



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Ufficio Precontenzioso e Pareri*

Autorità Nazionale Anticorruzione

Prot. **Uscita del 30/01/2020**

Numero: **0008021**

Ufficio: **SG - UPAG Ufficio Precontenzioso e Pareri**

Spett.le PAL Informatica S.r.l. (mandataria R.T.I.  
costituendo con IFM S.r.l. e ITALSOFT S.r.l.)  
PEC: [palinformatica@upag.comandata.it](mailto:palinformatica@upag.comandata.it)

Spett.le S.U.A. Regione Marche  
PEC: [regione.marche@upag.comandata.it](mailto:regione.marche@upag.comandata.it)

**RIF. \_PREC 219/19/S**

OGGETTO: Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da RTI PAL Informatica S.r.l.-IFM S.r.l. e ITALSOFT S.r.l./ S.U.A. Regione Marche – Accordo Quadro, suddiviso in 8 lotti, con più operatori economici, per l'affidamento dei servizi ICT per la regione Marche e per gli Enti aderenti a progetti regionali – Importo a base di gara: euro 12.000.000,00 - S.A.: S.U.A. Regione Marche

Si comunica che in data 15/1/2020 il Consiglio dell'Autorità ha approvato la delibera N. 81/2020 che si allega in copia.

Ai sensi dell'art. 13 comma 2 del Regolamento del 9 gennaio 2019 per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si invitano le parti in indirizzo a voler far conoscere le proprie determinazioni conseguenti alla predetta pronuncia (proposizione di ricorso, provvedimenti assunti, acquiescenza), entro 35 giorni dal ricevimento della presente comunicazione, mediante compilazione del modulo (allegato).

Si evidenzia che, nel caso di omissione o non veridicità delle comunicazioni rese ai sensi del sopra citato articolo 13, si applica l'art. 213, comma 13 del d.lgs. 50/2016 con trasmissione dei relativi atti all'ufficio dell'Autorità competente per l'applicazione delle sanzioni.

Il Dirigente  
Adolfo CANDIA

DVA\_klswa



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

**DELIBERA N. 81**

**DEL 15 GENNAIO 2020**

OGGETTO: Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da RTI PAL Informatica S.r.l.-IFM S.r.l. e ITALSOFT S.r.l./ S.U.A. Regione Marche – Accordo Quadro, suddiviso in 8 lotti, con più operatori economici, per l'affidamento dei servizi ICT per la regione Marche e per gli Enti aderenti a progetti regionali – Importo a base di gara: euro 12.000.000,00 - S.A.: S.U.A. Regione Marche

**PREC 219/19/S**

**Art. 32, comma 4, d.lgs. n. 50/2016**

**Rinuncia alla partecipazione alla gara - periodo di vincolatività dell'offerta – irrevocabilità –**

La ratio della norma che dispone la vincolatività dell'offerta per il tempo indicato nel bando, o per 180 giorni, è quella di mantenere ferma l'offerta per tutto il periodo di presumibile durata della gara. Il termine di validità dell'offerta è configurabile come durata del vincolo di irrevocabilità dell'offerta, che va quindi considerata alla stregua di una proposta irrevocabile ai sensi dell'art. 1329 c.c.. Ne consegue l'inefficacia del ritiro dell'offerta, fino alla scadenza del termine prefissato.

**Artt. 48 e 106 d.lgs. n. 50/2016**

**Modifiche soggettive RTI partecipante – cessione di ramo d'azienda - ammissibilità**

E' ammissibile il subentro di altro soggetto nella posizione di mandatario del RTI partecipante 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 stazione appaltante 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.

**Rilevato in fatto**

Con istanza acquisita al prot. n. 97930 del 5 dicembre 2019, la S.U.A. Regione Marche e il costituendo RTI PAL Informatica S.r.l./IFM S.r.l./ITALSOFT S.r.l. hanno congiuntamente chiesto all'Autorità se la stazione appaltante possa accogliere la richiesta, manifestata dall'operatore economico dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, di rinunciare a partecipare alla procedura di gara.

Ciò tenendo conto che l'art. 17 del disciplinare di gara stabilisce che «L'offerta dovrà contenere (...) l'impegno a mantenere ferma e irrevocabile la propria offerta per 240 giorni, a decorrere dalla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta».

