nota prot. n. 22263 del 18 marzo 2020 (successivamente integrata con nota prot. n. 22745 del 19.03.2020), l'Autorità ha comunicato alle parti l'avvio del procedimento, precisando che, ai sensi dell'art. 103, comma 1, del d.l. n. 18/2020, i termini per la presentazione di memorie e documenti decorrono dal 16 aprile 2020 (termine successivamente prorogato al 16 maggio 2020, ai sensi dell'art. 37 del d.l. n. 23/2020).

Con memoria acquisita al prot. n. 28759 del 16.04.2020, la stazione appaltante ha esposto che sia la concorrente Social Coop. che l'impresa ausiliaria New Food Soc. Coop. Sociale hanno rilevato rami di azienda dalla società Quadrelle 2001 Soc. Coop. sociale successivamente dichiarata fallita con sentenza del Tribunale di Avellino n. 46 del 27.11.2018; l'omessa dichiarazione di tale sentenza ha configurato - secondo la SA - la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis) del Codice, anche in ragione del principio giurisprudenziale secondo cui *“la responsabilità per fatto di un soggetto giuridico terzo, a cui soggiace il cessionario, trova risposta nel principio ubi commodum, ibi incommodum: il cessionario, come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente”*. Inoltre, l'Amministrazione ha esposto di avere sentito, per le vie brevi, il curatore fallimentare della Quadrelle 2001, il quale ha comunicato di essere nei termini per esperire l'azione di revocatoria fallimentare in relazione ai due atti di cessione delle cooperative *de quibus*. Invece, per quanto concerne l'asserita nullità del contratto di avvalimento, la SA ha esposto di avere potuto visionare tale contratto solo a seguito di soccorso istruttorio (in quanto non risultava *prima facie* leggibile) e di averlo ritenuto nullo, perché carente di causa, a fronte della mancata indicazione del compenso pattuito. Quanto all'ultimo motivo di esclusione, la SA ha rappresentato di avere ritenuto inammissibile la partecipazione dell'ausiliaria (cooperativa sociale di tipo “A”), sulla base di quanto statuito dal TAR Campania, Napoli, con sentenza n. 6199 del 30.12.2019, evidenziando che il servizio di refezione scolastica (oggetto di gara) non è afferente agli scopi sociali delle cooperative di tipo “A” (gestione di servizi socio-sanitari ed educativi) ma è destinato a soddisfare la collettività, per cui per il suo affidamento non sarebbe consentita la partecipazione di questa forma di cooperative né in proprio né come società ausiliarie di altro operatore. Con nota prot. n. 30074 del 22 aprile 2020, l'Autorità ha richiesto un'integrazione documentale, riscontrata dalla SA in data 5 maggio 2020 (note prot. nn. 32559 e 32556/2020).

In data 18.05.2020 è pervenuta anche la memoria della controinteressata Global Service S.r.l. (acquisita al prot. n. 35937/2020), la quale ha sostenuto la legittimità dell'esclusione della Cooperativa con diverse argomentazioni.

Ritenuto in diritto

1) Sulla “non conformità” del documento di identità.

Per quanto concerne il primo quesito, va premesso che, nel provvedimento di esclusione, la SA si era limitata ad affermare che l'espulsione era dovuta alla circostanza che la carta d'identità del Vicepresidente dell'impresa ausiliaria *“non è conforme”*. Solo in sede di integrazione documentale (con nota acquisita al



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

prot. n. 32556 del 5.05.2020), la SA ha precisato che *“dalla lettura del documento non è stato possibile rilevare la scadenza dello stesso né tantomeno il numero del documento”*.

A tale riguardo, oltre a segnalare la genericità ed incompletezza della motivazione del provvedimento di esclusione (dalla cui lettura non è ricostruibile l'iter logico-giuridico seguito dalla SA e le circostanze fattuali alla base della decisione adottata), si evidenzia che anche l'integrazione della motivazione effettuata dalla SA in sede procedimentale (in disparte dalla sua ammissibilità) non può essere considerata idonea per giustificare l'esclusione della Cooperativa istante dalla gara.

Dalla documentazione trasmessa dalla SA (doc. n. 13 allegato alla nota prot. n. 32559 del 5.05.2020), si evince che, in sede di gara, l'impresa ausiliaria aveva allegato copia del documento di identità del Vicepresidente (Sig.ra Carbonara) solo nella parte a fronte, nella quale, oltre alle generalità e alla foto del dichiarante, era riportata la data di rilascio del documento (il 24.07.2014). In effetti (come sostiene l'istante) dalla suddetta data era intuibile che il documento era in corso di validità, mentre la circostanza che questo non era completo (perché non fotocopiato integralmente) avrebbe dovuto indurre la SA ad attivare il procedimento di soccorso istruttorio, di cui all'art. 83, comma 9, del Codice per acquisirne copia integrale. Infatti, l'unica richiesta di soccorso istruttorio presentata dalla SA era volta ad acquisire la documentazione di avalimento perché non leggibile, mentre la regolarizzazione del documento di riconoscimento non risulta essere stata richiesta.

