

N. 02217/2014 REG.PROV.COLL.

N. 11307/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11307 del 2013, proposto dalla:
società Italtel Radio Recapiti s.r.l., in proprio e in qualità di mandataria del R.T.I., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Alessandro Pallottino e Valentina Canale, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alessandro Pallottino, in Roma, via Oslavia n. 12;

contro

Roma Capitale, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Graziosi, elettivamente domiciliato presso gli uffici, in Roma, via del Tempio di Giove n. 21;

nei confronti di

società Romana Recapiti Group s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Livia Magrone Furlotti e Alessandro Tozzi, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Associato Nunziante Magrone, in Roma, piazza di Pietra n. 26;

per l'annullamento

della comunicazione di Roma Capitale, inviata in data 24.10.2013, dell'aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento del servizio di recapito tramite posta ordinaria registrata, posta raccomandata semplice e A.R. e delle allegate determinazioni dirigenziali n. 779 del 25.9.2013 e n. 871 del 22.10.2013;

nonché di tutti gli atti e/o provvedimenti presupposti, connessi e/o consequenziali, tra cui, in particolare, tutti i verbali della Commissione di gara nominata per la scelta dell'aggiudicatario e, in particolare del verbale del 16.10.2012, con il quale l'aggiudicataria è stata ammessa alle successive fasi di gara;

del verbale del 21.2.2013 relativo alla apertura delle offerte economiche e redazione delle graduatoria provvisoria;

la relazione del 15.5.2013 di esito del procedimento di verifica dell'anomalia con la quale il RUP ha ritenuto idonei i giustificativi sull'offerta anomala della aggiudicataria Romana Recapiti Group;

nonché dell'eventuale contratto d'appalto che nelle more dovesse essere stipulato;

nonché per la richiesta di subentro, ex art. 122 c.p.a., nel contratto d'appalto ove stipulato;

e per il risarcimento di tutti i danni subiti e subendi dalla ricorrente a causa dell'illegittimo affidamento alla resistente della gara;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale e della società Romana Recapiti Group s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 febbraio 2014 il cons. Maria Cristina Quiligotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Alla gara per l'affidamento del servizio di recapito tramite posta ordinaria registrata, posta raccomandata semplice e A.R. indetta da Roma Capitale con l'avviso pubblicato dal 20.8.2012 al 15.10.2012, hanno partecipato quattro concorrenti, tra cui il costituendo RTI capeggiato dalla ricorrente Italtel Radio Recapiti s.r.l. (d'ora in poi soltanto Italtel) e l'attuale aggiudicataria e controinteressata Romana Recapiti Group (d'ora in poi soltanto Romana Recapiti); gli altri due concorrenti sono stati Poste italiane s.p.a. e TNT s.p.a. .

La gara è stata definitivamente aggiudicata alla Romana Recapiti Group, con conferma della graduatoria provvisoria, a seguito dell'espletamento del procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte presentate da parte delle prime due classificate.

Con il ricorso in trattazione la società Italtel ha impugnato l'aggiudicazione definitiva in favore di Romana Recapiti nonché tutti gli atti della procedura di gara, deducendo i seguenti motivi di censura:

1) *Violazione degli artt. 38, co. 1, lett c), 39, 41 e 48, co. 2, del D.lgs. n. 163/2006; violazione dell'art. 76 del DPR n. 207/2010; violazione delle sezioni 1.1.B, 1.2 G, 1.3 L e 8 del disciplinare di gara; eccesso di potere per carenza di istruttoria e falsità del presupposto.*

Il disciplinare di gara richiedeva, a pena di esclusione, che i concorrenti dichiarassero di aver eseguito nel triennio antecedente un fatturato per servizi analoghi a quello posto in gara superiore all'importo di €5.000.000,00 e che elencassero nello specifico quali fossero stati questi servizi, per chi fossero stati svolti e per quali importi.

La Romana Recapiti Group ha dichiarato di essere in possesso del suddetto fatturato in quanto conseguito dalla Romana Recapiti a seguito di cessione di ramo d'azienda avvenuto da parte di quest'ultima in data 30.1.2012 con scrittura privata a firma autenticata per notaio Maria Emanuela Vesce, rep. 35846.

La Romana Recapiti Group ha anche elencato i servizi relativi al suddetto triennio, sempre specificando che gli stessi sono stati svolti dalla Romana Recapiti dalla quale essa concorrente ha appunto acquistato il ramo d'azienda.