A seguito dell'avvio del procedimento, comunicato con nota prot. n. 101781 del 18 dicembre 2019, l'operatore economico ha precisato, con nota acquisita al prot. n. 104013 del 24 dicembre 2019, che la



## Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

presentazione dell'offerta va ricondotta ad un mero errore materiale, in considerazione del fatto che la mandataria PAL Informatica S.r.l., alla data di presentazione dell'offerta, aveva già in atto delle significative modifiche societarie, che si sono perfezionate, rispettivamente, in data 17 ottobre 2019 (modifica della denominazione in HPI e modifica dell'oggetto sociale) e in data 31 ottobre 2019 (conferimento di ramo di azienda di HPI a Italsoft e modifica di denominazione in Palitalsoft), rendendo di fatto impossibile per la PAL Informatica S.r.l. l'esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento in caso di aggiudicazione.

### Ritenuto in diritto

Da quanto rappresentato in atti emerge che le modifiche soggettive che hanno interessato sia la mandataria PAL Informatica S.r.l. che la mandante ITALSOFT S.r.l. si sono perfezionate dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, fissato in data 23 settembre 2019. Occorre pertanto valutare in che termini le modificazioni soggettive successivamente intervenute incidono sull'offerta e sulla partecipazione del costituendo RTI.

Si rileva, in primo luogo, che l'offerta, secondo l'interpretazione prevalente di dottrina e giurisprudenza, è configurabile come la proposta contrattuale dell'operatore economico a fronte dell'invito ad offrire della stazione appaltante rappresentato dal bando di gara.

L'offerta è vincolante per il tempo indicato nel bando - nel caso in esame 240 giorni dalla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte - o, in caso di mancata indicazione, per 180 giorni (art. 32, comma 4, d.lgs. n. 50/2016).

Secondo consolidata interpretazione giurisprudenziale (soprattutto riferita all'omologo art. 11, comma 6, del previgente d.lgs. n. 163/2006), la *ratio* della norma è quella di mantenere ferma l'offerta per tutto il periodo di presumibile durata della gara (Consiglio di Stato, 25 febbraio 2013 n. 1169) e il termine di validità dell'offerta è configurabile come durata del vincolo di irrevocabilità dell'offerta (Consiglio di Stato, 11 agosto 2015, n. 613), che va quindi considerata alla stregua di una proposta irrevocabile ai sensi dell'art. 1329 c.c. (TAR Trentino-Alto Adige, Trento, 11 giugno 2014 n. 230). Ne consegue l'inefficacia del ritiro dell'offerta, fino alla scadenza del termine prefissato («Se il proponente si è obbligato a mantenere ferma la proposta per un certo tempo, la revoca è senza effetto», art. 1329 c.c.). La norma riconosce all'operatore economico il diritto potestativo di svincolarsi dall'offerta solo dopo la scadenza del termine di validità (*rectius*, di irrevocabilità) dell'offerta, consentendogli di svincolarsi validamente, senza soggiacere ad un onere motivazionale, nel caso in cui l'offerta non sia più ritenuta remunerativa (cfr., *ex multis*, Parere di precontenzioso n. 321 del 29 marzo 2017). L'Autorità ha ritenuto che l'irrevocabilità dell'offerta, e la conseguente inaccogliibilità di una revoca anticipata rispetto al termine fissato preventivamente nel bando, sia giustificata da ragioni di interesse pubblico e trovi la propria *ratio* nell'esigenza di assicurare la trasparenza delle pubbliche gare (Parere di precontenzioso n. 80 del 16 maggio 2012; cfr., in termini, anche Consiglio di Stato n. 1786 del 19 aprile 2007).

Acclarata l'inefficacia della rinuncia alla partecipazione intervenuta prima della scadenza del termine di vincolatività dell'offerta, occorre valutare se l'offerta possa essere considerata ascrivibile al RTI così come risultante dalle modificazioni soggettive intervenute in corso di gara o se dette modificazioni siano



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

ostative alla prosecuzione della partecipazione alla procedura di gara da parte del “nuovo soggetto” derivante dalle operazioni societarie.

