

Cessione di ramo di azienda avvenuta tra la partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica e l'aggiudicazione (provvisoria): è legittimo da parte della Stazione Appaltante l'annullamento dell'aggiudicazione con conseguente escussione della cauzione provvisoria?

Solo con l'art. 51 (che recepisce il nuovo art. 2498 c.c., rubricato "Continuità dei rapporti giuridici": "Con la trasformazione l'Ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione") del D.Lgs. del 12 aprile 2006, n. 163 sul codice dei contratti pubblici, si è chiarito la validità della cessione di azienda prima dell'aggiudicazione definitiva della gara e del contratto; prima del sua entrata in vigore però si può ritenere acquisito nella giurisprudenza vigente l'ulteriore principio della derogabilità di quello precedentemente dell'immodificabilità soggettiva dell'offerente, ammettendosi la possibilità del subentro allo stesso di altro soggetto nella posizione di contraente o di partecipante ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico in caso di cessione di azienda e di trasformazione di società; sempre che la cessione dell'azienda o gli atti di trasformazione, fusione o scissione della società, sulla cui base avviene il detto subentro, siano comunicati alla stazione appaltante e questa abbia verificato l'idoneità soggettiva del subentrante: di conseguenza sono illegittimi sia l'annullamento dell'aggiudicazione, che l'escussione della garanzia provvisoria

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 5197 del 4 ottobre 2007 (ribaltando il giudizio di primo grado: Tar Aosta, Aosta, sentenza n. 23 del 19 febbraio 2004***) ci offre un importante insegnamento in tema di possibilità di partecipazione in vigenza di una cessione di ramo di azienda il cui pensiero può essere così riassunto:

< poiché il conferimento d'azienda è una modalità di trasformazione societaria che assume forma alternativa alla fusione o incorporazione, viene a realizzarsi una continuità sia in senso soggettivo, sia in senso oggettivo dell'attività di impresa che non subisce interruzione alcuna.>

nella particolare fattispecie

< Le censure stesse sono poi articolate in una serie frammentata di profili e di contrapposte contestazioni, per aspetti anche diversi che, nel complesso, sono tuttavia secondari e non funzionali alla reale economia del giudizio, il quale deve essere invece incentrato su due punti principali, a loro volta da ricondurre all'unitaria tematica della continuità dei rapporti giuridici nell'appalto pubblico.>

quindi

< Il primo, è relativo alla sorte della partecipazione a gara, per effetto della cessione dell'azienda o di un suo ramo, quando il mutamento di soggettività giuridica della cedente e della cessionaria non è formalmente perfezionato secondo il diritto societario e non ancora definiti i vari adempimenti, specie quelli preordinati per concorrere alle procedure di evidenza pubblica, giacché in tal caso, non potendo partecipare né l'una né l'altra impresa, l'esclusione assume evidenti connotati di irragionevolezza, sproporzione, distorsione della concorrenza, come accaduto nel caso di specie.

Il secondo, riguarda invece la prosecuzione della partecipazione – tramite l'azienda trasferita alla conferitaria - posto che l'azienda, quale complesso di elementi materiali e immateriali organizzati in una individualità oggettiva per la funzione imprenditoriale, può essere materia di conferimento sociale, il quale si concreta nel trasferimento del diritto sull'azienda alla società traslata, sia essa di capitali o di persone.

Da tale quadro dipende la inconfigurabilità o meno, nello specifico, della eccezionale carenza di legittimazione a prendere parte alla gara, in quanto il requisito partecipativo era indubbiamente posseduto dal soggetto candidato cedente o, comunque, esso veniva a sussistere in capo alla società cessionaria subentrata.>

Ma attenzione, ora esiste una ben precisa norma:

Al riguardo vale anche osservare come il tema principale della vertenza è di diritto intertemporale, “ratione temporis” della fattispecie, non potendo trovare diretta applicazione l’art. 51 del D.Lgs. del 12 aprile 2006, n. 163 sul codice dei contratti pubblici, che ha chiarito la validità della cessione di azienda prima dell’aggiudicazione definitiva della gara e del contratto.

La citata norma (rubricata sotto il titolo “Vicende soggettive del candidato dell’offerente e dell’aggiudicatario”) dispone, infatti, che “Qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l’azienda o un ramo d’azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l’affittuario, ovvero il soggetto risultante dall’avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all’aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell’articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice”.>

Cosa fare per fattispecie accadute prima del 1 luglio 2006?

<Le questioni controverse tra le parti devono allora trovare soluzione in esauritivi precedenti giurisprudenziali dai quali non vi è ragione per discostarsi e ai quali si rinvia, ai sensi dell’art. 9 della legge 21 luglio 2000, n. 205.>

leggiamo questo importante passaggio quindi:

<In tal modo inquadrato l’oggetto del giudizio, va rilevato che effettivamente - in base ad un risalente orientamento giurisprudenziale, cui sembra essersi attenuto il Tribunale amministrativo regionale - i requisiti soggettivi ed oggettivi devono essere posseduti dai concorrenti all’aggiudicazione dei contratti pubblici al momento della pubblicazione del bando di gara, l’accorrente non può nel corso della procedura cedere ad altri la sua posizione di partecipante, né può la stazione appaltante aggiudicare il contratto ad un soggetto che non abbia presentato in proprio domanda di partecipazione al procedimento.

Il principio, elaborato con specifico riferimento ai raggruppamenti temporanei di imprese, si traduce - sempre secondo l’indirizzo giurisprudenziale in parola - nell’immodificabilità della composizione dell’associazione, di modo che, non diversamente da quanto previsto per il concorrente singolo, ove per taluno dei partecipanti al raggruppamento vengano a mancare nel corso della procedura di gara i requisiti occorrenti, se ne deve far conseguire l’esclusione del raggruppamento senza possibilità di una sua sostituzione, con conseguente esclusione dell’impresa non più in possesso dei requisiti.>

Fin qui verrebbe da pensare che siano stati legittimi sia l’annullamento dell’aggiudicazione che la relativa escussione, invece.....:

<Senonché, occorre anche rilevare che tale orientamento si è andato col tempo progressivamente evolvendo in correlazione alla contemporanea attenuazione, sulla spinta del diritto comunitario,

della personalizzazione del contratto di appalto pubblico: nell'ordinamento interno, con l'art. 35 della legge n. 109/1994 sono state, in particolare, previste - sia pure con riferimento alla fase esecutiva del contratto, ritenute però estensibili anche alla fase dell'aggiudicazione dell'appalto - alcune ipotesi (cessione di azienda e trasformazione, fusione e scissione di società) in cui è consentita la successione nel rapporto negoziale con l'amministrazione appaltante, modificandosi in tal modo ed integrando l'art. 18, comma 2, della legge n. 55/1990, come già sostituito dall'art. 12 della legge 12 luglio 1991, n. 203.