La cessione del ramo d'azienda è intervenuta tra due società facenti parte dello stesso gruppo di cui l'una, la Romana Recapiti s.p.a., a causa di una forte esposizione debitoria con l'erario, non possiederebbe più i requisiti di moralità richiesti per poter partecipare a gare pubbliche e, per tal ragione, avrebbe "travasato" soltanto la parte attiva del proprio patrimonio alla Romana Recapiti Group con un'operazione ritenuta di dubbia legalità.

La Romana Recapiti Group non avrebbe dovuto essere ammessa a partecipare alla gara in quanto non poteva dirsi in possesso dei requisiti attestanti la capacità economica e tecnica richiesti, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara, atteso che il patto di cessione del ramo d'azienda, richiamato dall'aggiudicataria, ma non allegato alla domanda di partecipazione alla procedura di gara e pertanto non esaminato da parte della stazione appaltante, era risolutivamente

condizionato alla mancata accettazione della proposta di accordo di ristrutturazione del debito erariale contenente una transazione fiscale depositata al competente Ufficio dell'Agenzia delle Entrate in data 27.1.2012 da parte della stessa e/o alla mancata sua omologazione da parte del Tribunale competente entro i dodici mesi dalla sua presentazione, ai sensi dell'articolo 14, punto 4, dell'atto di cessione.

E' stata, inoltre, specificatamente prevista l'ulteriore clausola risolutiva espressa del contratto, sempre di cui all'articolo 14 dell'atto di cessione, a seguito del mancato pagamento nei termini anche di una sola delle rate concordate; è, infatti, la cessione è stata accordata al prezzo di €3.662.171,90, il cui pagamento è stato suddiviso in 96 rate mensili da versare direttamente all'erario, sempre subordinatamente all'omologazione da parte del Tribunale competente nei termini indicati, ai sensi dell'articolo 7 dell'atto di cessione.

Il trasferimento della proprietà è stato subordinato, con patto di riservato dominio ai sensi dell'articolo 1523 c.c., al pagamento dell'ultima delle 96 rate mensili, dal che discenderebbe che la Romana Recapiti Group potrebbe diventare effettivamente proprietaria del ramo d'azienda soltanto dopo 96 mesi, ossia 8 anni, dall'inizio del pagamento, mentre, invece, la durata prevista dell'appalto di cui si discute è di 26 mesi.

E, comunque, la clausola risolutiva della cessione di azienda introdurrebbe un obiettivo elemento di incertezza in ordine alla definitività del presupposto dell'idoneità tecnica dell'impresa, che assumerebbe diretta rilevanza in ordine alla verifica dei requisiti soggettivi dell'impresa concorrente, con la conseguente inidoneità dell'atto di cessione a comprovare l'effettivo possesso dei suddetti requisiti tecnici.

L'attività della commissione di gara, nella parte in cui non si è nemmeno premunita di chiedere alla Romana Recapiti Group il deposito dell'atto di cessione del ramo d'azienda al fine di effettuare le opportune verifiche, oltre ad aver violato l'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 e il disciplinare di gara, sarebbe sintomatica anche del vizio di carenza di istruttoria.

Inoltre l'aggiudicataria ha prestato la dichiarazione di cui all'articolo 38, co. 1 lett. e), del D.lgs n. 163/2006 rispetto al proprio amministratore unico in carica e rispetto all'amministratore cessato nell'anno antecedente la pubblicazione del bando; nonostante la cessione del ramo d'azienda sia avvenuta pochi mesi prima della partecipazione alla gara in oggetto, e comunque entro l'anno antecedente, la stessa non avrebbe, tuttavia, presentato alcuna dichiarazione, ai sensi della medesima norma, in relazione agli amministratori e agli altri soggetti tenuti per legge in carica presso la società cedente il ramo d'azienda, ossia la Romana Recapiti, secondo i principi di cui alle sentenze del Consiglio di Stato, adunanza plenaria, n. 10 del 4.5.2012.

E, nel caso di cessione del ramo d'azienda antecedente al bando di gara e a seguito del quale un concorrente dichiara di essere in possesso dei requisiti per partecipare, sarebbe necessario acquisire tutte le dichiarazioni di cui all'articolo 38 del d. lgs n. 163/2006 non solo dal concorrente cessionario ma anche dal soggetto cedente.