Dalla documentazione versata in atti emerge che la mandataria PAL Informatica S.r.l. ha dapprima cambiato denominazione e modificato il proprio oggetto sociale «aggiungendo le seguenti attività: “l’assunzione di partecipazioni in società italiane ed estere qualunque ne sia l’oggetto sociale nonché il finanziamento sotto qualsiasi forma, il coordinamento tecnico, finanziario ed amministrativo delle società partecipate”» (Verbale Assemblea Repertorio n. 4253 Raccolta n. 3273) e, successivamente, ha conferito «il ramo di azienda corrente nella sede legale di Jesi, nonché nelle sedi operative di Modena, Perugia e Usmate Velate, avente ad oggetto l’attività produttiva di sviluppo software per l’ente pubblico» alla società mandante ITALSOFT S.r.l., la cui denominazione è stata cambiata in "PALITALSOFT SRL" (Verbale Assemblea Repertorio n. 4287 Raccolta n. 3301).

Sotto la vigenza del d.lgs. n. 163/2006, l’art. 51 prevedeva espressamente che, in caso (tra le varie ipotesi) di cessione del ramo di azienda da parte del concorrente singolo o associato, il cessionario fosse ammesso alla gara, all’aggiudicazione e alla stipula previo accertamento del possesso di tutti i requisiti, di legge e del bando. 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 (Consiglio di Stato, 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 agosto 2015 n. 3819). La norma non è stata riprodotta nel d.lgs. n. 50/2016, che, nell’art. 106, disciplina soltanto la modifica soggettiva del contraente (ovvero, intervenuta nel corso dell’esecuzione del contratto). Tuttavia, l’Autorità ritiene che dall’art. 106, che espressamente prevede alcune ipotesi di variante soggettiva, possa essere desunto un generale principio di derogabilità al principio dell’immodificabilità soggettiva (per i RTI, art. 48, comma 9) estensibile anche alla fase dell’aggiudicazione dell’appalto (Parere di precontenzioso 8 marzo 2017 n. 244). L’interpretazione dell’Autorità è stata confermata dalla più recente giurisprudenza, secondo la quale «il principio da essa [disposizione dell’art. 51 del d.lgs. n. 163/2006] affermato, dell’ammissibilità di modifiche soggettive dei concorrenti anche nella fase di aggiudicazione dell’appalto, può ritenersi tuttora applicabile» e «la tesi opposta finisce con “l’ingiustamente “ingessare”, senza alcuna valida ragione giustificativa la naturale vocazione imprenditoriale dei soggetti partecipanti alle gare pubbliche, per tal guisa ponendosi in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione che sono soltanto quelle espressamente previste dall’art. 80 del nuovo Codice dei Contratti. Appare altresì evidente che la partecipazione di un soggetto ad una procedura di evidenza pubblica non può costituire, a pena di violazione della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), o del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), motivo per condizionare, ostacolare o, addirittura, sopprimere l’essenza dell’attività imprenditoriale, quando ciò non trovi giustificazione nella necessità di tutelare interessi superiori” (così, TAR Napoli, III, n. 7206/2018)» (Consiglio di Stato, 18 settembre 2019, n. 6216; in termini, anche TAR Sicilia Palermo, 13 dicembre 2019, n. 2881).

Alla luce di quanto sopra, deve ritenersi ammissibile il subentro di altro soggetto nella posizione di mandataria del RTI a seguito di cessione di ramo d’azienda (sempre che la cessione sia comunicata alla



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

stazione appaltante ed essa non sia finalizzata a eludere l'applicazione del codice). La stazione appaltante deve verificare l'idoneità del cessionario, e quindi i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, che devono permanere per l'intera durata del contratto.

Nel caso in esame, il RTI risulterà composto dall'ex mandante (e neo-denominata) PALITALSOFT SRL, in qualità anche di cessionaria di ramo di azienda dalla mandataria originaria, i cui requisiti dovranno essere verificati dalla stazione appaltante, e dalla mandante IFM S.r.l.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione,

- la rinuncia alla partecipazione prima della scadenza del termine di vincolatività dell'offerta è inefficace;
- la cessionaria di ramo di azienda può subentrare all'originaria mandataria, previo accertamento del possesso di tutti i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara.

Il Presidente f.f.  
Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30/01/2020.

Il Segretario Maria Esposito