Contemporaneamente si è ritenuta ammissibile la circolazione oggettiva di alcune delle referenze proprie dell'operatore economico, le quali, in quanto non strettamente personali dell'imprenditore, possono essere utilizzate da diverso soggetto alla sola condizione che esso dimostri di poterne effettivamente disporre e che dell'utilizzazione sia fatta informazione alla stazione appaltante (cosiddetto principio dell'avvalimento).

Nell'indicata prospettiva, si può, pertanto, ritenere acquisito nella giurisprudenza vigente l'ulteriore principio della derogabilità di quello precedentemente richiamato dell'immodificabilità soggettiva dell'offerente, ammettendosi la possibilità del subentro allo stesso di altro soggetto nella posizione di contraente o di partecipante ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico in caso di cessione di azienda e di trasformazione di società; sempre che la cessione dell'azienda o gli atti di trasformazione, fusione o scissione della società, sulla cui base avviene il detto subentro, siano comunicati alla stazione appaltante e questa abbia verificato l'idoneità soggettiva del subentrante >

Ma il Supremo giudice amministrativo non si ferma qui, e ci segnalata anche l'importanza del nuovo diritto societario:

< Non vi è quindi ragione in fattispecie di far prevalere ragioni puramente formali rispetto alle varie esigenze sostanziali che fanno da sfondo al principio di continuità nei rapporti giuridici, come di recente codificato dalla riforma del diritto societario in tema di trasformazione nelle sue varie forme (D.Lvo 17 gennaio 2003 n.6 e D.Lvo 6 febbraio 2004, n.37).

Il nuovo art. 2498 c.c., rubricato proprio "Continuità dei rapporti giuridici", enuncia che "Con la trasformazione l'Ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione">

Di conseguenza:

< Il legislatore delegato ha posto così fine all'ampia elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, non sempre univocamente risolta, sottolineando che l'effetto tipico della trasformazione è, appunto, non solo la conservazione dei diritti ed obblighi sorti prima della trasformazione (come diceva il vecchio art. 2498 c.c.) ma, più in generale, la prosecuzione di tutti i rapporti che fanno capo all'ente trasformando, economici e giuridici, ed anche processuali, come sostenuto dalla Corte di Cassazione>

dove ci porta tutto questo

al fatto che l' articolo 51 del codice dei contratti che così recita:

< (rubricata sotto il titolo "Vicende soggettive del candidato dell'offerente e dell'aggiudicatario") dispone, infatti, che "Qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione,

fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice".>

< ha fatto soltanto chiara esplicitazione, a recepimento del giusto rilievo da dare ad una vicenda dalla valenza pratica immediata, capace di incidere profondamente sulle potenzialità di sviluppo e sulla competitività dei soggetti che esercitano attività di impresa e talora sulla stessa loro sopravvivenza in un sistema economico sempre più complesso e globale.>

la vicenda quindi si conclude con la seguente affermazione:

<Facendo applicazione dei suindicati principi al caso in esame, ne deriva che impropriamente la Regione Valle d'Aosta ha escluso la ditta appellante dalla gara in questione, alla cui partecipazione essa aveva titolo in prosecuzione: nessuna rilevanza assume poi, ai fini dell'andamento di gara, l'intervenuto deliberato conferimento dell'azienda alla società subentrante, della quale peraltro – come da ricordato verbale – lo stesso soggetto individuale era quotista intrinsecamente totalitario anche nella nuova e più evoluta veste giuridica.

Segue da ciò che la ditta individuale esclusa non ha reso falsa dichiarazione dal momento che la s.r.l. non era ancora nelle condizioni formali di subentrante per poter partecipare direttamente e per il fatto che la Regione, ricevuti i documenti di rito a seguito dell'aggiudicazione provvisoria, è stata messa in condizione di valutare il possesso del requisito partecipativo (dichiarato) rispetto a quello risultante dalla cessione dell'azienda mediante conferimento (identico a quello antecedente); d'altro canto, la mancata verifica da parte dell'Amministrazione è diretta conseguenza della presa di posizione nominalistica sulla soggettività aziendale e la sua immediata perdita in capo alla ditta partecipante per il semplice fatto dell'adozione di una delibera assembleare di aumento di capitale mediante conferimento d'azienda>

E per quanto concerne la garanzia provvisoria?

In correlazione, è illegittima anche la disposta escussione per mancanza di valido presupposto.

Con la considerazione ulteriore, infine, che, a seguito della cessione e del subentro nella sostituita realtà sociale, non poteva derivare neanche invalidazione alcuna o inefficacia della polizza fideiussoria prestata dalla concorrente iniziale a garanzia dell'offerta: infatti, siffatto adempimento è inerente al profilo oggettivo dell'organizzazione aziendale dell'impresa garantita e doveva considerarsi anch'essa trasferita al cessionario subentrante, e quindi non aggredibile.

Invero, delle due l'una: se la ditta individuale aveva cessato di esistere, non poteva essere soggetto di escussione, ma al limite la s.r.l. avente causa.