La doverosità del ricorso al soccorso istruttorio discende dall'ampia latitudine di tale istituto volto a regolarizzare le carenze di *“qualsiasi elemento formale della domanda”*, ossia la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità, quand'anche di tipo *“essenziale”*, purché non involgente l'offerta economica o tecnica (cfr. C.G.A.R.S., 5 novembre 2018, n. 701; Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2018, n. 5332; Cons. Stato, Ad. plen., del 25 febbraio 2014, n. 9 e del 27 luglio 2016, n. 19; Determinazione dell'Autorità n. 1 dell'8 gennaio 2015) ed anche la radicale omissione della presentazione del DGUE da parte dei soggetti muniti di poteri di amministrazione e rappresentanza all'interno dell'impresa ausiliaria. Peraltro, con precipuo riferimento al documento di riconoscimento, la giurisprudenza (escluso tale istituto nelle ipotesi di radicale omissione del documento di identità del legale rappresentante dell'offerente ovvero del difetto di riconducibilità dell'offerta al concorrente) ha ammesso il soccorso istruttorio in caso di: *i)* presentazione di un documento di identità scaduto (TAR Campania, Salerno, 25 gennaio 2016 n. 254; TAR Sicilia, Palermo, 10 febbraio 2014, n. 401); *ii)* erroneo inserimento del documento in busta diversa da quella prescritta dalla *lex specialis* (TAR Lombardia, Milano, sez. I, 22 gennaio 2020 n. 129, che richiama Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 2012 n. 337); *iii)* produzione di un documento di identità privo della sottoscrizione del titolare (TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 3 dicembre 2019 n. 13812).

Non appaiono, invece, pertinenti i precedenti giurisprudenziali richiamati nella memoria di Global Service S.r.l. relativi alla diversa fattispecie di totale omissione del documento di identità del dichiarante

2) Sulla omessa dichiarazione della sentenza dichiarativa del fallimento della società cedente il ramo di azienda.

La causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-bis) del Codice mira a sanzionare la condotta tenuta dall'operatore economico che, nel corso della procedura di gara, presenta *“documentazione o*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

dichiarazioni non veritiere". L'efficacia escludente della falsità dichiarativa (che può essere in forma commissiva o omissiva) è, in questo caso, circoscritta alla gara nel cui ambito la dichiarazione è prodotta, a differenza dell'ipotesi (disciplinata nella lett. f-ter del comma 5 e nel comma 12 dell'art. 80) in cui l'operatore risulti iscritto nel casellario informatico dell'ANAC per avere reso (con dolo o colpa grave) false dichiarazioni o falsa documentazione in altra gara.

L'esclusione dalla gara a fronte della presentazione, nella procedura medesima, di documentazione e dichiarazione non veritieri, anche prima che venisse positivizzata come autonoma causa di esclusione nel comma 5, lett.f-bis) dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016, trovava la sua giustificazione nell'art. 75 del d.P.R. n. 445/2000, che prevede la decadenza dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera (cioè l'ammissione alla gara). La giurisprudenza ha, infatti, evidenziato che *"la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire poiché consente, anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla selezione. Pertanto, una dichiarazione che è inaffidabile perché, al di là dell'elemento soggettivo sottostante, è falsa o incompleta, deve ritenersi di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare (in termini, Cons. Stato, V, 21 giugno 2013, n. 3397; III, 16 marzo 2012, n. 1471)"* (Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2019, n. 1527).

Ciò premesso, si rileva che il presupposto logico, prima che giuridico, per considerare una dichiarazione come "non veritiera" è rappresentato dalla sussistenza di un "obbligo dichiarativo" a carico del concorrente, nonché dalla rilevanza della circostanza (di cui è stata omessa la dichiarazione) ai fini della partecipazione alla gara (cfr. Delibera dell'Autorità n. 713 del 23 luglio 2019, ove viene sottolineato che l'art. 80, comma 5, lett. f-bis) del Codice *"va ragionevolmente inteso nel senso di riferire la falsità determinante l'esclusione alle sole dichiarazioni necessarie ai fini della partecipazione, e non anche a quelle del tutto irrilevanti allo scopo"*). Nel caso di specie, poiché la SA ha ravvisato *"una violazione dell'art. 80, comma 5, lett. f bis) del D.Lgs. 50/2016 avendo [la Social Coop. e l'ausiliaria New Food] omesso di comunicare a questa Stazione Unica Appaltante l'esistenza della citata Sentenza dichiarativa di fallimento n. 46/2018 pubblicata in data 27.11.2018, diretta al sequestro giudiziario e conservativo dei beni della Quadrelle 2001"*, è necessario verificare se, in caso di cessione di azienda o di un suo ramo intervenuta prima della pubblicazione del bando di gara, il cessionario-concorrente fosse onerato di dichiarare l'intervenuto stato di fallimento della cedente ovvero se tale circostanza rilevi ai fini dell'ammissione alla gara del cessionario.

