

Parere n. 62 del 25/03/2010

Protocollo PREC 163/09/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa MP Mirabilia Sistemi S.r.l. – Servizio relativo alla progettazione e realizzazione degli strumenti di comunicazione, da utilizzarsi in supporto e sinergia con le iniziative di comunicazione integrata, finalizzata ad una maggiore conoscenza e divulgazione delle biblioteche dell'Istituzione Sistema delle biblioteche Centri Culturali del Comune di Roma – Importo a base d'asta: €180.000,00 – S.A.: Comune di Roma

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 9 ottobre 2009 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa MP Mirabilia Sistemi S.r.l., in qualità di cessionaria del ramo di azienda per il settore "Enti Pubblici" dalla MP Mirabilia S.r.l., ha lamentato l'illegittimità dell'esclusione dalla procedura di gara in oggetto, disposta dalla Commissione giudicatrice in asserita applicazione dell'art. 51 del D.Lgs. n. 163/2006, recante la seguente motivazione: "...in quanto a seguito di cessione di ramo d'azienda, avvenuta in data 10 luglio 2009 con atto a rogito notaio Farinaro, rep. 223367, il cessionario, MP Mirabilia Sistemi Srl, non documenta completamente, in contrasto con quanto disposto dall'art. 51 del D.Lgs. 163/06, il possesso dei requisiti di ordine generale e speciale richiesti, a pena di esclusione, dal bando di gara, limitandosi invece a dichiarare di confermare il possesso dei requisiti previsti dal bando e già dichiarati in sede di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, seppure riferiti all'impresa cedente MP Mirabilia Srl. L'impresa cessionaria presenta, inoltre, una sola referenza bancaria in contrasto con quanto disposto, a pena di esclusione, al punto III.2.2. sub l) del bando di gara".

Nella memoria allegata all'istanza di parere di cui trattasi è stato premesso che la cedente MP Mirabilia S.r.l. è stata ammessa a partecipare in sede di prequalifica alla procedura ristretta per l'affidamento del servizio in oggetto e che, con il citato atto di conferimento del 10 luglio 2009, la medesima ha conferito il proprio ramo di azienda "Enti Pubblici" nel capitale della propria controllata MP Mirabilia Sistemi S.r.l. odierna istante.

E' seguito l'invito *ad offerendum* rivolto dalla stazione appaltante, in data 31 luglio 2009, alla cedente MP Mirabilia s.r.l..

Quindi, con atto dell'8 settembre 2009, tempestivamente prodotto in risposta a detto invito unitamente alla documentazione amministrativa, cedente e cessionaria del ramo d'azienda predetto hanno formalmente comunicato alla stazione appaltante l'avvenuto conferimento, allegando altresì l'atto di cessione, dal quale testualmente si evince l'avvenuto trasferimento in capo alla cessionaria di "tutte le certificazioni e iscrizioni, tutti i requisiti di capacità tecnica, economica, finanziaria, organizzativa ed ogni altro elemento e capacità previsto dalla vigente normativa come requisito o elemento di valutazione per partecipare e rimanere aggiudicatari in procedure di affidamento di gare, servizi, forniture e opere da parte di enti pubblici" e precisando inoltre che "L'attività relativa al bando in oggetto risulta tra quelle comprese nel ramo di azienda cd. "Enti Pubblici" conferito alla

MP Mirabilia Sistemi S.R.L.”. In pari data (8 settembre 2009), la cessionaria odierna istante MP Mirabilia Sistemi S.r.l. provvedeva, con le medesime modalità, a rendere le dichiarazioni ai sensi dell’art. 38 del D.Lgs. 163/2006 e dell’art. 1 del D.P.C.M. 187/1991. Premesso quanto sopra, l’istante ha lamentato la violazione degli artt. 46 e 51 del Codice dei contratti pubblici, nonché delle norme sul giusto procedimento, asserendo di aver pieno titolo, ai sensi dell’art. 51 del D.Lgs. n. 163/2006, a subentrare, in qualità di cessionaria del ramo di azienda per il settore “Enti pubblici”, nei diritti e nella posizione di prequalifica già riconosciuta alla cedente, ed evidenziando altresì che, ai sensi dell’art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, l’amministrazione aggiudicataria è tenuta a invitare i concorrenti a completare e a fornire chiarimenti in ordine al possesso dei requisiti. In considerazione di ciò, l’istante MP Mirabilia Sistemi S.r.l. ha conclusivamente chiesto di sapere se una società cessionaria del ramo di azienda comprensivo di tutte le attività e dei servizi svolti in favore di enti pubblici abbia titolo a subentrare, quale cessionaria, nella titolarità della posizione e dei diritti acquisiti dalla cedente del ramo in una procedura di gara bandita da una amministrazione aggiudicatrice e se, in ogni caso, nella fattispecie di cui al punto che precede, l’amministrazione aggiudicatrice, prima di disporre l’esclusione dalla procedura di gara in ragione della mancata dimostrazione da parte della cessionaria dei requisiti, sia tenuta a svolgere accertamenti circa la titolarità dei requisiti stessi e, in ogni caso, a chiedere preventivamente alla cessionaria medesima chiarimenti e documentazione integrativa.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall’Autorità nell’istruttoria procedimentale con nota del 27 ottobre 2009, la stazione appaltante non ha svolto le deduzioni di spettanza, limitandosi a trasmettere, con fax del 5 novembre 2009, copia del verbale di gara recante l’esclusione contestata dalla società istante. Pertanto, il parere di questa Autorità viene reso, come di seguito, sulla base della documentazione versata in atti.

