TAR Sicilia, Sezione I Catania - Sentenza 21/04/2005 n. 697
legge 109/94 Articoli 21, 35 - Codici 21.3, 35.1

Ai sensi dell'art. 35 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., in caso di contratto di appalto di lavori pubblici è possibile il subentro nella posizione di contraente privato del cessionario di azienda ovvero del soggetto risultante da operazioni di trasformazione, fusione, e scissione, con il consenso della stazione appaltante. Regolando la norma in commento solo l'ipotesi di cessioni di azienda, trasformazioni, fusioni, scissioni che si verificano durante l'esecuzione del contratto di appalto, si pone la questione se la stessa, ovvero il principio che da essa si desume, sia estensibile al caso in cui tali vicende dell'impresa si verificano mentre è in corso di svolgimento una gara di appalto e, quindi, se sia cedibile al cessionario di azienda, ovvero al soggetto che risulta da operazioni di trasformazione, fusione, scissione, anche la posizione di partecipante ad una gara di appalto pubblico. La giurisprudenza amministrativa ha, dapprima, espresso un orientamento negativo al riguardo (C. Stato, sez. V, 13 maggio 1995, n. 761; C. Stato, sez. V, 10 febbraio 2000, n. 754); successivamente ha assunto una posizione possibilista, dovendosi valutare caso per caso se la posizione di partecipante alla gara sia o meno cedibile, in considerazione delle circostanze concrete e della rilevanza o meno di specifiche qualità soggettive dell'originario partecipante (C. Stato, sez. V, 26 settembre 2002, n. 4940). Si ritiene, in particolare, che l'Amministrazione, in assenza di specifici motivi contrari (nella specie non indicati), non possa esimersi di dare luogo ad apposito sub-procedimento, inteso a valutare la posizione del soggetto che aspira a subentrare nella posizione dell'operatore, che ha originariamente partecipato alla gara. Ciò anche nel caso in cui (come nella specie) il subentro avvenga nella fase anteriore alla aggiudicazione definitiva, a conclusione della fase di verifica dell'anomalia delle offerte.