Si ritiene che al quesito vada data risposta negativa e che nel caso in esame (viste anche le sue peculiarità) non sussistano i presupposti per disporre l'esclusione dell'istante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis) del Codice, per una serie di ragioni.

A) Nel caso di cessione di azienda o di un suo ramo antecedente alla scadenza delle offerte, non sussiste un generale obbligo di dichiarare l'assenza di tutti i motivi di esclusione, di cui all'art. 80 del Codice, nei riguardi della cedente, ma l'onere dichiarativo è previsto solo per alcune specifiche ipotesi (da interpretarsi tassativamente) relative all'assenza di precedenti penali (art. 80, comma 1), di misure di prevenzione (art. 80, comma 2), nonché di situazioni integranti un grave illecito professionale (art. 80, comma 5, lett. c). Invero, già con riferimento al previgente Codice, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 4 maggio 2012, n. 10, aveva statuito che il concorrente è tenuto ad attestare il possesso dei requisiti di moralità nei



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

confronti degli amministratori e dei direttori tecnici della cedente in quanto equiparati ai “*soggetti cessati dalla carica nell’anno antecedente alla pubblicazione del bando*” (ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006). La giurisprudenza successiva ha precisato che l’obbligo di dichiarazione riguarda anche l’assenza di grave errore professionale nell’esecuzione di precedenti contratti (lett. f) dell’art. 38 cit.) (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2017, n. 2733), essendo funzionale ad evitare la partecipazione alla gara di una società utilizzata per commettere illeciti e “ripulita” mediante il ricambio degli amministratori ovvero attraverso un successivo passaggio di mano.

Il comma 3 dell’art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 ha mantenuto la precedente impostazione, stabilendo, con riferimento ai motivi di esclusione di cui ai commi 1 e 2 dell’art. 80, che “*in ogni caso l’esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell’anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l’impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata*”. Le Linee Guida ANAC n. 6 (§ III) hanno poi chiarito che, nei riguardi dei soggetti individuati dall’art. 80, comma 3, del Codice (dunque, anche nei confronti degli amministratori della cedente) opera la causa di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, quando i comportamenti integranti un grave illecito professionale sono riferibili alle persone fisiche; vanno, invece, riferiti all’operatore economico-persona giuridica i gravi illeciti professionali relativi a quest’ultimo (cfr. Cons. Stato, sez. III, 22 maggio 2019, n. 3331).

Diverso è chiaramente il caso in cui l’operazione societaria intervenga in fase di gara o di esecuzione del contratto, nel quale non solo sussistono precisi obblighi dichiarativi da parte del cedente, ma vi sono penetranti poteri di verifica della SA al fine di valutare la necessaria continuità e/o permanenza nel possesso dei requisiti di partecipazione da parte della cessionaria (ai sensi dell’art. 106, comma 1, lett. d, n. 2 del Codice, applicabile anche in fase di gara, cfr. Delibere dell’Autorità n. 422 del 2 maggio 2018 e n. 244 dell’8 marzo 2017).

B) Sotto altro profilo, va considerato che la verifica relativa all’assenza della pendenza di una procedura di fallimento o di altra procedura concorsuale, di cui all’art. 80, comma 5, lett. b) del Codice (che nella vigente formulazione recita: “*l’operatore economico sia stato sottoposto a fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dagli articoli 110 del presente Codice e 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*”) va effettuata esclusivamente nei confronti del concorrente, dell’impresa ausiliaria (ai sensi dell’art. 89, comma 3, del Codice) e degli eventuali subappaltatori (ai sensi dell’art. 105, comma 4, lett. d). Analoga verifica non è, invece, prevista nei confronti della cedente, che abbia conferito il ramo di azienda alla cessionaria-concorrente prima del termine di scadenza delle offerte. Peraltro, come osservato dalla giurisprudenza, in una fattispecie analoga alla presente (seppur riferita ad una ipotesi di affitto di ramo di azienda), in mancanza di una espressa previsione legislativa, un’interpretazione che estenda l’operatività della causa di esclusione di cui alla lett. b) del comma 5, dell’art. 80 all’impresa cedente sarebbe violativa del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all’art. 83, comma 8, del Codice, il quale impone una stretta interpretazione dei motivi di esclusione, poiché derogatori rispetto al principio della più ampia partecipazione (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. IV, 26 novembre 2019, n. 5585).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

