

Parere n.65 del 23/04/2013

PREC 267/12/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Ragalna – “Opere di imperiosa urgenza da effettuare nei tre plessi scolastici dell'istituto comprensivo Mongibello” - Importo a base di gara €46.547,95 – S.A.: Comune di Ragalna

Cessione d'azienda. Requisito di partecipazione tecnico-professionale posseduto dal cedente. Possibilità per il cessionario di avvalersene. Legittimità. Art. 90 co. 1 lett. a) d.P.R. 207/90.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 21 novembre 2012 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale il Comune di Ragalna, in qualità di stazione appaltante dei lavori indicati in oggetto, ha chiesto un parere in merito alla procedura negoziata indetta per l'affidamento delle “Opere imperiosa urgenza da effettuare nei tre plessi scolastici dell'Istituto comprensivo Mongibello”, di importo a base d'asta pari a € 46.547,96. In particolare, la stazione appaltante chiede se possa considerarsi legittima l'aggiudicazione provvisoria disposta in favore della ditta G.P. Costruzioni del geom. Proietto Giuseppe & C s.a.s., la quale, secondo quanto segnalato dalla seconda in graduatoria, avrebbe partecipato alla gara con i requisiti di cui all'art. 90 del D.P.R. n. 207/2010 posseduti da altra ditta. Più specificamente, la stazione appaltante fa presente che con verbale unico di aggiudicazione del 6 novembre 2012 si provvedeva all'aggiudicazione provvisoria della gara alla ditta G.P. Costruzioni del geom. Proietto Giuseppe & C s.a.s., mentre seconda in graduatoria si classificava la ditta C.M.F. di Giunta Benedetto & C. s.n.c.. Quest'ultima, con nota del 9 novembre 2012, chiedeva all'amministrazione di annullare in via di autotutela la disposta aggiudicazione provvisoria, in quanto la ditta aggiudicataria non aveva dimostrato di avere eseguito direttamente - nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando - i “lavori analoghi” richiesti nella lettera di invito, limitandosi a presentare il certificato dei lavori eseguiti dalla ditta individuale Proietto Angelo, il cui ramo di azienda era stato ceduto alla concorrente. Detta cessione, specifica la stazione appaltante, era stata dichiarata in sede di gara. In seguito all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 10 dicembre 2012, la ditta in contestazione ha ribadito la legittimità dell'aggiudicazione disposta in suo favore, sull'assunto che i requisiti posseduti dal soggetto cedente devono considerarsi compresi nella cessione in quanto strettamente connessi all'attività propria del ramo ceduto.

Ritenuto in diritto

La questione di diritto che viene sottoposta all'attenzione di questa Autorità concerne la possibilità, per una società concorrente che prima della partecipazione alla gara abbia acquisito, per cessione, un ramo d'azienda o un'intera azienda, di dimostrare il possesso dei requisiti oggettivi di capacità tecnico-professionale attraverso l'esperienza professionale dell'azienda cedente. L'art. 90 lett. a) D.P.R. 207/1990 stabilisce che “1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 38 del codice in materia di esclusione dalle gare, gli operatori economici possono partecipare agli appalti di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro qualora in possesso dei seguenti requisiti di ordine tecnico-organizzativo: a) importo dei lavori analoghi eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando non inferiore all'importo del contratto da stipulare”.

Si tratta quindi di stabilire se l'avverbio “direttamente”, utilizzato dal legislatore, limiti o meno la

possibilità di dimostrare il requisito oggettivo alle società concorrenti derivanti da una cessione d'azienda.

Deve ritenersi che la vicenda della cessione, pur non realizzando una successione a titolo universale fra i soggetti interessati, determina la continuità dell'attività imprenditoriale. Infatti, sebbene per tramite della cessione si realizzi una successione a titolo particolare, essa tuttavia assume una forma del tutto peculiare, consistente nel passaggio all'avente causa dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia (tanto da farsi riferimento in giurisprudenza al concetto di trasferimento di *universitas*, v. Cass., 12 giugno 2007, n. 13765; Cass., 13 giugno 2006, n. 13676; Cass., 19 luglio 2000, n. 9460). Il che rende la vicenda ben suscettibile di comportare pur essa la continuità tra precedente e nuova gestione imprenditoriale (in tal senso C.d.S. Ad. Plen. 10/2012).

