

Parere n.179 del 06/10/2011

PREC 286/10/L

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 Mantelli Estero Costruzioni S.p.A – “*Procedura aperta per l'appalto dei lavori di riqualificazione e sistemazione superficiale, verifica del sistema fognante di sedi stradali e pedonali di particolare pregio storico ricomprese nel Municipio I*” – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta: euro 1.491.270,86 – S.A.: Comune di Roma-Roma Capitale

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 15 novembre 2010 è pervenuta l'istanza in epigrafe con la quale l'Impresa Mantelli Estero Costruzioni S.p.A. contesta la legittimità del provvedimento di esclusione dalla gara disposto nei propri confronti dal Comune di Roma - Roma Capitale nell'ambito della procedura indetta per i lavori indicati in oggetto.

In particolare, l'istante fa presente di essere stata ammessa con riserva alla gara in oggetto in quanto, da un controllo effettuato sul casellario informatico di questa Autorità, era risultata l'annotazione del 5 ottobre 2010 con la quale si dava notizia che l'impresa Mantelli Estero Costruzioni S.p.A. in data 19/07/2010, aveva conferito il proprio ramo di azienda OG1, OG2, OG3, OG4, OG6, OG7, OG8, OG12, OG13, OS12, OS21 all'Impresa RENAISSANCE S.r.l.. Da tale annotazione risultava, inoltre, la comunicazione della SOA N.C.S. S.p.A. relativa alla decadenza dell'attestazione di qualificazione dell'istante, a far data sempre dal 19.7.2010.

Pertanto, non avendo ricevuto alcuna comunicazione al riguardo da parte dell'istante, in data 3 novembre 2010, la stazione appaltante rappresentava alla impresa cedente la necessità che la stessa, unitamente alla società conferitaria del ramo d'azienda, trasmettesse tutta la documentazione utile ai fini della verifica sui requisiti di ordine generale e speciale di cui all'art. 51 del D.Lgs. n.163/2006. Con la medesima nota veniva poi comunicato che nella seduta pubblica di lettura dei punteggi tecnici e di apertura delle buste contenenti le offerte economiche, in caso di esito positivo delle suddette verifiche, si sarebbe proceduto allo scioglimento dell'ammissione con riserva dell'impresa o all'esclusione della stessa dalla gara.

Con successiva nota dell'8 novembre 2010, il Comune di Roma, oltre a confermare la mancata comunicazione del suddetto conferimento di ramo di azienda, comunicava alla ditta Mantelli Estero Comunicazioni S.r.l. che, a seguito di ulteriori verifiche, era emerso che alla **data di scadenza della presentazione delle offerte** relative alla gara di cui trattasi (**28 luglio 2010**), la stessa risultava ormai **priva** dell'attestazione di qualificazione, mentre l'impresa cessionaria RENAISSANCE S.r.l. risultava in possesso di detta attestazione solo a far data dal **22 settembre 2010**.

Dal suo canto, l'istante afferma di avere rispettato il suddetto onere di comunicazione in quanto, dopo la comunicazione di ammissione con riserva, avvenuta in data 3 novembre 2010, sarebbe stata fornita copia dell'atto di conferimento; quanto, poi, ai requisiti tecnico-economici, l'istante ne asserisce la sussistenza *in re ipsa*, nell'atto stesso di conferimento, in conformità al principio di continuità dell'impresa.

L'istruttoria procedimentale è stata formalmente avviata da questa Autorità in data 15 dicembre 2010.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto di esame concerne la legittimità del provvedimento di esclusione disposto nei confronti dell'Impresa Mantelli Estero Costruzioni S.p.A per le ragioni rappresentate in fatto.

Vale premettere al riguardo che si è consolidato, nel tempo, un orientamento giurisprudenziale meno rigoroso di quello fondato sulla assoluta immodificabilità soggettiva, in corso di gara, dei soggetti partecipanti. Pertanto, le opposte e comprensibili esigenze di rispetto della *par condicio* e della serietà dei soggetti ammessi alla gara, hanno portato ad una soluzione confermata in sede legislativa dallo stesso Codice dei contratti pubblici.

Pertanto, può affermarsi che allo stato non vige più un principio assoluto di immodificabilità soggettiva dei concorrenti, in quanto è ammesso il subentro 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 (cfr. *ex plurimis* Consiglio Stato, sez. VI, 6 aprile 2006, n. 1873; Consiglio Stato, sez. V, 5/12/2008 n. 6046).

In tal senso depone il testo dell'art. 51 del D.Lgs. n.163/2006 che, in riconoscimento dell'autonomia organizzativa degli operatori economici che concorrono alla gara, consente, 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, previo accertamento in capo ad essi dei requisiti previsti per la partecipazione alla gara.

In proposito, va tuttavia evidenziato che la codificazione, ad opera dell'art. 51 del Codice, dell'opponibilità alla stazione appaltante del nuovo soggetto subentrante (nelle distinte fasi e vicende modificative enumerate dalla norma) non può essere considerata come una deroga alle regole proprie dell'evidenza pubblica, che esigono la permanenza, comunque, in capo alle imprese partecipanti alla gara, dei requisiti di ordine generale e speciale necessari per l'ammissione alla procedura concorsuale.