C) Dalla documentazione in atti, si evince che il contratto di cessione di ramo di azienda è stato stipulato in data 19.03.2018, oltre un anno prima rispetto alla data di pubblicazione del bando (6.11.2019); inoltre, dalla sentenza di fallimento della cedente Quadrelle 2001 (allegata dalla SA) risulta che al momento della stipula dell'atto di cessione non era ancora pendente il procedimento per la dichiarazione di fallimento della cedente (il ricorso per la dichiarazione di fallimento è stato depositato in data 3.10.2018).

Peraltro, dalla medesima documentazione, non si ricavano elementi idonei a dubitare che la cedente fosse in uno stato di insolvenza alla data di stipula dei contratti di cessione di ramo di azienda con le cessionarie Social Coop. e New Food; tantomeno questo tipo di valutazione è stata effettuata dalla SA nell'ambito del provvedimento di esclusione.

La vicenda in esame differisce, dunque, da quella oggetto della sentenza del TAR Campania, Napoli, sez. II, 6 febbraio 2020, n. 567 (citata nella memoria della controinteressata). In quel caso, la SA aveva escluso l'odierna impresa ausiliaria da una procedura per avere commesso grave illecito professionale, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, e il TAR ha ritenuto che *“l'Amministrazione, nell'esercizio della propria discrezionalità, possa valutare alla stregua di un grave illecito professionale, tale da renderne dubbia l'integrità e l'affidabilità, la condotta dell'operatore economico che si renda cessionario di un ramo di azienda da parte di una società in odore di insolvenza e dichiarata fallita nel giro di pochi mesi, esponendosi al rischio di vedersi privato del ramo di azienda oggetto di cessione”*. In disparte dalla legittimità o meno di tale motivazione (sulla quale non si entra nel merito anche perché pende appello dinanzi al Consiglio di Stato), il punto è che, nel nostro caso, la SA non ha compiuto alcun tipo di valutazione sull'affidabilità professionale delle due cooperative, ma le ha escluse dalla gara, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis), facendo conseguire dall'omessa dichiarazione del sopravvenuto fallimento della cedente un effetto ostativo automatico alla partecipazione alla gara.

D) Sotto altro profilo, va considerato che, in base alla legge fallimentare, la sentenza dichiarativa di fallimento non travolge automaticamente l'efficacia dei contratti di cessione di ramo di azienda stipulati dal debitore fallito. A tal fine, è necessario l'accoglimento della domanda di revocatoria ordinaria (ex art. 66 L.F.) ovvero di revocatoria fallimentare (ex art. 67 L.F.) proposte dal curatore fallimentare, che determinano l'inefficacia dell'atto nei confronti della massa dei creditori e che sono proponibili entro tre anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque decorsi cinque anni dal compimento dell'atto (ex art. 69-bis L.F.).

Nel caso di specie, non risulta che tali azioni siano state esperite dal curatore fallimentare della Quadrelle 2001, per cui i due contratti di cessione stipulati dalla cedente vanno considerati efficaci (come incidentalmente affermato dal TAR Campania, Napoli, 24 febbraio 2020, n. 836). Né tale conclusione può essere messa in discussione dalla circostanza (riportata nella memoria della SA) relativa all'intenzione espressa informalmente dal curatore fallimentare alla SA di proporre tale azione (neppure documentata). Non risulta parimenti ostativa la pendenza del giudizio instaurato dalla Curatela fallimentare nei confronti della cessionaria New Food teso ad ottenere la declaratoria della simulazione assoluta del contratto di cessione di ramo d'azienda, o comunque la risoluzione del contratto stesso per grave e totale inadempimento da parte della cessionaria all'obbligazione di pagamento del prezzo convenuto, e in subordine, la revocatoria ex art. 67 L.F. e ex art. 2901 c.c. del medesimo contratto. A parte il fatto che tale giudizio è stato promosso solo contro l'impresa ausiliaria e non vede come parte anche la Social



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Coop. (concorrente), si osserva che, in base alle menzionate disposizioni della L.F., solo con una sentenza di accoglimento della domanda del Curatore si determinerebbe l'inefficacia del contratto di cessione del ramo di azienda. Peraltro, è stato documentato dall'istante che, con ordinanza n. 17 del 18 febbraio 2020, il Tribunale di Avellino ha rigettato il ricorso per sequestro giudiziario proposto dalla Curatela per assenza del *periculum*, per cui vi sono, allo stato ed in base alla documentazione in atti, elementi per sostenere l'inefficacia dei due contratti di cessione.