Questa conclusione, nel dimostrare la prosecuzione dell'attività della ditta cessante nella nuova veste societaria, avvalorava l'enunciato iniziale di continuità anche nella sua posizione di partecipante alla gara.>

Non essendo legittimo l'annullamento dell'aggiudicazione,

<quindi, le misure sanzionatorie applicate (escussione e segnalazione), non essendo corroborate da adeguato fondamento giuridico per essere insussistenti i fatti principali conclamati dalla stazione appaltante, devono intendersi di conseguenza travolte.>

riportiamo qui di seguito il testo della decisione numero 5197 del 4 ottobre 2007 emessa dal Consiglio di Stato

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente
DECISIONE

sul ricorso in appello n. 2592 del 2004 proposto dalla ditta individuale ALFA ORAZIO, in persona dell'omonimo titolare, rappresentato e difeso dall'avv. Riccardo Barberis, presso di lui elettivamente domiciliato in Roma, Via Valdagno, n. 22,

CONTRO

la Regione Autonoma della Valle d'Aosta, in persona del suo Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Gianfranco Garancini, Antonella Banfi ed Enrico Romanelli, elettivamente domiciliati in Roma presso lo studio dell'ultimo, Viale Giulio cesare, n. 14;

PER LA RIFORMA

della sentenza del TAR della Valle d'Aosta 19 febbraio 2004, n. 22;

visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

visti agli atti di costituzione in giudizio della Regione appellata;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti gli atti tutti di causa;

relatore, alla pubblica udienza del 19 giugno 2007, il cons. Vito Carella;

uditi, per le parti, l'avv. Barberis e Santarelli per delega dell'avv. Garancini;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue

FATTO

Con il provvedimento impugnato in primo grado, la Regione Valle d'Aosta ha disposto escussione della fideiussione rilasciata in sede di gara e segnalazione all'Autorità di Vigilanza dei Lavori pubblici in conseguenza della esclusione dalla gara e della revoca dell'aggiudicazione provvisoria all'impresa individuale ALFA Orazio dell'appalto relativo alla esecuzione dei lavori di realizzazione dei marciapiedi nella S.R. n. 45 della Valle d'Aosta.

Il Tribunale Amministrativo regionale in epigrafe indicato, con la gravata sentenza, ha respinto il ricorso proposto dall'interessato, compensando le spese di lite e rilevando che:

1. - l'atto di cessione all'impresa ALFA Costruzioni Generali s.r.l. del complesso dei beni costituenti la ditta individuale ALFA Orazio è stato stipulato il 7 ottobre 2002 e registrato il successivo 9 ottobre, per cui deve ritenersi che alla data di presentazione dell'offerta – spedita il 15 ottobre 2002 e pervenuta alla Regione due giorni dopo – tale ditta ricorrente, come si legge nella motivazione del provvedimento impugnato, “non era legittimata a partecipare, in quanto giuridicamente aveva cessato di esistere già alla data del 7.10.2002”, atteso che l'iscrizione dell'atto di cessione d'azienda nel registro delle imprese ha effetti meramente dichiarativi e non costitutivi (Cass., Sez. III, 28 giugno 1997, n. 5798) e, quindi, sono di conseguenza inconferenti, perchè a partire dal 7 ottobre 2002 la ricorrente non possedeva più i requisiti di ordine speciale per l'attestazione SOA, sia il richiamo all'art. 35 della legge n. 109 del 1994 (che disciplina il subentro di un nuovo soggetto nella titolarità del contratto), sia il richiamo all'art. 15, comma 9, del d.p.r. n. 34 del 2000 (che in caso di fusione, trasferimento o cessione di un ramo d'azienda consente al nuovo soggetto di avvalersi, ai fini della qualificazione, dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine);

2. – va poi aggiunto che nella specie l'impresa cessionaria nemmeno si è attivata per chiedere – entro il termine decadenziale previsto per la presentazione delle offerte (24 ottobre 2002) – di avvalersi della domanda presentata dalla ditta ALFA Orazio, ma solo in data 9 dicembre 2002, a seguito della richiesta di documentazione avanzata dall'Amministrazione all'impresa cedente risultata migliore offerente, l'impresa cessionaria ha comunicato alla Regione l'avvenuto conferimento della ditta individuale ALFA Orazio nella società ALFA Costruzioni generali s.r.l.;

3. – va aggiunto ancora, quanto al lamentato ritardo nella adozione del provvedimento di esclusione, che in data 28 novembre 2002 l'Autorità di Vigilanza sui Lavori pubblici ha sospeso l'impresa ricorrente dalla partecipazione alle gare d'appalto di qualsiasi importo a decorrere dal 26 giugno 2002 fino al 23 ottobre 2003 e che solo a seguito della sentenza n. 1994 del 3 aprile 2003 – con cui il Tar del Lazio ha annullato tale sospensione – l'Amministrazione ha dato avvio alla procedura di verifica della documentazione presentata dall'impresa risultata migliore offerente;

4. – non v'è dubbio che la giuridica inesistenza della ditta individuale ALFA Orazio al momento della presentazione dell'offerta si sia tradotta nell'impossibilità per la stessa impresa di fornire la prova del possesso dei requisiti dichiarati nella domanda di partecipazione alla gara, circostanza che, secondo la richiamata disposizione (art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994), costituisce il presupposto per l'esclusione del concorrente dalla gara e per l'applicazione delle sanzioni dell'escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza.

Con il gravame in esame, l'appellante ha chiesto che il ricorso di primo grado sia accolto, deducendo:

A. – non sarebbe configurabile, in relazione all'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109/94, alcuna falsità nelle dichiarazioni effettuate in sede di gara e la sanzione della esecuzione della cauzione provvisoria è prevista dalla legge solo per il caso di falsità delle dichiarazioni presentate in fase di ammissione sui requisiti tecnici ed economici;

B. – l'impresa individuale aveva formulato offerta in data 15.10.2002 quando era ancora in possesso della SOA, trasferita come attestato il 18.10.2002 e non aveva ancora proceduto ad iscriverla alla Camera di Commercio la cessione di azienda, operazione effettuata sotto la stessa data del 18, per cui l'appellante - al momento dell'offerta - ha correttamente dichiarato il possesso dei requisiti e, quindi, tutti i presupposti di una valida partecipazione;

C. – la normativa (art. 35 della legge n. 109 del 1994 e art. 15, comma 9, d.p.r. n. 34/2000) consente al cedente dell'azienda di proporre atti del procedimento per conto del cessionario, come accade nel caso della sostituzione processuale, in quanto il subentro è automatico e il committente non può opporsi se non per mancanza dei requisiti di idoneità tecnica ed economica previsti dalla normativa sulla qualificazione dei soggetti esecutori di lavori pubblici, sicchè è evidente come il cedente continua a partecipare alla gara in qualità di sostituto del cessionario, ed è proprio in tale veste che l'impresa individuale ha continuato a partecipare all'perimento in questione;

D. – l'Amministrazione è decaduta dalla facoltà di proporre opposizione, non avendola esercitata nei 60 giorni prescritti dall'art. 35 della legge 109/1994 e così, di fatto, autorizzando la cessione di azienda, non essendosi opposta alla stessa.