E comunque la Romana Recapiti s.p.a., vista la pesante situazione debitoria nei confronti dell' erario, non avrebbe potuto fornire la dichiarazione di cui all'articolo 38, co. 1, lett. g), richiesta a pena di esclusione sia dal d.lgs. n. 163 del 2006 che dalla *lex specialis* di gara.

Né sarebbe stata presentata alcuna dichiarazione di dissociazione rispetto alla precedente gestione, la quale, peraltro, non avrebbe potuto esservi in quanto tra la Romana Recapiti s.p.a. e la Romana Recapiti Group non sussiste alcuna discontinuità di gestione.

E, infatti, la cessione del ramo non si sarebbe svolta nel segno della discontinuità di gestione, ma, anzi, avrebbe avuto soltanto il dichiarato scopo di preservare una parte del patrimonio aziendale trasferendolo da un soggetto giuridico che, a causa della forte esposizione debitoria con l'erario, non avrebbe potuto partecipare più ad alcuna commessa pubblica, ad altro soggetto giuridico facente parte dello stesso.

2) *Violazione degli artt. 86, 87 e 88 del D.lgs n. 163/2006; eccesso di potere per carenza di istruttoria e travisamento dei fatti nel procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta; violazione della sezione 5.3 del disciplinare di gara in merito.*

La Romana Recapiti Group ha formulato la propria offerta applicando il ribasso del 40,55% e si è aggiudicata la gara proprio grazie al punteggio ottenuto per il suddetto ribasso in quanto le sono stati assegnati tutti i 45 punti disponibili per l'elemento prezzo.

In sede di chiarimenti l'aggiudicataria ha rilevato che "*e' strategia aziendale far lavorare nel tempo le persone sempre sulle stesse zone in tal modo riescono ad ottenere una buona conoscenza dell'utenza residente nelle zone*".

L'offerta economica presentata dall'aggiudicataria sarebbe palesemente anomala in quanto tutta l'analisi effettuata al riguardo sarebbe basata su presupposti di fatto completamente errati frutto di una falsa rappresentazione della realtà da parte della Romana Recapiti Group e di una carente verifica istruttoria da parte della stazione appaltante.

I contratti relativi al servizio nei confronti di Poste Italiane si sarebbero, tuttavia, conclusi in data 31.1.2012, come dalla stessa impresa dichiarato nella propria lettera del 14.11.2011, inviata alle rappresentanze sindacali; e, comunque, a seguito della partecipazione ai nuovi bandi di Poste Italiane per il riaffidamento del medesimo servizio su più lotti, la stessa è risultata aggiudicataria del solo lotto n. 38.

La società Romana recapiti Group si è costituita in giudizio con comparsa di mera forma in data 5.12.2013 e ha depositato memoria difensiva in data 16.12.2013, con la quale ha diffusamente argomentato l'infondatezza nel merito del ricorso del quale ha chiesto il rigetto.

Roma Capitale si è costituita in giudizio in data 13.12.2013 con comparsa di mera forma e allegata documentazione e ha depositato memoria difensiva in data 14.1.2014, con la quale ha diffusamente argomentato l'infondatezza nel merito del ricorso del quale ha chiesto il rigetto.

La Romana Recapiti ha quindi depositato documentazione integrativa in data 14.1.2014 e memoria conclusiva in data 20.1.2014, con la quale ha insistito ai fini del rigetto del ricorso.

Infine la ricorrente, con la memoria del 23.1.2014, ha argomentatamente controdedotto alle difese avversarie, insistendo per l'accoglimento del ricorso

Alla pubblica udienza del 5.2.2014 il ricorso è stato trattenuto per la decisione, alla presenza degli avvocati delle parti come da separato verbale di causa.