E) Infine, le pronunce citate dalla SA non appaiono idonee pertinenti rispetto al caso di specie. Le sentenze del TAR Lazio, Roma, n. 6144/218 e del Consiglio di Stato, n. 7022/2018, oltre a riguardare la differente fattispecie del contratto di affitto di azienda (caratterizzato dal fatto che non vi è una censura aziendale e vi è permanenza dell'influenza dell'impresa affittante per tutto lo svolgimento del rapporto) sono relative a un caso di irregolarità contributiva della cedente, che produce effetti anche sulla cessionaria in virtù della speciale disciplina relativa alla successione dei debiti tributari nelle ipotesi di trasferimento d'azienda, dettata dall'art. 16, comma 1, lett. g), del D.Lgs. n. 158/2015. La sentenza del Consiglio di Stato n. 3331/2019 è relativa ad una fattispecie di grave illecito professionale della cedente. Invece, la delibera dell'Autorità n. 477/2018 tratta di un caso di affitto del ramo di azienda, nel quale l'esclusione dalla gara era stata determinata dall'accertamento, da parte della SA, della sopravvenuta perdita dei requisiti di capacità tecnica in capo all'impresa affittuaria-concorrente. Nel caso di specie, invece, la SUA di Caserta non ha effettuato una valutazione né sulle ragioni in base alle quali il fallimento della cedente incida sull'affidabilità delle due cessionarie, né sulla sopravvenuta perdita dei requisiti da parte di queste ultime, per cui la motivazione di esclusione appare generica e, anche sotto questo profilo, da censurare.

3) Sulla nullità del contratto di avvalimento.

Relativamente al contratto di avvalimento (avente ad oggetto una referenza bancaria e l'esecuzione di servizi analoghi nel triennio antecedente la pubblicazione del bando), la SA ha disposto l'esclusione della concorrente per invalidità del negozio, ed in particolare *“per carenza del requisito essenziale della causa”*, in quanto non a titolo oneroso. A tal fine, la SA ha reputato non adeguata la clausola contrattuale secondo la quale *“il compenso per detto avvalimento avviene “per compensazione” tra i vari rapporti commerciali di reciproci scambi di requisiti intercorrenti tra le due aziende. Il presente contratto, comunque, NON È A TITOLO GRATUITO”*, evidenziando che *“solo riconoscendo natura onerosa al contratto di avvalimento può ritenersi giustificata in seno all'ordinamento giuridico l'operazione per il tramite della quale l'ausiliaria, soggetto economico potenzialmente in grado di partecipare alla gara, mette a disposizione dell'ausiliata i requisiti di cui è carente”*.

Premesso che la SA non sembra dubitare dell'analiticità dell'oggetto del contratto né dell'assunzione di responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria nei propri confronti, quanto dell'effettività dell'avvalimento in rapporto alla mancanza del suo carattere oneroso, occorre verificare se dalla clausola sopra riportata si desuma la carenza della causa, con conseguente nullità del contratto.

La giurisprudenza, anche di recente, ha sottolineato che *“occorre ... fare applicazione delle generali categorie civilistiche in tema di invalidità del contratto, per carenza degli elementi essenziali, valorizzando il ruolo della causa contrattuale. L'avvalimento è un contratto causalmente orientato a colmare le carenze dell'impresa partecipante, proprio al fine di integrare i requisiti di partecipazione alla gara”* (TAR Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2020, n. 51).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

La suddetta pronuncia, muovendo dalla teorica della causa in concreto (elaborata a partire dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 10490/2006, intesa come funzione economico-individuale del contratto), ha sottolineato che *“la causa concreta del contratto di avvalimento presenta dunque una funzione peculiare, non solamente diretta a colmare il gap del concorrente rispetto ai requisiti di partecipazione, procurandosi risorse finanziarie ed operative di cui lo stesso è carente, ma anche e soprattutto a garantire la stazione appaltante sulla serietà ed affidabilità dell’impresa concorrente e dunque sulla sua idoneità ad eseguire correttamente le prestazioni messe in gara. Ne deriva che la mancanza di causa in concreto si rifrange non solo sui rapporti contrattuali tra i contraenti dell’accordo di avvalimento, ma in maniera significativa sull’esigenza della stazione appaltante di assicurarsi certezza ed affidabilità del contraente stesso; causa in concreto è il reale cambiamento prodotto dal contratto nella sfera giuridica del contraente, in quanto destinata ad operare nei confronti della stazione appaltante”*.

L’indagine circa la causa del contratto di avvalimento (intesa come sintesi degli interessi che l’accordo è funzionalmente rivolto a soddisfare) va svolta in concreto, al fine di verificare se (come prevede l’art. 1322 c.c.) gli interessi perseguiti dalle parti siano meritevoli di tutela da parte dell’ordinamento.