La Regione appellata si è costituita in giudizio e con l'atto del 1° aprile 2004 ha rassegnato le seguenti conclusioni:

I. – nell'arco temporale compreso tra l'inizio della gara e la stipula del contratto, rileva solo ed esclusivamente la posizione di partecipante che è, per sua natura, una posizione assolutamente incredibile;

II. – nulla avrebbe vietato alla ALFA Costruzioni Generali s.r.l. di partecipare alla gara tramite la presentazione di una propria offerta (entro i termini prescritti) e mediante l'attestazione SOA originariamente in capo alla Impresa ALFA Orazio (ditta ceduta), in attesa delle procedure legali di trasferimento (e in pendenza della definizione del giudizio – risoltosi poi favorevolmente per l'impresa ALFA Orazio – innanzi il Tar per il Lazio);

III. – la ditta individuale non aveva titolo a presentare l’offerta non sussistendo più giuridicamente e l’esercizio dei poteri rappresentativi presuppone in ogni caso la “contemplatio domini”;

IV. – definizione del giudizio con condanna alle spese di lite.

Le parti hanno ulteriormente illustrato le proprie tesi con rispettive memorie del 13.6.2007, in particolare prospettando:

i. – l’appellante, la possibilità della cessione dell’azienda prima della aggiudicazione definitiva della gara e del contratto, come previsto dall’art. 51 del D.Lgs. n. 163/2006 (codice dei contratti pubblici) ed, inoltre, l’incameramento della cauzione e la segnalazione del fatto all’Autorità di Vigilanza possono essere disposte solo quando risulti la sostanziale scorrettezza dell’offerente (Cons. St., VI, n. 1838/2003);

ii. – l’appellata, in applicazione dell’art. 96 c.p.c., condanna per lite temeraria.

All’udienza del 19.6.2007 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. – Come da esposizione in fatto, la controversia riguarda escussione della fideiussione e segnalazione all’Autorità di Vigilanza dei lavori pubblici in conseguenza della esclusione dalla gara e della revoca dell’aggiudicazione provvisoria in capo alla ditta individuale ALFA Orazio dell’appalto relativo alla esecuzione dei lavori di realizzazione dei marciapiedi nella S.R. n. 45 della Valle d’Aosta.

La tesi della committente Regione Valle d’Aosta – alla quale hanno aderito i primi giudici con la gravata sentenza – è incentrata sui rilievi che l’appellante, avendo ceduto l’impresa alla società ALFA Costruzioni Generali a responsabilità limitata con contratto del 7 ottobre 2002, alla data di presentazione dell’offerta (15 ottobre 2002) “non era legittimata a partecipare, in quanto giuridicamente aveva cessato di esistere”; quindi, non possedeva più i requisiti speciali dell’attestazione SOA trasferita, con la conseguenza, non potendo l’aggiudicataria fornire la prova del possesso degli elementi dichiarati nella domanda di partecipazione alla gara, che si è radicata dichiarazione mendace, cui legalmente accedono la disposta esclusione e le denunciate sanzioni dell’esclusione e della comunicazione all’Autorità di Vigilanza; del resto – viene aggiunto – l’impresa cessionaria nemmeno si è attivata per chiedere – entro il termine decadenziale previsto per la presentazione delle offerte (24 ottobre 2002) – di avvalersi della domanda presentata dalla ditta ALFA Orazio, ma solo in data 9 dicembre 2002, a seguito della richiesta di documentazione avanzata dall’Amministrazione all’impresa cedente risultata migliore offerente, l’impresa cessionaria ha comunicato alla Regione l’avvenuto conferimento della ditta individuale ALFA Orazio nella ALFA Costruzioni Generali s.r.l.

Questo argomentare è contestato dall’impresa appellante, secondo la quale non è configurabile alcuna falsità e le sanzioni sono applicabili solo relativamente alle dichiarazioni presentate in fase di ammissione sui requisiti tecnici ed economici; avendo comunicato alla camera di Commercio la cessione di azienda il 18.10.2002, al momento dell’offerta essa impresa ha correttamente dichiarato il possesso dei requisiti e validamente partecipato; senza dire che l’Amministrazione, non essendosi opposta nel termine di 60 giorni previsti dall’art. 35 della legge n. 109 del 1994, ha implicitamente autorizzato l’intervenuta cessione di azienda; d’altro canto – si sostiene ancora – anche a termini dell’art. 15, comma 9, d.p.r. n. 34 del 2000, il cedente continua a partecipare alla gara in qualità di sostituto del cessionario ed è proprio in tale veste che l’impresa individuale ha continuato a partecipare all’esperimento in questione, come ora definitivamente acclarato dall’art. 51 del D.Lgs. n. 163 del 2006 concernente il codice dei contratti pubblici; va, quindi, pure esclusa una sostanziale scorrettezza dell’offerente.

Nel presente giudizio, anche a circoscrivere l’impugnativa, è bene segnalare che non viene in contestazione l’affidamento dell’appalto alla seconda graduata, né è posta domanda di risarcimento danni.

Sulla base di tali premesse l’appello è fondato e va, dunque, accolto per le ragioni che di seguito vengono precisate.

2. – I fatti di causa esposti inducono a trattare unitariamente le doglianze relative, in considerazione delle loro concatenazioni e interdipendenze.

Le censure stesse sono poi articolate in una serie frammentata di profili e di contrapposte contestazioni, per aspetti anche diversi che, nel complesso, sono tuttavia secondari e non funzionali alla reale economia del giudizio, il quale deve essere invece incentrato su due punti principali, a loro volta da ricondurre all'unitaria tematica della continuità dei rapporti giuridici nell'appalto pubblico.