Ritenuto in diritto

Ai fini della definizione della questione controversa sottoposta a questa Autorità nell’istanza di parere in oggetto occorre preliminarmente rilevare che, ai sensi dell’art. 51 del D.Lgs. n. 163/2006, in caso di cessione di un ramo di azienda – nel caso specifico il ramo “Enti pubblici” nell’esercizio del quale la società cedente (MP Mirabilia S.r.l.) aveva presentato domanda di partecipazione ed era stata prequalificata – il cessionario (MP Mirabilia Sistemi S.r.l.) è ammesso alla gara “previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale...anche in ragione della cessione...”.

In tal senso, è assolutamente pertinente il richiamo che l’istante fa ad una costante giurisprudenza, secondo la quale – una volta accertato che, durante la gara, sia stata comunicata alla stazione appaltante l’avvenuta cessione, residui solo l’aspetto della verifica dell’idoneità della società cessionaria, costituente un incumbente della stazione appaltante medesima il cui mancato adempimento non può, come tale, comportare l’automatica esclusione della società non sottoposta a verifica, ma semmai l’obbligo per l’Amministrazione di effettuarla (v. anche Consiglio Stato, sez. V, 15 dicembre 2008, n. 6205 e 5 dicembre 2008, n. 6046).

Sicché, la stazione appaltante non può non ammettere il nuovo soggetto giuridico, consentendogli di avvalersi dei requisiti in possesso della precedente compagine societaria, salvo il potere di verificarne la sussistenza in capo al soggetto subentrante. Diversamente, ove il nuovo soggetto societario venisse escluso dalla gara, l’esclusione assumerebbe connotati di irragionevolezza, sproporzione, distorsione della concorrenza, non potendo partecipare alla gara né il precedente, né il nuovo soggetto giuridico (si veda in senso analogo T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 23 marzo 2009, n. 529).

Ciò detto, occorre ulteriormente considerare che la richiamata normativa di riferimento (art. 51 D.Lgs. n. 163/2006) include l'obbligo della stazione appaltante di accertare il possesso dei necessari requisiti di ammissione e di partecipazione alla gara nei confronti di entrambi i soggetti della cessione.

L'art. 51 del Codice dei contratti pubblici, rubricato "Vicende soggettive del candidato, dell'offerente e dell'aggiudicatario", ha recepito, infatti, l'orientamento della più recente giurisprudenza amministrativa, che aveva sottoposto a revisione critica il risalente approdo esegetico fermo nell'affermare, nella sede dei pubblici appalti, il dogma dell'immodificabilità soggettiva dell'offerente e del privato contraente. L'indifferenza della stazione appaltante, in ordine alle vicende soggettive coinvolgenti gli operatori economici, era spiegata con il carattere eminentemente personale dei requisiti richiesti per l'aggiudicazione del contratto e con la conseguente negazione, nell'ambito della contrattualistica pubblica, dell'applicazione delle regole civilistiche in materia di cessione del contratto di cui agli artt. 1406-1410 del codice civile.

Va riconosciuto, quindi, il merito in prima istanza del giudice amministrativo, anche sotto la spinta del diritto comunitario e dell'attenuazione della c.d. personalizzazione del contratto di diritto pubblico, di aver statuito la derogabilità del principio dell'immodificabilità soggettiva dell'offerente durante le operazioni di gara e l'ammissibilità del "subentro allo stesso di altro soggetto nella posizione di contraente o di partecipante ad una gara per l'aggiudicazione di appalto pubblico in caso di cessione di azienda e di trasformazione di società" (CdS, VI, 6 aprile 2006, n. 1873).

Si è così pervenuti al testo del menzionato art. 51 del D.Lgs. n. 163/2006 che, in riconoscimento dell'autonomia organizzativa degli operatori economici che concorrono alla gara, ha consentito, per ogni tipo di appalto, la modificazione soggettiva degli stessi, sia con riferimento alla fase dell'offerta, che a quella dell'aggiudicazione e della stipulazione del contratto, con conseguente vincolo per la stazione appaltante di ammettere alle distinte fasi della procedura concorsuale i soggetti subentranti – a titolo di cessione o affitto di azienda o di ramo d'azienda nonché a seguito di trasformazione, fusione o scissione della società – previo accertamento in capo ad essi dei requisiti previsti per la partecipazione alla gara.

