

Consiglio di Stato, Sezione VI - Sentenza 29/11/2004 n. 7802  
legge 109/94 Articoli 35 - Codici 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. Tale norma regola solo le ipotesi di cessioni di azienda, trasformazioni, fusioni, scissioni, che si verificano durante l'esecuzione del contratto di appalto e non è ex se applicabile ai casi in cui le suddette ipotesi si verificano nel corso della gara di appalto. La questione se la posizione di partecipante ad una gara di appalto pubblico sia cedibile al cessionario di azienda, ovvero al soggetto che risulta da operazioni di trasformazione, fusione, scissione, va risolta caso per caso, in considerazione delle circostanze concrete e della rilevanza o meno di specifiche qualità soggettive dell'originario partecipante. In particolare bisogna valutare: a) il tipo di operazione societaria che è stata posta in essere; b) il tipo di appalto e la rilevanza o meno dell'intuitus personae e, soprattutto, di specifici requisiti che l'originario partecipante possieda e che non si ravvisino in capo al subentrante (alla stregua del principio è stato ritenuto legittimo l'assenso al subentro in gara di una società che era divenuta cessionaria dell'azienda del soggetto partecipante alla gara, atteso che tale cessione era avvenuta nell'ambito del medesimo gruppo ed era stato conferito tutto il ramo di azienda che si occupava delle forniture oggetto della gara).