Al riguardo la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che *“in caso di cessione sono certamente riconducibili al patrimonio di una società o di un imprenditore, cessionari prima della partecipazione alla gara di un ramo di 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, Consiglio Stato, sez V, 17 novembre 2012, n. 5803).

D'altra parte, ai sensi dell'art. 51 del D.Lgs. n. 163/2006, in caso di cessione di un ramo di azienda, il cessionario è ammesso alla gara previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale sia di ordine speciale ... anche in ragione della cessione. E, come specificato da questa Autorità con il parere n. 62 del 25 marzo 2010, *“una volta accertato che durante la gara sia stata comunicata alla stazione appaltante l'avvenuta cessione, residua solo l'aspetto della verifica della idoneità della società cessionaria, costituente un incombente 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 di Stato, Sez.V, 15 dicembre 2008, n. 6205 e 5 dicembre 2008, n. 6046)”*.

Se è vero che per “azienda” deve intendersi il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa (art. 2555 Cod. civ.), è pur vero che l'attività imprenditoriale, ivi compresi i lavori analoghi di cui è menzione nell'art. 90 comma 1 lett. a) del D.lgs. n. 163/2006 (che nel caso di specie costituiscono il requisito controverso), deve essere imputata all'azienda che per quei lavori ha acquisito il know how prescritto per la partecipazione alla gara.

Ne deriva che il cessionario dell'azienda deve considerarsi abilitato a partecipare alle gare per l'affidamento di lavori che postulano, quale requisito di capacità tecnico-professionale, l'esperienza in argomento (art. 90, comma 1, lett. a, del D.P.R. n. 207/2010) nei limiti in cui, (laddove ne sia sprovvisto) questi siano propri dell'azienda cedente.

Né può pervenirsi a conclusioni diverse argomentando dal tenore letterale dell'art. 90 cit. nella parte in cui prescrive che tale esperienza debba essere maturata *“direttamente”* dall'operatore economico che partecipa alla gara, in quanto l'avverbio in questione, per preservarne un significato logico, deve essere riferito all'azienda (o a parte di essa): è a quest'ultima che deve essere imputato il know how richiesto ai fini della partecipazione alla gara.

Pertanto, in caso di cessione di azienda (o di trasformazione) il cessionario ben potrà spendere nella gara il requisito di capacità tecnico-professionale maturata dall'azienda del cedente.

Conseguentemente, posto che i requisiti posseduti dalla società cedente sono compresi nella cessione perché connessi all'attività propria del ramo ceduto, e tra i suddetti requisiti vanno sicuramente annoverati quelli di ordine tecnico-organizzativo quale è il requisito dei lavori analoghi eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, deve ritenersi che nel caso di specie la società cessionaria integra il requisito previsto dall'art. 90 co. 1 lett. a) D.P.R. cit., solo se dimostra, attraverso l'esperienza del cedente, e – quindi direttamente – i lavori analoghi cui fa riferimento la norma.

In altri termini, l'aggiudicazione disposta nei confronti della ditta G.P. Costruzioni del geom.

Proietto Giuseppe & C s.a.s. è legittima se il certificato presentato, relativo a lavori eseguiti dalla cedente, integra il requisito di cui all'art. 90, comma 1, lett.a) D.P.R. n. 207/2010.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione,

- che una società concorrente, cessionaria, prima della partecipazione alla gara, di un ramo di azienda o di un'intera azienda, può dimostrare il possesso dei requisiti oggettivi di capacità tecnico professionale attraverso l'esperienza professionale dell'azienda cedente;
- che l'aggiudicazione disposta nei confronti della ditta G.P. Costruzioni del geom. Proietto Giuseppe & C s.a.s. è legittima a condizione che il certificato presentato, relativo a lavori eseguiti dalla cedente, integri il requisito di cui all'art. 90, comma 1, lett.a) D.P.R. n. 207/2010.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

II Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 maggio 2013

II Segretario Maria Esposito