Il primo, è relativo alla sorte della partecipazione a gara, per effetto della cessione dell'azienda o di un suo ramo, quando il mutamento di soggettività giuridica della cedente e della cessionaria non è formalmente perfezionato secondo il diritto societario e non ancora definiti i vari adempimenti, specie quelli preordinati per concorrere alle procedure di evidenza pubblica, giacché in tal caso, non potendo partecipare né l'una né l'altra impresa, l'esclusione assume evidenti connotati di irragionevolezza, sproporzione, distorsione della concorrenza, come accaduto nel caso di specie.

Il secondo, riguarda invece la prosecuzione della partecipazione – tramite l'azienda trasferita alla conferitaria - posto che l'azienda, quale complesso di elementi materiali e immateriali organizzati in una individualità oggettiva per la funzione imprenditoriale, può essere materia di conferimento sociale, il quale si concreta nel trasferimento del diritto sull'azienda alla società traslata, sia essa di capitali o di persone.

Da tale quadro dipende la inconfigurabilità o meno, nello specifico, della eccepita carenza di legittimazione a prendere parte alla gara, in quanto il requisito partecipativo era indubbiamente posseduto dal soggetto candidato cedente o, comunque, esso veniva a sussistere in capo alla società cessionaria subentrata.

Al riguardo vale anche osservare come il tema principale della vertenza è di diritto intertemporale, "ratione temporis" della fattispecie, non potendo trovare diretta applicazione l'art. 51 del D.Lgs. del 12 aprile 2006, n. 163 sul codice dei contratti pubblici, che ha chiarito la validità della cessione di azienda prima dell'aggiudicazione definitiva della gara e del contratto.

La citata norma (rubricata sotto il titolo "Vicende soggettive del candidato dell'offerente e dell'aggiudicatario") dispone, infatti, che "Qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice".

Le questioni controverse tra le parti devono allora trovare soluzione in esaustivi precedenti giurisprudenziali dai quali non vi è ragione per discostarsi e ai quali si rinvia, ai sensi dell'art. 9 della legge 21 luglio 2000, n. 205.

3. - In tal modo inquadrato l'oggetto del giudizio, va rilevato che effettivamente - in base ad un risalente orientamento giurisprudenziale, cui sembra essersi attenuto il Tribunale amministrativo regionale - i requisiti soggettivi ed oggettivi devono essere posseduti dai concorrenti all'aggiudicazione dei contratti pubblici al momento della pubblicazione del bando di gara, l'accorrente non può nel corso della procedura cedere ad altri la sua posizione di partecipante, né può la stazione appaltante aggiudicare il contratto ad un soggetto che non abbia presentato in proprio domanda di partecipazione al procedimento. Il principio, elaborato con specifico riferimento ai raggruppamenti temporanei di imprese, si traduce - sempre secondo l'indirizzo giurisprudenziale in parola - nell'immodificabilità della composizione dell'associazione, di modo che, non diversamente da quanto previsto per il concorrente singolo, ove per taluno dei partecipanti al raggruppamento vengano a mancare nel corso della procedura di gara i requisiti occorrenti, se ne deve far conseguire l'esclusione del raggruppamento senza possibilità di una sua sostituzione, con conseguente esclusione dell'impresa non più in possesso dei requisiti.

Senonché, occorre anche rilevare che tale orientamento si è andato col tempo progressivamente evolvendo in correlazione alla contemporanea attenuazione, sulla spinta del diritto comunitario, della personalizzazione del contratto di appalto pubblico: nell'ordinamento interno, con l'art. 35 della legge n. 109/1994 sono state, in particolare, previste - sia pure con riferimento alla fase esecutiva del contratto, ritenute però estensibili anche alla fase dell'aggiudicazione dell'appalto - alcune ipotesi (cessione di azienda e trasformazione, fusione e scissione di società) in cui è consentita la successione nel rapporto negoziale con l'amministrazione appaltante, modificandosi in tal modo ed integrando l'art. 18, comma 2, della legge n. 55/1990, come già sostituito dall'art. 12 della legge 12 luglio 1991, n. 203. Contemporaneamente si è ritenuta ammissibile la circolazione oggettiva di alcune delle referenze proprie dell'operatore economico, le quali, in quanto non strettamente personali dell'imprenditore, possono essere utilizzate da diverso soggetto alla sola condizione che esso dimostri di poterne effettivamente disporre e che dell'utilizzazione sia fatta informazione alla stazione appaltante (cosiddetto principio dell'avvalimento).

Nell'indicata prospettiva, si può, pertanto, ritenere acquisito nella giurisprudenza vigente l'ulteriore principio della derogabilità di quello precedentemente richiamato dell'immodificabilità soggettiva dell'offerente, ammettendosi la possibilità del subentro allo stesso di altro soggetto nella posizione di contraente o di partecipante ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico in caso di cessione di azienda e di trasformazione di società; sempre che la cessione dell'azienda o gli atti di trasformazione, fusione o scissione della società, sulla cui base avviene il detto subentro, siano comunicati alla stazione appaltante e questa abbia verificato l'idoneità soggettiva del subentrante (in argomento, cfr. Cons. St., VI, 6 aprile 2006, n. 1873).

4. - Non vi è quindi ragione in fattispecie di far prevalere ragioni puramente formali rispetto alle varie esigenze sostanziali che fanno da sfondo al principio di continuità nei rapporti giuridici, come di recente codificato dalla riforma del diritto societario in tema di trasformazione nelle sue varie forme (D.Lvo 17 gennaio 2003 n.6 e D.Lvo 6 febbraio 2004, n.37).

Il nuovo art. 2498 c.c., rubricato proprio "Continuità dei rapporti giuridici", enuncia che "Con la trasformazione l'Ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione".

Il legislatore delegato ha posto così fine all'ampia elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, non sempre univocamente risolta, sottolineando che l'effetto tipico della trasformazione è, appunto, non solo la conservazione dei diritti ed obblighi sorti prima della trasformazione (come diceva il vecchio art. 2498 c.c.) ma, più in generale, la prosecuzione di tutti i rapporti che fanno capo all'ente trasformando, economici e giuridici, ed anche processuali, come sostenuto dalla Corte di Cassazione (I,13 settembre 2002, n.13434; 23 aprile 2001, n.5963).

Di questi principi, quindi, il citato art. 51 del codice dei contratti pubblici ha fatto soltanto chiara esplicitazione, a recepimento del giusto rilievo da dare ad una vicenda dalla valenza pratica immediata, capace di incidere profondamente sulle potenzialità di sviluppo e sulla competitività dei soggetti che esercitano attività di impresa e talora sulla stessa loro sopravvivenza in un sistema economico sempre più complesso e globale.

E ciò vale anche - e soprattutto - in materia di partecipazione a gare pubbliche, sicché non è condivisibile e non corrisponde a realtà l'affermazione "che la ditta ceduta aveva cessato di esistere già alla data del 7.10.2002 poiché l'iscrizione dell'atto di cessione d'azienda nel registro delle imprese ha effetti meramente dichiarativi e non costitutivi".

Il punto non è questo perché in tale data, come da verbale in atti, è stata tenuta solo Assemblea straordinaria della s.r.l. per l'aumento di capitale mediante conferimento dell'azienda individuale, la cui natura negoziale è solo obbligatoria e non reale, ovvero a contenuto preliminare o in formazione dei conseguenti adempimenti e dovute iscrizioni, nella provvisorietà comunque avente rilevanza solo nei rapporti interni, ma non in quelli esterni, come si ricava dai criteri contenuti nell'art. 2331 c.c..

La questione deve essere perciò inserita all'interno delle problematiche relative alla condizione di una società nell'intervallo di tempo intercorrente tra la stipulazione dell'atto costitutivo (o

modificativo) e l'iscrizione dello stesso nel registro delle imprese per cui – riguardata la vicenda sotto tale aspetto – era semmai la s.r.l. da ritenere non in condizione di operare sul mercato senza il rispetto degli adempimenti e delle formalità iniziali (cfr., in argomento simile, Cass. Civ., I, 5.6.1999, n. 5533).

In sintesi, poiché il conferimento d'azienda è una modalità di trasformazione societaria che assume forma alternativa alla fusione o incorporazione, viene a realizzarsi una continuità sia in senso soggettivo, sia in senso oggettivo dell'attività di impresa che non subisce interruzione alcuna.

5. – Facendo applicazione dei suindicati principi al caso in esame, ne deriva che impropriamente la Regione Valle d'Aosta ha escluso la ditta appellante dalla gara in questione, alla cui partecipazione essa aveva titolo in prosecuzione: nessuna rilevanza assume poi, ai fini dell'andamento di gara, l'intervenuto deliberato conferimento dell'azienda alla società subentrante, della quale peraltro – come da ricordato verbale – lo stesso soggetto individuale era quotista intrinsecamente totalitario anche nella nuova e più evoluta veste giuridica.

Segue da ciò che la ditta individuale esclusa non ha reso falsa dichiarazione dal momento che la s.r.l. non era ancora nelle condizioni formali di subentrante per poter partecipare direttamente e per il fatto che la Regione, ricevuti i documenti di rito a seguito dell'aggiudicazione provvisoria, è stata messa in condizione di valutare il possesso del requisito partecipativo (dichiarato) rispetto a quello risultante dalla cessione dell'azienda mediante conferimento (identico a quello antecedente); d'altro canto, la mancata verifica da parte dell'Amministrazione è diretta conseguenza della presa di posizione nominalistica sulla soggettività aziendale e la sua immediata perdita in capo alla ditta partecipante per il semplice fatto dell'adozione di una delibera assembleare di aumento di capitale mediante conferimento d'azienda.

In correlazione, è illegittima anche la disposta escussione per mancanza di valido presupposto. Con la considerazione ulteriore, infine, che, a seguito della cessione e del subentro nella sostituita realtà sociale, non poteva derivare neanche invalidazione alcuna o inefficacia della polizza fideiussoria prestata dalla concorrente iniziale a garanzia dell'offerta: infatti, siffatto adempimento è inerente al profilo oggettivo dell'organizzazione aziendale dell'impresa garantita e doveva considerarsi anch'essa trasferita al cessionario subentrante, e quindi non aggredibile.

Invero, delle due l'una: se la ditta individuale aveva cessato di esistere, non poteva essere soggetto di escussione, ma al limite la s.r.l. avente causa.

Questa conclusione, nel dimostrare la prosecuzione dell'attività della ditta cessante nella nuova veste societaria, avvalorata l'enunciato iniziale di continuità anche nella sua posizione di partecipante alla gara.

Quindi, le misure sanzionatorie applicate (escussione e segnalazione), non essendo corroborate da adeguato fondamento giuridico per essere insussistenti i fatti principali conclamati dalla stazione appaltante, devono intendersi di conseguenza travolte.

6. – In conclusione, per tutte le considerazioni suesposte, l'appello in epigrafe va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, va accolto anche il ricorso proposto in primo grado, con l'annullamento degli atti impugnati in tale sede.

Ovviamente la soccombenza regionale esclude la pretesa da costei sollevata di responsabilità processuale aggravata.

Stante la novità delle questioni trattate e il rilevato contrasto giurisprudenziale, le spese processuali del doppio grado di giudizio meritano di essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, accoglie l'appello e, per l'effetto, in accoglimento del ricorso originario e nei suoi limiti, annulla i provvedimenti impugnati in primo grado.