Sotto il profilo causale, sia Autorità (cfr. Delibera n. 578 del 26 giugno 2019) che la giurisprudenza (Cons. Stato, Ad. Plen. 4 novembre 2016, n. 23; Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1074; C.G.A.R.S., 21 gennaio 2015, n. 35) hanno aderito alla tesi della natura onerosa del contratto di avvalimento, ritenendo l’onerosità indice dell’effettiva concessione delle risorse da parte dell’ausiliaria a favore della concorrente, e, per questo, idonea (unitamente alla determinatezza del contenuto contrattuale) a fugare i dubbi sul carattere meramente formale della disponibilità delle risorse che spesso circondano il ricorso all’avvalimento per l’acquisizione dei requisiti di partecipazione mancanti da parte di un concorrente.

Ciò detto, va chiarito che l’assenza della previsione del corrispettivo non rende *ipso facto* invalido il negozio, purché dal testo contrattuale emerga chiaramente un interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha indotto l’impresa ausiliaria ad assumere, senza corrispettivo, gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le relative responsabilità (così *ex multis* cfr. Ad. Plen. n. 23/2016, cit.; nonché Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2018, n. 2953; TAR Puglia, Lecce, 22 settembre 2017, n. 1494; TAR Lazio, Roma, 16 novembre 2016, n. 11382; TAR Puglia, Bari, sez. I, 4 marzo 2019, n. 315; Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2016, n. 3277; Delibera dell’Autorità n. 578 del 26 giugno 2019, nella quale è stato sottolineato che è l’assenza di causa in concreto a rendere nullo il contratto rappresentata dall’assenza *“del corrispettivo o dell’utilità di natura direttamente o indirettamente patrimoniale conseguita dall’ausiliaria”*). Ne consegue che la mancata previsione del prezzo non determina la nullità del contratto di avvalimento, in quanto non costituisce un suo elemento essenziale (TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 6 dicembre 2019, n. 14019; Id., sez. I-bis, 5 febbraio 2018, n. 1431 relativa ad un caso in cui le parti avevano previsto un compenso rinviando la sua quantificazione ad un momento successivo, sulla base dei prezzi di mercato; TAR Puglia, Bari, sez. I, 4 marzo 2019, n. 315).

Laddove non sia previsto un corrispettivo contrattuale né esso sia determinabile *per relationem*, è richiesto che dal tenore dell’accordo si desuma chiaramente l’interesse patrimoniale dell’impresa ausiliaria, che può avere carattere diretto (cioè consistere in un’utilità immediata) o anche solo indiretto, purché effettivo (Cons. Stato, sez. V 17 maggio 2018, n. 2953).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Venendo al caso di specie, diversamente da quanto sostenuto dalla SA, si ritiene che il contratto di avvalimento tra la Social Coop. e la New Food non sia affetto da invalidità per difetto della causa in concreto, per diversi motivi.

La clausola contrattuale (che testualmente recita “*il compenso per detto avvalimento avviene “per compensazione” tra i vari rapporti commerciali di reciproci scambi di requisiti intercorrenti tra le due aziende. Il presente contratto, comunque, NON È A TITOLO GRATUITO*”) richiamando il meccanismo di compensazione dei crediti, presuppone l'esistenza di reciproche obbligazioni tra le parti che si estinguono vicendevolmente. La compensazione è, infatti, una modalità di estinzione delle obbligazioni diversa dall'adempimento (considerata di carattere satisfattivo) che, laddove sia volontaria (come nel caso di specie), ai sensi dell'art. 1252 c.c. non richiede neppure debiti egualmente liquidi ed esigibili; per cui la circostanza che il compenso in favore dell'impresa ausiliaria non sia stato determinato nel suo ammontare non è ostativa all'operatività del meccanismo della compensazione e non dimostra *ex se* il carattere non oneroso del contratto.

Va, inoltre, considerato che, come già detto, il prezzo non è un elemento essenziale del contratto di avvalimento e la sua mancata quantificazione non inficia la validità del negozio, qualora si desumibile altra utilità patrimoniale ricavata dall'impresa ausiliaria mediante la stipula del contratto. L'interesse di quest'ultima può anche derivare dalle relazioni commerciali complessivamente intercorrenti tra le imprese, tenendo presente che l'individuazione dell'interesse concreto perseguito dalle parti, ovvero della causa del negozio, rileva solo al fine di apprezzare l'effettività del prestito (cfr. TAR Lazio, Roma, 14 luglio 2017, n. 8520, confermata da Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2018, n. 2953).