In altri termini, il superamento *in subiecta materia* dell'enunciato "dogma" della immodificabilità soggettiva risponde all'esigenza, già avvertita dalla giurisprudenza prima dell'avvento codicistico, di garantire la libertà contrattuale dell'impresa (valore costituzionalmente protetto dall'art. 41 Cost.), nel senso che questa deve poter procedere alla riorganizzazione aziendale senza che possa esserle di pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali abbia partecipato (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 5 marzo 2009, n. 2279).

È, pertanto, sicuramente estraneo alle disposizioni dell'art. 51 del D.Lgs. n. 163/2006 l'intento di limitare la fase accertativa del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara nei riguardi della sola impresa subentrante, così come avvenuto nel caso di specie in cui l'impresa che aveva inizialmente chiesto di partecipare alla gara (MP Mirabilia s.r.l.) è stata prequalificata ed ha, quindi, potuto cedere tale sua prequalificazione all'impresa cessionaria del pertinente ramo di azienda.

Intuitive ragioni di ordine logico, prima che giuridico, conducono, infatti, a ritenere acquisiti in capo al soggetto cedente e, come tali, trasferibili al cessionario gli esiti della prequalificazione della procedura concorsuale ristretta in oggetto, alla cui stregua le imprese vengono ammesse a presentare le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati nella lettera di invito.

Consegue dall'esposto ordine di considerazioni che, nel caso di specie, l'esistenza dei requisiti previsti per l'ammissione alla gara era stata accertata nei riguardi dell'impresa cedente e, quindi, non

potrebbe essere disconosciuta dalla stazione appaltante nei riguardi dell'impresa cessionaria subentrante, in osservanza dell'evidente principio della necessaria continuità e/o permanenza del possesso dei requisiti necessari per l'ammissione ad una procedura concorsuale.

La diversa conclusione cui è pervenuta la stazione appaltante nel caso di specie palese, pertanto, un travisamento della norma che ne stravolge l'intima *ratio*, atteso che dall'atto di cessione del 10 luglio 2009, rep. N. 223367, risulta inequivocabilmente che la MP Mirabilia S.r.l. ha conferito nel capitale della propria controllata MP Mirabilia Sistemi S.r.l. il pertinente ramo d'azienda, ai sensi dell'art. 2464 c.c., sicché si è verificato un fenomeno traslativo soggetto alla disciplina dell'art. 2558 ss. c.c., consistente nella cessione dell'azienda del conferente in favore del soggetto cui viene conferita. In virtù di tale trasferimento, quindi, si è verificata una successione che, in combinato disposto con l'art. 51 del Codice dei contratti pubblici, non ha riguardato soltanto i contratti "stipulati" per l'esercizio dell'azienda, ma anche quelli "stipulandi", che la normativa di settore ha inteso, per così dire, spersonalizzare.

Da quanto sopra discende che già dal citato atto di cessione del 10 luglio 2009, depositato in sede di gara, era possibile constatare il possesso dei requisiti richiesti dal bando in capo alla cessionaria MP Mirabilia Sistemi S.r.l. odierna istante, che ha fatto propri tutti requisiti della cedente MP Mirabilia S.r.l., incluse, peraltro, le referenze bancarie che hanno determinato l'ammissione di quest'ultima in sede di prequalifica. Pertanto, avendo la cedente, in sede di prequalifica, soddisfatto il suddetto requisito delle referenze bancarie, secondo quanto disposto dal punto III.2.2. (Capacità economica e finanziaria) sub L) del bando di gara, anche a tal riguardo il provvedimento di esclusione disposto nei confronti della cessionaria risulta in contrasto con la sopra richiamata normativa.

Quanto, poi, all'istituto della integrazione documentale, disciplinato dall'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, è da ritenere legittima e opportuna l'applicazione ogni volta che, come nel caso in esame, il concorrente alla gara pubblica non abbia integralmente omesso la produzione documentale prevista dalla *lex specialis* o dall'art. 38 dello stesso D.Lgs. n. 163/2006 (come può agevolmente argomentarsi *a contrario, ex multis*, da T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 22 settembre 2008, n. 8425).

In base a tutto quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara disposta dalla stazione appaltante nei confronti dell'impresa MP Mirabilia Sistemi S.r.l., cessionaria del ramo di azienda per il settore "Enti Pubblici" dalla MP Mirabilia S.r.l., non è conforme agli artt. 51 e 46 del D.Lgs. n. 163/2006.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 Aprile 2010