Indubbiamente (e in maniera del tutto ovvia), la disciplina positiva della norma include l'obbligo per la stazione appaltante di effettuare le puntuali verifiche dirette ad accertare il possesso, da parte dell'impresa subentrante, dei requisiti soggettivi e oggettivi per la partecipazione alla gara e per l'affidamento della commessa dedotta nell'appalto.

Consegue, pertanto, dall'esposto ordine di considerazioni - in osservanza dell'evidente principio della necessaria continuità e/o permanenza del possesso dei requisiti di partecipazione a una procedura concorsuale - che, in caso di modificazioni soggettive riguardanti il soggetto partecipante alla gara, l'esistenza dei requisiti previsti per l'ammissione a quest'ultima deve essere posseduta, e quindi accertata, sia nei riguardi dell'impresa interessata dalla vicenda modificativa, che dell'impresa subentrante, con obbligo della prima di comunicare senz'altro le modificazioni soggettive alla S.A., senza che a detta comunicazione possa parificarsi l'apprendimento *aliunde* di tale vicenda.

Alle argomentazioni dell'istante è, quindi, facile replicare che, da un lato, vige un principio, in capo ai partecipanti alle gare pubbliche, di informazione tempestiva, corretta e completa, in ordine alla sussistenza di tutti gli elementi del contratto in formazione (Consiglio Stato n. 829/2007); di tal che, l'omessa tempestiva comunicazione delle vicende rubricate dall'art.51 del D.Lgs n.163/2006 (tanto più quando ciò abbia luogo in corso di gara per effetto di modificazioni soggettive dei concorrenti), configura un comportamento reticente e contrario al canone di correttezza dell'art.1337 c.c..

In definitiva, nel caso di specie, a fronte della modificazione soggettiva del soggetto offerente, assumeva rilievo preminente, anche in termini di legittimità e di *par condicio*, la necessità della tempestiva verifica che il nuovo soggetto fosse in possesso di tutti i necessari requisiti di partecipazione richiesti negli atti di gara ed a monte l'ottemperanza all'obbligo di comunicazione, strumentale a detta verifica da parte della S.A.

Orbene, alla luce di tali enunciati, deve rilevarsi che, secondo la normativa nazionale vigente, il termine ultimo entro il quale le ditte invitate a partecipare alla gara hanno l'obbligo di dimostrare il possesso dei requisiti prescritti, va fatto coincidere con quello di scadenza del termine della presentazione delle domande (cfr. *ex multis* TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 15 gennaio 2007, n. 3 e da ultimo CdS, Sez. VI, 30 gennaio 2009, n. 344 e TAR Lazio, Sez. III-ter, 5 febbraio 2009, n. 1053).

Ora, la cessione di ramo di azienda non comporta l'automatico trasferimento della titolarità dei requisiti per l'esecuzione del contratto di appalto e, pertanto, l'impresa cessionaria è tenuta a dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione, tramite attestazione SOA, previsti dal bando di gara.

In proposito, nella determinazione n. 11/2002, questa Autorità ha richiamato l'attenzione sulla necessità che la S.A. verifichi, innanzitutto, che effettivamente sia stata effettuata una cessione di ramo d'azienda o che, al contrario, non si voglia mascherare con detta operazione una cessione di contratto, come noto vietata dall'articolo 18, comma 2, della legge n. 55/1990 (si veda in senso conforme la Deliberazione n. 103 del 18/12/2006).

Nel caso di specie, inoltre, a seguito delle verifiche effettuate dalla S.A., era risultato che l'impresa istante, alla data di scadenza della presentazione delle offerte relative alla gara di che trattasi (28 luglio 2010), era ormai priva dell'attestazione di qualificazione SOA e, quindi, priva della prova del possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria indispensabili per la partecipazione alla gara e per l'affidamento dei lavori pubblici in oggetto e che l'impresa cessionaria RENAISSANCE srl era entrata in possesso di detta attestazione solo a far data dal 22 settembre 2010.

A quest'ultimo riguardo, da considerare assorbente di ogni ulteriore profilo, è consolidato l'orientamento di questa Autorità (cfr. *ex multis* Deliberazione n. 220 del 28 Giugno 2007), secondo il quale il requisito della qualificazione deve sussistere al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, permanere per tutta la durata del procedimento di gara e, in caso

l'impresa risulti aggiudicataria, per tutta la durata dell'appalto. Diversamente opinando, si verrebbe a determinare una crisi nel possesso dell'imprescindibile titolo abilitante per chi voglia eseguire lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro costituito dall'attestazione SOA.

Nel caso di specie, invece, alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte (**28.7.2010**), l'impresa cessionaria del pur legittimo, sotto il profilo del diritto comune, trasferimento di ramo d'azienda, risultava priva del citato requisito necessario per partecipare alla gara in parola; pertanto risultando priva di tale requisito anche l'impresa cedente (per decadenza a far data dal 19.07.2010 del proprio attestato di qualificazione), si era determinata una soluzione di continuità che, in apparente contrasto con le regole concorsuali di evidenza pubblica, ben evidenziate nella determinazione n. 11/2002 e nel Parere n. 88 del 8.11.2007 di questa Autorità non poteva che tradursi nell'adozione, da parte della stazione appaltante, di un provvedimento di esclusione.

In base a tutto quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione disposta sia conforme alla normativa e alla giurisprudenza di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 ottobre 2011

Il Segretario: Maria Esposito