Nel caso di specie, la sussistenza di consolidati rapporti commerciali tra l'ausiliata e l'ausiliaria, nonché la circostanza che le due società partecipano sovente alle procedure di gara, ora in veste di concorrente ora di impresa ausiliaria, consente di desumere che vi sia un interesse di natura commerciale che ha indotto la New Food a sottoscrivere il contratto. Peraltro, i rapporti commerciali tra le due parti sembrano noti alla stessa stazione appaltante, avendo quest'ultima affermato in sede di memoria che “*la suddetta Cooperativa Sociale Social Coop ha partecipato ad altre gare indette per il servizio di refezione scolastica da questo Provveditorato presentandosi, alternativamente, o come ausiliaria o come operatore economico ausiliato (come nell'affidamento di che trattasi) partecipante sempre con la New Food Società Cooperativa Sociale*”.

Può, quindi, sostenersi, al fine di apprezzare l'effettività del prestito dei requisiti e la serietà dell'impegno assunto dall'impresa ausiliaria, che il contratto di avvalimento *de quo* presenti carattere oneroso, sia perché è previsto un compenso (pur non essendo stato quantificato), sia perché la previsione del meccanismo di compensazione volontaria presuppone un corrispettivo, sia perché la sussistenza di un interesse di natura commerciale in capo all'ausiliaria giustifica l'assunzione dell'impegno da parte di quest'ultima.

4) Sulla partecipazione, in veste di impresa ausiliaria, di una cooperativa sociale di tipo “A”.

Per quanto concerne il quarto motivo di esclusione, occorre premettere che la disciplina relativa alle cooperative sociali è contenuta nella L. n. 381/1991 (ai sensi del rinvio effettuato dall'art. 40, comma 2, del Codice del Terzo Settore, D.Lgs. n. 117/2017).

L'art. 1, comma 1, della citata legge definisce le cooperative sociali come quelle che “*hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso: a) la*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

gestione di servizi socio-sanitari ed educativi, ...; b) lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate".

Sulla base di questa definizione legislativa si distinguono le cd. cooperative di tipo A, che svolgono servizi socio-sanitari ed educativi nell'interesse pubblico, dalle cd. cooperative di tipo B, che svolgono attività diverse, purché finalizzate all'inserimento nel mondo del lavoro di persone svantaggiate rientranti nelle categorie di cui all'art. 4 della citata legge. La differenza netta tra le suddette tipologie di cooperative discende dal diverso regime giuridico cui sono sottoposte: la deroga alla disciplina dei contratti pubblici prevista all'art. 5 della citata legge e gli affidamenti in appalti riservati *ex art.* 112 del D.Lgs. n. 50/2016 si applicano, infatti, solo agli affidamenti disposti a favore delle cooperative di tipo B. Di contro, le cooperative di tipo A concorrono sul mercato con gli altri operatori economici in caso di affidamento mediante procedure ad evidenza pubblica dei servizi socio-sanitari ed educativi (cfr. Delibera dell'Autorità n. 32 del 20 gennaio 2016, recante *"Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali"*, Parere di precontenzioso n. 438 del 27 aprile 2017, nonché TAR Campania, sez. II, 1° marzo 2019, n. 1153).

Venendo al caso di specie, si ritiene che la decisione della SA di escludere *tout court* la Social Coop dalla gara, a fronte della ritenuta inammissibilità della partecipazione di una cooperativa sociale di tipo A come ausiliaria, sia illegittima per una serie di concorrenti considerazioni.

Innanzitutto, la *lex specialis* di gara non prevede una limitazione alla partecipazione per le cooperative sociali di tipo A (al contrario, l'art. 5 del disciplinare consente la partecipazione a tutti i soggetti di cui all'art. 45 del Codice), né una tale limitazione è prevista con riferimento ai soggetti di cui il concorrente dichiara di volersi avvalere per dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria o tecnico-organizzativa di cui è carente.