DIRITTO

Con il primo motivo di censura la ricorrente ha sostanzialmente dedotto che l'aggiudicataria non sarebbe stata in possesso dei requisiti attestanti la capacità economica e tecnica richiesti, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara, in quanto, pur avendo la stessa dichiarato di averli acquisiti a seguito di cessione di ramo d'azienda del 30.1.2012, tuttavia, la detta cessione è stata stipulata con patto di riservato dominio ai sensi dell'articolo 1523 c.c. - secondo cui l'effetto traslativo si realizza a seguito del pagamento integrale del prezzo pattuito in 96 rate mensili da versare direttamente all'erario - e con le condizioni risolutive, ai sensi dell'articolo 1326 c.c., di cui agli articoli 7 e 14 dell'atto di cessione, da un lato, dell'accettazione da parte dell'agenzia delle entrate della proposta dell'accordo di ristrutturazione del debito con transazione fiscale e dell'omologazione del predetto accordo da parte del tribunale competente e, dall'altro, del versamento all'erario nei termini concordati di ciascuna delle predette rate, con la conseguenza che sussisterebbero elementi di incertezza in ordine alla definitività del possesso dei suddetti requisiti.

Inoltre l'amministrazione non avrebbe effettuato una completa istruttoria al riguardo atteso che non avrebbe provveduto a richiedere copia dell'atto di cessione del ramo di azienda di cui trattasi, non allegata originariamente da parte dell'interessata alla domanda di partecipazione alla procedura di gara di cui trattasi, né, conseguentemente, lo avrebbe esaminato nel suo effettivo contenuto, al fine di verificare in concreto il possesso da parte della concorrente dei dichiarati requisiti attestanti la capacità economica e tecnica richiesti dalla *lex specialis* di gara.

Inoltre la cedente - che vi sarebbe stata tenuta, in sede di avvalimento, ai sensi dell'articolo 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 - non avrebbe potuto, comunque, rendere le dichiarazioni di cui all'articolo 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, con particolare riguardo alla lett. g) del comma 1, concernente la cd. regolarità fiscale, atteso il consistente debito della stessa intercorrente con l'erario, come documentalmente comprovato dalla proposta di accordo di transazione fiscale presentata dalla stessa nell'ambito del piano di ristrutturazione del debito aziendale.

Si contesta, peraltro, in definitiva, che la cessione del ramo d'azienda sarebbe intervenuta tra due società facenti parte dello stesso gruppo di cui l'una, la Romana Recapiti s.p.a., a causa di una forte esposizione debitoria con l'erario, non possiederebbe più i requisiti di moralità richiesti per poter partecipare a gare pubbliche e che, per tal ragione, avrebbe "travasato" soltanto la parte attiva del proprio patrimonio alla Romana Recapiti Group con un'operazione ritenuta di dubbia legalità.

Il detto assorbente motivo di censura è fondato per le considerazioni che seguono.

Si premette, in punto di fatto, che la Romana Recapiti ha dichiarato che il possesso del requisito del fatturato richiesto dal bando di gara "è stato conseguito dalla società Romana Recapiti s.p.a., dalla quale la scrivente Romana Recapiti Group s.r.l. ha acquistato l'azienda in data 30 gennaio 2012, con scrittura privata a firme autenticate per notaio dr. Maria Emanuela Vescei, rep. 35846"; nella sostanza, pertanto, l'aggiudicataria ha dichiarato il possesso del requisito in questione in conseguenza dell'intervenuta acquisizione del ramo di azienda in quanto integralmente posseduto dalla cedente.

Si premette, al riguardo, che la cessione aziendale consiste nella successione, a qualunque titolo, del complesso o di parte dei beni, materiali e immateriali, nonché dei crediti e debiti di impresa da un soggetto imprenditore a un altro e che

gli atti di disposizione dell'azienda hanno una disciplina giuridica peculiare. La vicenda giuridica è contraddistinta, sul piano civilistico, da alcune deroghe al diritto comune sulla successione nei contratti, dettata dagli artt. 1406 ss cc. Nella specifica ipotesi della cessione parziale di azienda, ossia la cd cessione di ramo d'azienda, rientra poi ogni ipotesi di trasferimento anche di una singola attività di impresa, sempre che sia riscontrabile un complesso di beni o di rapporti, organizzati per l'esercizio dell'attività di impresa, interessati al fenomeno traslativo. A tal riguardo, la giurisprudenza ha affermato che *"nella cessione di azienda o di un ramo di essa - fattispecie in cui si verifica una successione a titolo particolare - si realizza, in ogni caso, il passaggio all'avente causa del complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia, e ciò rende la vicenda suscettibile di comportare la continuità tra la precedente e la nuova gestione imprenditoriale"* (Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 10), sebbene si verifichi una successione nelle posizioni attive e passive relative all'azienda tra soggetti che conservano comunque una distinta personalità giuridica.

