

DELIBERA N. 244 DEL 8 Marzo 2017

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da GBSapri S.p.a. - Indagine di mercato per l'affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo - Importo a base di gara: euro 9.080,00 annui- S.A. Comune di Cinisi (PA)

PREC 65/17/S

Modifiche soggettive RTI aggiudicatario - cessione di ramo d'azienda - ammissibilità

E' ammissibile il subentro di altro soggetto nella posizione di mandatario del RTI aggiudicatario a seguito di cessione di ramo d'azienda, sempre che la cessione sia comunicata alla stazione appaltante ed essa non sia finalizzata a eludere l'applicazione del codice. La S.A. dovrà verificare l'idoneità del cessionario, e quindi *i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, che devono permanere per l'intera durata del contratto, nonché i requisiti di carattere generale delle cedenti.*
Artt. 48 e 106 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere prot. n. 18596 del 3 febbraio 2017, e relative memorie, la GBSapri S.p.a. rappresenta di essere cessionaria dei rami d'azienda della General Broker S.p.a., mandataria del costituendo RTI aggiudicatario della gara in oggetto, e della Sapri Broker S.r.l., e lamenta la mancata presa d'atto, da parte della S.A., dell'avvenuta cessione d'azienda e della conseguente modifica soggettiva del soggetto mandatario. La S.A. infatti comunicava di non poter autorizzare la predetta modifica soggettiva alla luce dell'art. 48 d.lgs. 50/2016, che vieta qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei, e della mancata riproposizione, nell'ambito del nuovo codice, dei principi recati dall'art. 51 del previgente d.lgs. 163/2006, che consentiva la stipulazione del contratto con il subentrante.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto dell'istanza di parere riguarda la legittimità di modifiche soggettive ai raggruppamenti temporanei, dopo l'aggiudicazione, a seguito di cessione di ramo d'azienda della mandataria.

Si premette che l'art. 48 del nuovo codice degli appalti d.lgs. 50/2016, invocato dalla S.A., al comma 9 vieta «qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta», fatto salvo quanto disposto dai successivi commi 18 e 19 che consentono alla S.A., nei casi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa ecc. che colpiscano la mandataria o taluno dei mandanti, di proseguire il rapporto di appalto con un operatore economico subentrante che abbia i requisiti di qualificazione.

La norma appena citata ricalca quindi la previgente disciplina recata dall'art. 37 del d.lgs.

163/2006, riferita all'ipotesi di aggiunta o sostituzione di componenti dell'ATI, e in ordine alla quale la giurisprudenza (Cons. Stato sez. V 23 novembre 2016, n. 4918) ha comunque rammentato che «il principio di immodificabilità soggettiva, lungi dall'essere il portato precettivo di un divieto assoluto, ai sensi del combinato disposto dell'art. 37, comma 9 e commi 18 e 19 del Codice, persegue piuttosto lo scopo di consentire alla p.a. appaltante di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari (cfr., Consiglio di Stato, 13 maggio 2009, n. 2964) ovvero che tale verifica venga vanificata (cfr., Consiglio di Stato, 2 agosto 2006, n. 5081, nonché Consiglio di Stato 23 luglio 2007, n. 4101)».

Nel caso di specie, tuttavia, la questione oggetto dell'istanza è riferita, in particolare, alla cessione di ramo d'azienda da parte della mandataria del costituendo RTI aggiudicatario, fattispecie per la quale il previgente d.lgs. 163/2006 contemplava espressamente, all'art. 51, la possibilità di subentro del soggetto risultante da vicende societarie quali la cessione d'azienda o di un suo ramo, trasformazioni, fusioni o scissioni, previo accertamento dei requisiti richiesti.

Come evidenziato dalla giurisprudenza, tale norma rispondeva all'esigenza di salvaguardare la libertà contrattuale delle imprese, le quali devono poter procedere alle riorganizzazioni aziendali reputate opportune senza che possa essere loro di pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali abbiano partecipato (C.d.S., V, 6 marzo 2013, n. 1370), e tale previsione valeva tanto per le imprese singole quanto per quelle in associazione con altre (Consiglio di Stato sez. V 3/8/2015 n. 3819).

La S.A. osserva che tale disposizione non è stata riprodotta nel nuovo codice, e pertanto non ritiene di poter legittimare il subentro del cessionario in luogo della mandataria cedente.

In proposito si osserva tuttavia che l'art. 106 del d.lgs. 50/2016, relativo alle modifiche dei contratti, prevede espressamente alcune ipotesi di variante soggettiva, in particolare nel caso in cui all'aggiudicatario iniziale subentri, anche a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purchè ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato a eludere l'applicazione del codice (art. 106, co. 1 lett. d) punto 2). Come osservato dalla giurisprudenza (Cons. Stato sez. V 23 novembre 2016, n. 4918), «nel

segno della maggiore flessibilità della regolamentazione della continuità aziendale si è inteso agevolare la continuazione dell'esecuzione dei contratti pubblici già stipulati».

La giurisprudenza, con particolare riferimento alle suddette vicende societarie nel regime normativo della legge n. 109/1994, aveva avuto modo di affermare che nell'ordinamento interno «sono state 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 [...] 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» (Cons. Stato sez. VI 6 aprile 2006, n. 1873).

Alla luce dei principi sopra esposti, appare ammissibile il subentro di altro soggetto nella posizione di mandatario del RTI aggiudicatario in caso di cessione di azienda, sempre che la cessione sia comunicata alla stazione appaltante ed essa non sia finalizzata a eludere l'applicazione del codice.

La S.A. dovrà pertanto verificare l'idoneità del cessionario, e quindi *i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, che devono permanere per l'intera durata del contratto. Dovrà inoltre verificare i requisiti di carattere generale delle cedenti, al fine di accertare che la cessione non sia diretta ad eludere l'applicazione del codice.*

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

è ammissibile il subentro di altro soggetto nella posizione di mandatario del RTI aggiudicatario a seguito di cessione di ramo d'azienda, sempre che la cessione sia comunicata alla stazione appaltante ed essa non sia finalizzata a eludere l'applicazione del codice. La S.A. dovrà verificare l'idoneità del cessionario, e quindi *i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, che devono permanere per l'intera durata del contratto. Dovrà inoltre verificare i requisiti di carattere generale delle cedenti, al fine di accertare che la cessione non sia diretta ad eludere l'applicazione del codice.*

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 marzo 2017

Il Segretario Maria Esposito

Formato pdf 175 kb