È dirimente il fatto che le cooperative sociali di tipo A rientrano nella nozione ampia di operatore economico, di cui all'art. 3, comma 1, lett. p) del Codice (*"una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi?"*), oltre a comparire nell'elenco esemplificativo di cui all'art. 45, comma 2, lett. a) del Codice (che si riferisce alle *"società, anche cooperative"*). Invero, la nozione di operatore economico di matrice europea ha portata ampia e prescinde dalla forma giuridica rivestita dal soggetto, alla luce del principio euro-unitario della cd. neutralità della forma (cfr. CGUE, 4 ottobre 2012, C-502/11; CGUE, 18 dicembre 2007, C-357/06); tra i soggetti ammessi a partecipare alle gare sono ormai ricompresi anche gli enti che agiscono sul mercato senza il perseguimento di uno scopo di lucro, come le università e gli istituti di ricerca (CGUE, 23 dicembre 2009, C-305/08; Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2014, n. 5767; in tema, si veda anche la Determinazione dell'Autorità n. 7 del 21 Ottobre 2010, recante *"Questioni interpretative concernenti la disciplina dell'articolo 34 del d.lgs. 163/2006 relativa ai soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici"*), le fondazioni (Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 185; Id., sez. VI, 16 giugno 2009, n. 3897), le ONLUS (Cons. Stato, sez. III, 20 novembre 2012, n. 5882, in quanto imprese sociali), le organizzazioni di volontariato (Cons. Stato, sez. III, 15 gennaio 2016, n. 116; CGUE, 11 dicembre 2014, C-113/13;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CGUE, 28 gennaio 2016, C-50/14). Nella nozione ampia di operatore economico anche la giurisprudenza amministrativa vi ha ricompreso la tipologia di cooperativa in esame: si vedano, in particolare la sentenza del TAR Campania, sez. II, 1° marzo 2019, n. 1153, nonché la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, 25 settembre 2019, n. 6431 (che riguarda la New Food), nella quale, sia pure incidentalmente, viene affermato che *“non esiste infatti alcun divieto normativo che impedisca alle cooperative sociali di partecipare alle gare di appalto e, a maggior ragione, a quelle relative al servizio di refezione scolastica”*.

Di contro, ai nostri fini, non appare dirimente quanto affermato nella sentenza del TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 30 dicembre 2019, n. 6199 (citata dalla SA e dalla controinteressata): in quella vicenda il TAR non aveva affrontato la questione in esame, ritenendo assorbente il motivo di esclusione basato sulla incongruenza tra l'oggetto sociale della cooperativa e l'oggetto dell'appalto; invece, nel provvedimento di esclusione in esame non vi è traccia di quest'ultima valutazione da parte della SA.

In ogni caso, a differenza di quanto argomentato in un passaggio della pronuncia del TAR Napoli da ultimo citata, si ritiene che l'oggetto dell'appalto *de quo* (servizio di refezione scolastica) rientri nella categoria dei servizi sociali, che possono essere svolti dalle cooperative sociali di tipo A in quanto coerenti con il proprio scopo mutualistico. L'appalto in questione, infatti, comprende le attività di preparazione e confezionamento pasti presso un centro di cottura dell'impresa, il trasporto presso le scuole dell'infanzia ed elementari, nonché la distribuzione dei pasti caldi (art. 1 del capitolato speciale d'appalto). Tali attività (CPV 5532200-3) rientrano tra i servizi di cui all'Allegato IX del Codice, specificamente tra i servizi di ristorazione di cui all'art. 144 del Codice, il cui affidamento è soggetto ad un “regime alleggerito” e che vanno considerati come servizio sociale, soprattutto se afferenti alla ristorazione scolastica (come nel nostro caso), assistenziale o ospedaliera (di cui al secondo comma dell'art. 144).

Pertanto, anche sotto tale profilo, si ritiene che l'esclusione della Social coop non sia conforme alla normativa di settore, pur restando impregiudicate le ulteriori valutazioni della SA relative al possesso dei requisiti di partecipazione in capo all'impresa ausiliaria, comprese le verifiche relative all'iscrizione della società nell'Albo delle società cooperative nonché quelle relative alla coerenza del suo oggetto sociale con l'oggetto della gara.

L'accoglimento, nei termini di cui in motivazione, dell'istanza di precontenzioso, consente di assorbire il quinto quesito sollevato dall'istante, in via subordinata, relativo all'ammissibilità della richiesta di sostituzione dell'impresa ausiliaria.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'esclusione della Cooperativa istante dalla procedura in epigrafe non sia conforme alla normativa di settore, in quanto:



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

- la SA avrebbe dovuto attivare il procedimento di soccorso istruttorio per acquisire copia completa del documento di riconoscimento del Vicepresidente dell'impresa ausiliaria;
- l'omessa dichiarazione della sentenza di fallimento dell'impresa cedente il ramo di azienda, nel caso di specie, non integra la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-bis) del Codice per dichiarazione non veritiera;
- la sussistenza della causa in concreto del contratto di avvalimento non è esclusa dalla mancata quantificazione del prezzo da riconoscersi in favore dell'impresa ausiliaria, qualora il contratto preveda un compenso (anche richiamando il meccanismo di compensazione volontaria dei crediti) ed individui, inoltre, l'interesse di natura commerciale perseguito dalle parti;
- in una procedura di affidamento di un servizio sociale (ristorazione scolastica) è ammissibile la partecipazione, anche in veste di impresa ausiliaria, di una cooperativa sociale di tipo A, in quanto soggetto rientrante nella nozione di operatore economico di matrice europea.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 giugno 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente