

Consiglio di Stato, Sezione V - Sentenza 26/09/2002 n. 4940  
legge 109/94 Articoli 35 - Codici 35.1

Nel caso di fusione per incorporazione di una società, dal novero delle posizioni soggettive acquisite dalla società incorporante vanno escluse quelle, per definizione, intrasmissibili in quanto strettamente personali o, comunque, inerenti a rapporti connotati dall'intuitus personae e cioè dalla rilevanza delle qualità personali del titolare (che ne impedisce la cessione automatica ad altro soggetto senza il consenso della controparte del rapporto). Ove la fusione per incorporazione intervenga nel corso di una procedura di selezione del contraente della Pubblica Amministrazione (nel senso che viene incorporata da altra società quella partecipante alla gara), l'ammissibilità della trasmissione al soggetto incorporante della posizione giuridica di concorrente non può essere univocamente affermata o negata in astratto ma esige una valutazione, in concreto, dei profili, a quel fine rilevanti, quali in particolare il tipo di contratto da concludere mediante la procedura ad evidenza pubblica. Nel caso di fusione per incorporazione di una società nel corso di una procedura di gara in cui l'importanza della componente tecnica dell'offerta e dei connessi interessi pubblici impedisce di ritenere indifferente per l'Amministrazione l'identità e le qualità personali dell'aggiudicatario, la verifica dei requisiti soggettivi va condotta in capo al nuovo soggetto, dovendosi escludere l'ammissibilità di una cessione automatica del rapporto in difetto di tale accertamento. La sostituzione del legale rappresentante di una società che ha sottoscritto la dichiarazione allegata all'offerta a seguito di una fusione per incorporazione in altra società, esige, quantomeno, che sia notificata all'Amministrazione l'avvenuta fusione per incorporazione, in considerazione della necessità della ricognizione dell'identità del nuovo amministratore (anche al fine di eventuali verifiche di moralità), e che sia, comunque, confermato dal nuovo legale rappresentante il contenuto della dichiarazione d'impegno sottoscritto da quello cessato dall'incarico. In difetto di tali adempimenti resta, infatti, preclusa all'Amministrazione la stessa possibilità di riferire la prescritta dichiarazione di impegno al soggetto giuridico (i cui amministratori sono rimasti ad essa ignoti e, quindi, estranei al rapporto connesso alla partecipazione alla gara) succeduto a quello estinto. Nel caso di fusione per incorporazione di una società, per la valutazione della capacità finanziaria, le dichiarazioni di due Istituti di credito relative alla società incorporata sono del tutto inidonee ad attestare la sussistenza del medesimo requisito anche in capo alla società incorporante. In tale ipotesi, invece, occorre allegare la documentazione comprovante la capacità tecnica anche della società incorporante, in mancanza della quale non può in alcun modo presumersi il possesso in capo a quest'ultima del connesso titolo di partecipazione. La circostanza che il bando di gara, in applicazione dell'art. 81 R.D. n. 827/24, preveda la possibilità della presentazione di offerte per persona da nominare, non può far ritenere fungibile il contraente, ma conferma la necessità della verifica del possesso dei requisiti soggettivi anche in capo al soggetto nominato dall'aggiudicatario.