Compensa le spese di lite del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio tenutasi il 19 giugno 2007, presso la sede del Consiglio di Stato, Palazzo Spada, con l'intervento dei signori:

Giovanni VACIRCA	- Presidente
Anna LEONI	- Consigliere
Carlo SALTELLI	- Consigliere
Carlo DEODATO	- Consigliere
Vito CARELLA	- Consigliere,rel.est.
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Vito Carella	Giovanni Vacirca

IL SEGRETARIO
Rosario Giorgio Carnabuci

Depositata in Segreteria
Il 04/10/2007
(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)
Il Dirigente Dott. Antonio Serrao

*****Tar Aosta , Aosta, sentenza n. 23 del 19 febbraio 2004**

Non esistendo, la ditta non può nemmeno dimostrare il reale possesso dei requisiti di ordine speciale: legittima quindi l'escussione della garanzia

Un'intricata vicenda sulla cessione di un ramo di azienda, rende giuridicamente inesistente un'impresa all'atto di partecipazione ad una gara pubblica

Sintesi di Tar Aosta , Aosta, sentenza n. 23 del 19 febbraio 2004

Parole chiave:

appalti di lavori – cauzione provvisoria – fattispecie particolare di escussione della garanzia – inesistenza giuridica della ditta partecipante – legittimità delle tre sanzioni collegate all'art. 10 comma 1 quater della L. 109/94 s.m.i.- esclusione – escussione – segnalazione all'autorità

Conseguenze operative:

Non v'è dubbio infatti che la giuridica inesistenza della ditta al momento della presentazione dell'offerta si sia tradotta nell'impossibilità per la stessa impresa di fornire la prova del possesso dei requisiti dichiarati nella domanda di partecipazione alla gara, circostanza che, secondo la richiamata disposizione, costituisce il presupposto per l'esclusione del concorrente dalla gara e per l'applicazione delle sanzioni dell'escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza

Di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA In Nome del Popolo Italiano
Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta

S E N T E N Z A

Sul ricorso n. 82/2003 proposto dalla ditta individuale Orazio *****, in persona dell'omonimo titolare, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Barberis ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Roberto Creton, in Aosta, via Torino, n. 7;

contro

la REGIONE AUTONOMA VALLE D'AOSTA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianfranco Garancini e Antonella Banfi ed elettivamente domiciliata in Aosta, presso lo studio dell'avvocato Claudio Maione, Via Croce di Città n. 44;

per l'annullamento

del provvedimento dirigenziale della Regione Valle d'Aosta n. 3912 del 9 luglio 2003, comunicato con nota n. 27515/OP del 22 luglio 2003, con cui è stata disposta la comminatoria delle sanzioni di escussione della fideiussione rilasciata in sede di gara, tramite Credito cooperativo n. 1016/02 AG 01 rapp. n. 11.01.957/84 e di segnalazione all'Autorità di vigilanza LLPP a seguito della esclusione dalla gara e la revoca della aggiudicazione alla impresa ***** Orazio dell'appalto relativo alla esecuzione dei lavori di realizzazione dei marciapiedi nella SR n. 45 della Valle d'Ayas località Villa del Comune di Challand-Saint-Victor;

di ogni altro provvedimento connesso, preordinato, conseguente e preliminare a quello impugnato;
Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Valle d'Aosta;

Visto gli atti tutti della causa;

Uditi, nella pubblica udienza del 21 gennaio 2004, relatore il Consigliere Maddalena Filippi, l'avv. Robert Creton su delega e per conto dell'avv. Riccardo Barberis per il ricorrente e l'avv. Gianfranco Garancini per l'amministrazione resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

1. – Con il ricorso in epigrafe la ditta individuale ***** Orazio, impugna il provvedimento dirigenziale n. 3912 del 9 luglio 2003 con cui la Regione Valle d'Aosta ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara relativa alla esecuzione dei lavori di realizzazione dei marciapiedi lungo la SR n. 45 della Valle d'Ayas, in località Villa, in Comune di Challand-Saint-Victor – per un importo a base d'asta pari a Euro 1.174.939,44 - e la conseguente escussione della fideiussione bancaria rilasciata in sede di gara dalla stessa ricorrente, tramite Credito cooperativo n. 1016/02 AG 01 rapp. n. 11.01.957/84.

2. – La legittimità del provvedimento impugnato viene contestata sotto il profilo dell'eccesso di potere per mancanza dei presupposti, per travisamento ed errata valutazione dei fatti, nonché per violazione di legge con riferimento agli articoli 10, comma 1 quater, e 35 della legge n. 11 febbraio 1994, n. 109 e all'articolo 15, comma 9, del d.p.r. 25 gennaio 2000, n. 34.

3. - La Regione Valle d'Aosta - costituitasi in giudizio – sostiene l'infondatezza del ricorso e ne chiede il rigetto.

DIRITTO

1. – Oggetto del ricorso è il provvedimento con cui la Regione Valle d'Aosta ha escluso la ditta individuale **** Orazio dalla gara indetta per l'esecuzione di marciapiedi lungo la strada regionale n. 45, contestualmente disponendo l'escussione della fideiussione bancaria rilasciata dalla stessa ricorrente.

Come si legge nella motivazione del provvedimento, l'esclusione si fonda sull'accertamento dell'avvenuta cessione - alla data di presentazione dell'offerta - della totalità delle quote della impresa individuale **** Orazio all'impresa **** Costruzioni Generali s.r.l. e sulla conseguente giuridica inesistenza, a tale data, dell'impresa ora ricorrente.

2. – Il ricorso non è fondato.

2.a – Con il secondo e terzo motivo di impugnativa - il cui esame conviene anticipare per motivi di ordine logico - si lamenta il travisamento dei fatti e il difetto dei presupposti, in quanto la cessione d'azienda si sarebbe perfezionata solo il 18 ottobre 2002, al momento dell'iscrizione della relativa operazione alla Camera di Commercio, con la conseguenza che, alla data di presentazione dell'offerta, avvenuta il giorno 15 dello stesso mese di ottobre, la ricorrente sarebbe stata ancora in possesso dell'attestazione SOA, trasferita tre giorni dopo alla **** Costruzioni Generali S.r.l., come del resto risulta dalla motivazione del provvedimento impugnato; in ogni caso la ricorrente, in qualità di cedente, sarebbe stata comunque legittimata a proporre la propria offerta e il committente, ai sensi dell'art. 35 della legge n. 109 del 1994, non avrebbe potuto opporsi al subentro della cessionaria se non per mancanza dei requisiti di qualificazione tecnica ed economica che si sarebbero automaticamente trasferiti in capo all'impresa cessionaria, per effetto della cessione di azienda, secondo quanto previsto dall'art. 15, comma 9, del d.p.r. n. 34 del 2000.

2.b – La censura muove dal presupposto – erroneo - che la cessione di azienda sia stata "effettuata a gara conclusa" e che alla data in cui l'impresa cedente ha presentato la propria offerta (15 ottobre 2002), l'impresa cessionaria non avrebbe potuto proporre la domanda di partecipazione "in quanto ancora alcun trasferimento era stato effettuato".

Come risulta dagli atti del ricorso, l'atto di cessione all'impresa **** Costruzioni Generali S.r.l. del complesso dei beni costituenti la ditta individuale **** Orazio è stato stipulato il 7 ottobre 2002 e registrato il successivo 9 ottobre: deve quindi ritenersi che alla data di presentazione dell'offerta – spedita il 15 ottobre 2002 e pervenuta alla Regione due giorni dopo – l'impresa ricorrente, come si legge nella motivazione del provvedimento impugnato, "non era legittimata a partecipare, in quanto giuridicamente aveva cessato di esistere già alla data del 7/10/2002".

E nemmeno può ritenersi, come si sostiene con il ricorso, che l'impresa cedente fosse legittimata a presentare l'offerta in quanto ancora in possesso - alla data del 15 ottobre 2002 – dell'attestato SOA, trasferito all'impresa **** Costruzioni Generali S.r.l. solo il 18 ottobre 2002: va infatti osservato che l'iscrizione dell'atto di cessione d'azienda nel registro delle imprese ha effetti meramente dichiarativi e non costitutivi (Cass., sez. III, 28 giugno 1997, n. 5798). Nella specie dunque, poiché il conferimento dell'impresa cedente nell'impresa cessionaria si è perfezionato il 7 ottobre 2002, non v'è dubbio che a partire dalla stessa data la ricorrente non possedesse più i requisiti di ordine speciale per l'attestazione SOA.

Sono di conseguenza inconferenti sia il richiamo all'art. 35 della legge n. 109 del 1994 - che disciplina il subentro di un nuovo soggetto nella titolarità del contratto, per effetto di cessioni di azienda o di atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ad imprese che eseguono opere pubbliche – sia il richiamo all'art. 15, comma 9, del d.p.r. n. 34 del 2000 - che, in caso di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento di azienda o di un suo ramo, consente al nuovo soggetto di avvalersi, ai fini della qualificazione, dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine.

Quanto all'art.35, infatti, esso si riferisce alla diversa ipotesi di subentro in un'aggiudicazione già intervenuta e in un contratto già stipulato, laddove nella specie si era ancora nella fase della gara e la posizione di partecipante alla gara non è suscettibile di cessione; tra l'altro essa implicherebbe una modifica del soggetto che ha formulato l'offerta e l'elusione dei termini perentori previsti.

Altrettanto vale, altresì, con riguardo alla pretesa decadenza dal potere di opposizione al subentro della cessionaria, ai sensi del comma 2 del richiamato articolo 35, a causa al lungo tempo trascorso tra la comunicazione dell'avvenuta cessione d'azienda (dicembre 2002) e l'adozione del provvedimento di esclusione dalla gara (luglio 2003): anche questa disposizione – che consente l'opposizione al subentro entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione della cessione di azienda - presuppone l'intervenuta stipula del contratto.

Quanto all'art. 15 comma 9 esso consente al cessionario di partecipare alla gara fruendo dei requisiti del cedente: nella specie, pertanto, doveva essere la ****

Costruzioni s.r.l. a presentare la domanda di partecipazione e non l'impresa individuale ****, non più esistente.

Va poi aggiunto che nella specie l'impresa cessionaria nemmeno si è attivata per chiedere – entro il termine decadenziale previsto per la presentazione delle offerte (24 ottobre 2002) - di avvalersi della domanda presentata dalla ditta **** Orazio: infatti solo in data 9 dicembre 2002 e solo a seguito della richiesta di documentazione inviata dall'Amministrazione all'impresa cedente risultata migliore offerente, l'impresa cessionaria ha comunicato alla Regione l'avvenuto conferimento della ditta individuale **** Orazio nella società **** Costruzioni Generali S.r.l.

Va aggiunto ancora, quanto al lamentato ritardo nella adozione del provvedimento di esclusione, che in data 28 novembre 2002 l'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici ha sospeso l'impresa ricorrente dalla partecipazione alle gare d'appalto di qualsiasi importo a decorrere dal 26 marzo 2002 fino al 23 ottobre 2003 e che solo a seguito della sentenza n. 2994 del 3 aprile 2003 - con cui il TAR del Lazio ha annullato tale sospensione – l'Amministrazione ha dato avvio alla procedura di verifica della documentazione presentata dall'impresa risultata migliore offerente.

2.c – Con il primo motivo di ricorso si contesta la legittimità delle sanzioni dell'escussione della cauzione e della segnalazione alla Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, disposte con il provvedimento impugnato: la ricorrente lamenta in particolare la violazione dell'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994, sostenendo che non vi sarebbero i presupposti per l'applicazione della disposizione in quanto non sarebbe configurabile alcuna falsità nelle dichiarazioni effettuate in sede di gara.

La censura – per le stesse considerazioni già svolte – non può essere condivisa: non v'è dubbio infatti che la giuridica inesistenza della ditta individuale **** Orazio al momento della presentazione dell'offerta si sia tradotta nell'impossibilità per la stessa impresa di fornire la prova del possesso dei requisiti dichiarati nella domanda di partecipazione alla gara, circostanza che,

secondo la richiamata disposizione, costituisce il presupposto per l'esclusione del concorrente dalla gara e per l' applicazione delle sanzioni dell'escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza.

3. - Il ricorso va dunque respinto.

Quanto alle spese e alle competenze del giudizio, sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo regionale della Valle d'Aosta respinge il ricorso in epigrafe.

Compensa interamente tra le parti le spese e le competenze del giudizio.

Così deciso in Aosta, nella Camera di Consiglio del 21 gennaio 2004.

Antonio GUIDA – Presidente f.to

Maddalena FILIPPI – Consigliere estensore f.to

Depositata in Segreteria in data 19 febbraio 2004.