Proprio in virtù della predetta continuità deve, pertanto, ritenersi consentito all'impresa che abbia acquisito un ramo d'azienda di avvalersi, ai fini della qualificazione ad una gara di appalto, dei requisiti posseduti dall'impresa cedente; in caso di cessione, sono infatti certamente riconducibili al patrimonio di una società o di imprenditore cessionari prima della partecipazione alla gara di un ramo d'azienda i requisiti posseduti dal soggetto cedente, giacché essi devono considerarsi compresi nella cessione in quanto strettamente connessi all'attività propria del ramo ceduto (Consiglio Stato, sez. V, 10 settembre 2010, n. 6550).

Al fine di integrare i requisiti di partecipazione ad una gara di appalto ed a prescindere da un'espressa previsione del bando, sono pertanto certamente riconducibili al patrimonio di una società o di un imprenditore cessionari prima della partecipazione alla gara di un ramo d'azienda, i requisiti posseduti dal soggetto cedente, giacché essi devono considerarsi compresi nella cessione proprio in quanto strettamente connessi all'attività propria del ramo ceduto; e, in tal caso, peraltro, nessuna norma del codice dei contratti impone al cessionario di dichiarare espressamente, nella domanda, di partecipare alla gara grazie ai requisiti acquisiti con la precedente cessione.

Né, ancora, peraltro, varrebbe richiamare ai predetti fini gli artt. 51 e 49 del codice appalti, dal momento che si riferiscono rispettivamente alle diverse ipotesi nelle quali la cessione sia avvenuta nel corso della gara ovvero il concorrente ricorra ad imprese ausiliarie mediante l'avvalimento al fine di integrare i propri requisiti per partecipare alla gara.

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

Si tratta, allora di verificare se l'amministrazione comunale abbia o meno proceduto ad un'attenta verifica in ordine al possesso, in capo all'aggiudicatario, dei requisiti generali e di quelli tecnico-economici (estendendo i controlli anche all'azienda ceduta).

La circostanza che la Romana Recapiti ha dichiarato di partecipare con requisiti posseduti in virtù della cessione avrebbe dovuto, pertanto, indurre l'amministrazione, in sede di verifica, a richiedere il titolo sulla base del quale la concorrente ha dichiarato di possedere i suddetti requisiti nonché di vagliarne il relativo contenuto dispositivo.

L'acquisizione dell'atto notarile di cessione del ramo di azienda avrebbe, infatti, consentito all'amministrazione comunale di avere piena contezza degli accordi contrattuali intercorsi tra cedente e cessionaria; accordi che assumono in concreto rilevanza nella fattispecie ai fini della verifica dell'affidabilità sull'effettivo possesso dei requisiti dichiarati.

Era infatti preliminarmente necessario che l'amministrazione verificasse se l'atto di autonomia privata fosse concretamente idoneo a determinare il trasferimento dei requisiti richiesti in sede di gara, valutando al fine la concreta portata del singolo contratto e delle particolari clausole ivi previste.

E, al riguardo, avuto riguardo all'atto notarile di cessione del ramo di azienda di cui trattasi, depositato in copia agli atti del presente giudizio, deve rilevarsi, in punto di fatto, che:

- nel titolo dell'atto è indicato *"Cessione di ramo di azienda con patto di riservato dominio ex art. 1523, risolutivamente condizionato"*;

- nel corpo dell'atto, ai punti nn. 2 e 3 si legge che *"La romana Recapiti s.p.a.(ha) proposto all'Agenzia delle entrate un accordo di ristrutturazione del debito erariale contenente una transazione fiscale In data 27 gennaio 2012..."* e che *"la Romana Recapiti Group s.r.l., consapevole di quanto sopra, è interessata ad acquistare il ramo di azienda a condizione che l'Agenzia delle entrate presti il proprio consenso ... ed il Tribunale competente omologhi con decreto definitivo tale atto"*;

- all'articolo 2, "oggetto e consenso", si legge "la società Romana Recapiti s.p.a. vende e cede, con patto di riservato dominio ai sensi dell'art. 1523 c.c. ed alla condizione risolutiva specificata al successivo art. 14 ...";
- all'articolo 14, "risoluzione", si legge "che costituiscono cause di risoluzione del contratto ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 1456 c.c.

1 - il mancato pagamento entro 30 giorni anche di una sola delle rate del prezzo pattuito; ...

4 - la mancata accettazione da parte dell'Agenzia delle Entrate dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui in premessa e/o la sua mancata omologazione da parte del Tribunale competente entro dodici mesi dalla sua presentazione.";

- all'articolo 7, "prezzo e modalità di pagamento", si legge che "il prezzo è convenuto tra le parti anche nell'interesse dell'Agenzia delle entrate in complessivi euro 3.662.171,00 ... detto prezzo sarà corrisposto in numero 96 (novantasei) rate mensili ciascuno ... versando direttamente nelle casse dell'Agenzia delle entrate in un conto corrente vincolato a favore della stessa ...".

Secondo l'orientamento largamente maggioritario il patto di riservato dominio può essere incluso anche in una vendita che preveda un pagamento del prezzo non rateale, ma interamente o parzialmente differito, atteso che l'elemento caratteristico della vendita con riserva di proprietà è costituito, in entrambe le ipotesi ora enunciate, a fronte del differimento della prestazione relativa al pagamento del prezzo, dalla immediata eseguibilità della prestazione di consegna della cosa e dal differimento dell'effetto traslativo, che ha luogo soltanto all'atto della completa esecuzione della prestazione riguardante il pagamento del prezzo. Il compratore con riserva di proprietà acquista, pertanto, la proprietà della cosa soltanto con il pagamento dell'ultima rata del prezzo, ai sensi dell'art. 1523 cod. civ. . E pur tuttavia, gli effetti dell'atto di cessione del ramo di azienda si producono immediatamente al momento della stipulazione del relativo atto notarile, così come peraltro espressamente previsto nell'articolo 10 del predetto atto, secondo cui la data della consegna del ramo di azienda è stata fissata per il giorno 1.2.2012.

Ai sensi dell'articolo 1525, rubricato "Inadempimento del compratore", poi "Nonostante patto contrario, il mancato pagamento di una sola rata, che non superi l'ottava parte del prezzo, non dà luogo alla risoluzione del contratto, e il compratore conserva il beneficio del termine relativamente alle rate successive."; e la disposizione di cui al predetto articolo 1525 c.c., concernente l'inadempimento del compratore e la risoluzione del contratto, ha proprio la funzione di limitare l'autonomia privata in guisa da escludere la legittimità di una clausola risolutiva espressa, per i casi in cui il compratore non sia inadempiente per il mancato pagamento di una sola rata che non superi l'ottava parte del prezzo, e da impedire al venditore o al suo cessionario di potere chiedere la risoluzione oltre i limiti della rilevanza legale, a tal fine, dell'inadempimento.

Ne consegue che, già alla luce del predetto principio, deve ritenersi che la clausola risolutiva espressa di cui all'articolo 14, punto n. 1, fosse da considerarsi illegittima e, pertanto, come non apposta.

Circostanza questa evidenziata da parte della difesa della ricorrente anche ai fini di una valutazione globale dell'atto di cessione di cui trattasi.

Al di là della predetta, non irrilevante circostanza, tuttavia, deve essere altresì valutata la ulteriore condizione risolutiva rappresentata dalla "mancata accettazione da parte dell'Agenzia delle Entrate dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui in premessa e/o la sua mancata omologazione da parte del Tribunale competente entro dodici mesi dalla sua presentazione".

Al richiamato articolo 14, rubricato "risoluzione", si legge testualmente "che costituiscono cause di risoluzione del contratto ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 1456 c.c.".

Ai sensi dell'art. 1456 c.c., i contraenti possono convenire espressamente che, nel caso una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite, l'altra parte acquisti il diritto potestativo di risolvere il contratto, attraverso una dichiarazione unilaterale, negoziale e recettizia.

In merito alla clausola risolutiva espressa, poi, la tolleranza della parte creditrice, che può manifestarsi tanto in un comportamento negativo, quanto in uno positivo, non implica l'eliminazione della predetta clausola per modificazione della disciplina contrattuale. Altresì, tale tolleranza non è sufficiente ad integrare una tacita rinuncia ad avvalersene, ove la parte creditrice contestualmente o successivamente all'atto di tolleranza evidenzia l'intenzione di avvalersi della clausola in caso di ulteriore protrazione dell'inadempimento (Cass. civ. Sez. II, 31-10-2013, n. 24564).

Tale clausola presuppone, tuttavia, pur sempre, un inadempimento imputabile alla controparte, mentre l'importanza dell'inadempimento, al fine della risoluzione, è determinata dalla clausola stessa, in deroga all'art. 1455 c.c.; la clausola risolutiva espressa non comporta, pertanto, automaticamente lo scioglimento del contratto a seguito del previsto

inadempimento, essendo sempre necessario, per l'art. 1218 cod. civ., l'accertamento dell'imputabilità dell'inadempimento al debitore almeno a titolo di colpa

La pattuizione, che, invece, preveda la risoluzione "ipso iure" per fatto non dipendente dalla volontà delle parti, deve qualificarsi come condizione risolutiva propria, piuttosto che come clausola risolutiva espressa, determinando l'effetto risolutivo di quel contratto, evidentemente consistente nella sua sopravvenuta inefficacia, in conseguenza dell'avverarsi di un evento estraneo alla volontà dei contraenti sebbene specificamente dedotto pattiziamente nonché dello spirare del termine, pure ritenuto nel loro interesse comune.

Ai fini della corretta qualificazione nei termini alternativi di cui in precedenza, il giudice deve in primo luogo porre in essere un'operazione ermeneutica che riguarda l'intera pattuizione contenuta nell'art. 14 del contratto sulla base della interpretazione della comune volontà delle parti (art. 1362 cod. civ.) e collegando tra loro le clausole contrattuali con riguardo all'atto nel suo complesso (art. 1363 cod. civ.); quindi, deve verificare la liceità o meno della apposizione della condizione nonché l'interesse alla apposizione del termine.

Nel caso di specie la clausola pattizia aveva ad oggetto, come più volte ricordato in precedenza, la *"mancata accettazione da parte dell'Agenzia delle Entrate dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui in premessa e/o la sua mancata omologazione da parte del Tribunale competente entro dodici mesi dalla sua presentazione"*.

Si tratta, all'evidenza di un fatto che si presenta estraneo alla volontà della parti (non era infatti necessario un comportamento della parte promittente venditrice, consistente nell'avanzare la relativa richiesta agli uffici fiscali, che avrebbe consentito la qualificazione corretta in termini di condizione "mista", atteso che la suddetta richiesta era in realtà già stata presentata tre giorni prima come è stato dato atto nelle premesse dell'atto stesso) e si rileva che, in ogni caso, le parti hanno ritenuto congiuntamente che il tutto doveva intervenire entro un termine ragionevole, rispetto alla data della stipula contrattuale, per l'evidente ragione, comune ad entrambe, di non lasciare pendente indefinitamente il contratto in questione, stante l'incertezza del realizzarsi della condizione nell'an e nel quando.

Ne consegue che, qualificandola come condizione risolutiva propria, piuttosto che come clausola risolutiva espressa, l'effetto risolutivo di quel contratto, consistente nella sua sopravvenuta inefficacia, si verifica automaticamente in conseguenza dell'avverarsi dell'evento nonché dello spirare del termine. Senza considerare che comunque gli effetti della condizione risolutiva retroagiscono sin alla data di stipulazione dell'accordo pattizio.

E' vero, tuttavia, che le parti, nella loro autonomia contrattuale, possono pattuire una condizione (sospensiva o) risolutiva nell'interesse esclusivo di uno soltanto dei contraenti, cui consegue che la parte contraente, nel cui interesse è posta la condizione, resta di conseguenza libero di avvalersene o di rinunciarvi sia prima, sia dopo l'avveramento o il non avveramento di essa, senza che la controparte possa comunque ostacolarne la volontà.

Al fine di potere, tuttavia, ritenere che la condizione (sospensiva o) risolutiva sia stata stipulata nell'interesse esclusivo di uno soltanto dei contraenti, occorre un'espressa clausola o, quanto meno, una serie di elementi, idonei ad indurre il convincimento che si tratti di una condizione alla quale l'altra parte non abbia alcun interesse (Cass. civ. Sez. II, 10-04-2012, n. 5692). Nel caso di specie non si rinvergono, né sono stati dedotti, elementi che consentano una qualificazione nei predetti termini, con la conseguenza che l'effetto risolutivo del contratto dovrebbe conseguire al semplice avveramento o non avveramento dell'evento dedotto in condizione nel termine indicato.

E, il meccanismo della condizione risolutiva introduce effettivamente, comunque, un obiettivo elemento di incertezza in ordine al definitivo assetto del rapporto e, quindi, in ordine alla definitività del presupposto dell'idoneità tecnica dell'impresa, che assume diretta rilevanza in ordine alla verifica dei requisiti soggettivi dell'impresa concorrente.

"È certamente vero che i requisiti di partecipazione delle imprese concorrenti non devono essere assistiti dalla nota della "perennità", ben potendo venire meno in dipendenza di fatti sopravvenuti.

È altrettanto vero, però, che il requisito deve presentare i caratteri di stabilità e di definitività, assenti nel contratto condizionato, ancorché risolutivamente.

Infatti, il verificarsi dell'evento dedotto in condizione incide sullo stesso atto genetico del rapporto, distinguendosi nettamente dalle altre ipotesi in cui una nuova circostanza di fatto si riflette sulle condizioni soggettive dell'impresa, rilevanti ai fini della qualificazione.

In senso contrario, non assume peso decisivo l'affermazione secondo cui il requisito dovrebbe essere valutato esclusivamente nel momento temporale di svolgimento della gara e, quindi, dovrebbe ritenersi acquisito in presenza di un contratto risolutivamente condizionato, ma attualmente già efficace.

In tal modo, si confondono due diversi profili: il primo attiene alla dimensione temporale della valutazione del requisito, correttamente riferita dall'amministrazione alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di ammissione;

il secondo riguarda l'idoneità dell'atto di cessione a comprovare l'effettivo possesso dei requisiti tecnici, apprezzata anche in riferimento alla stabilità del presupposto soggettivo." (cfr. nei termini, Consiglio di Stato, sez. V, 17.3.2003, n. 1366, sebbene riferita ad una fattispecie interessante un'attestato SOA).

Peraltro è comprovato in atti che la proposta di accordo di transazione fiscale di cui all'articolo 186 *ter* L.F., come peraltro puntualmente riportato nel richiamato atto di cessione, è stata presentata da parte delle società interessate in data 27 gennaio 2012, con il protocollo informatico n. 11927. Ne consegue che il termine entro cui si sarebbe dovuta verificare la predetta condizione risolutiva era la data del 27.1.2013. L'apertura delle buste contenenti le offerte economiche è stata effettuata nella seduta del 21.2.2013 e la verifica delle offerte anomale è stata avviata con la nota del 12.3.2013, mentre l'aggiudicazione definitiva è, invece, intervenuta in data 24.10.2013 e senza che la predetta condizione si sia ancora in concreto verificata.

Deve, invece, ritenersi irrilevante la circostanza ribadita anche nelle ultime difese da parte della Romana Recapiti e secondo cui in data 14.1.2014 è pervenuta comunicazione da parte dell'Agenzia delle entrate che dà atto della pendenza del predetto procedimento di transazione fiscale e della rispondenza della domanda ai requisiti prescritti per la sua presentazione, in quanto evento sopravvenuto all'indicato termine dell'anno decorrente dal 27.1.2012 e, comunque, non integrante l'evento dedotto in condizione per come puntualmente indicato nell'atto di cessione.

Peraltro, anche tenendo conto dell'atto aggiuntivo all'atto di cessione del ramo di azienda originario, con il quale il termine di cui trattasi è stato prorogato al 27.1.2014, non può non rilevarsi come anche il predetto termine debba intendersi come inutilmente decorso ai fini che interessano.

Da quanto esposto consegue che gli elementi di incertezza introdotti nella fattispecie in conseguenza dell'apposizione della condizione risolutiva di cui trattasi non possono essere messi in discussione in questa sede e soprattutto risulta in atti che, ancora prima, non siano proprio nemmeno stati presi in considerazione e valutati da parte dell'amministrazione comunale precedente nell'ambito della procedura di cui trattasi.

Per il detto assorbente motivo di censura il ricorso deve essere accolto siccome fondato nel merito.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo che segue.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna Roma Capitale alla refusione delle spese del presente giudizio in favore della società ricorrente, che si liquidano in complessivi euro 2.000,00, oltre accessori di legge, se dovuti.

Contributo unificato refuso come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Maria Cristina Quiligotti, Consigliere, Estensore

Carlo Polidori, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 26/02/2014

IL SEGRETARIO

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