

Principio dell'avvalimento: si ritiene ammissibile la circolazione oggettiva di alcune delle referenze proprie dell'operatore economico

, le quali, in quanto non strettamente personali dell'imprenditore, possono essere utilizzate da diverso soggetto alla sola condizione che esso dimostri di poterne effettivamente disporre e che dell'utilizzazione sia fatta informazione alla stazione appaltante : valida quindi la cessione di ramo di azienda (e legittima anche la garanzia provvisoria).

Il Consiglio di Stato con la sentenza numero 1873 del 6 aprile 2006, in tema di cessione di ramo di azienda, ci insegna che:

< si può, pertanto, ritenere acquisito nella giurisprudenza vigente l'ulteriore principio della derogabilità 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>

ma vi è di più.

< Nessuna rilevanza assumeva, poi- ad avviso del collegio- la circostanza che il subentro nel ramo di azienda dell'impresa mandante sia avvenuto, inizialmente, a seguito di mero contratto di affitto cui ha fatto seguito, tuttavia soltanto nelle more del giudizio di appello, il trasferimento definitivo; né che, al momento dell'affitto l'impresa cedente fosse stata posta in liquidazione volontaria. Anche l'affitto di ramo di azienda, infatti, implicava il trasferimento della relativa utilizzazione all'affittuario e ne legittimava, ai sensi delle indicate considerazioni, il subentro nel raggruppamento. La liquidazione volontaria, inoltre, a differenza di quella coatta, non comportando un'accertata situazione di insolvenza, non preclude la partecipazione ai pubblici appalti, né priva l'imprenditore del potere di disporre il trasferimento dell'azienda.>

relativamente inoltre alla validità della cauzione provvisoria, è importante inoltre segnalare che:

< non derivava alcuna invalidazione o inefficacia della polizza fideiussoria inizialmente prestata a garanzia dell'offerta anche tale fideiussione ineriva, infatti, al profilo oggettivo dell'organizzazione aziendale dell'impresa garantita e doveva considerarsi anch'essa trasferita al cessionario subentrante>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi in appello n. 10277/2005 e 1599/2006, proposti rispettivamente:

1) per quanto riguarda il ric. n. 10277/2005 da:

**

contro

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato con domicilio in Roma via dei Portoghesi n.12;

**;

**;

PROGETTO *** S.R.L. IN LIQ.NE, rappresentata e difesa dall'Avv. Enzo Roboaldo con domicilio eletto in Roma piazza Capo di Ferro n. 13, presso la Segreteria del Consiglio di Stato;

Interveniente ad Adiuvandum

***** S.P.A., rappresentata e difesa dall'Avv. Giovanni Pascone con domicilio eletto in Roma via Lima n. 31;

2) per quanto riguarda il ric. n. 1599/2006 da:

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato con domicilio in Roma via dei Portoghesi n.12;

contro

*** e nei confronti di

**;

PROGETTO *** S.R.L. IN LIQUIDAZIONE

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio sede di Roma, Sezione III n.590/2006, nonché della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio sede di Roma, Sezione III n. 378/2005;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti intime;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 7 marzo 2006, relatore il Consigliere Sabino Luce ed uditi, altresì, gli avvocati Satta, Lattanzi, Cardarelli, Robolado, Gentile per delega dell'avv. Pascone e l'avv. dello Stato Corsini;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

1. Con bando pubblicato sulla Gazzetta ufficiale della Comunità europea del 7 ottobre 2004, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti indiceva una gara di appalto per la fornitura in locazione operativa triennale di hardware e connessi servizi di gestione per un importo a base d'asta di 25.000.000, 00 di euro al netto di iva. All'esito della procedura di gara, l'appalto era aggiudicato al raggruppamento temporaneo di imprese costituito da *** s.r.l. (mandataria), ** s.p.a., *** s.p.a. e ** s.p.a. (mandanti). L'aggiudicazione era, tuttavia, annullata con sentenza n. 590/06 del Tribunale amministrativo regionale del Lazio al quale la *** Italia s.p.a. mandataria in associazione temporanea con l'Enterprise **** s.r.l., aveva fatto ricorso. I giudici di primo grado, con l'indicata sentenza, dopo aver ritenuto infondato un ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario nei confronti del raggruppamento ricorrente, ne accoglievano la domanda principale annullando- come già rilevato- l'atto di aggiudicazione dell'appalto e condannando l'amministrazione ad aggiudicare lo stesso al raggruppamento facente capo alla *** Italia s.p.a. Contro l'indicata sentenza hanno proposto distinti appelli il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e la *** Italiana s.r.l.; sono intervenuti ad adiuvandum la *** s.p.a. e la Progetto ***; il giudizio, nella resistenza della *** Italia s.p.a. che ha anche proposto appello incidentale, chiamato per la discussione dell'istanza di sospensione della provvisoria esecuzione dell'impugnata decisione, all'odierna camera di consiglio è stato trattenuto in decisione in forma semplificata ai sensi dell'art. 26 della legge n. 1034/1971 come modificato dalla legge n. 205/2000.

DIRITTO

2. I due ricorsi in quanto proposti avverso la stessa sentenza vanno riuniti e congiuntamente esaminati.

3. Come già rilevato precedentemente, con l'impugnata sentenza il Tribunale amministrativo regionale ha accolto il ricorso principale a lui proposto dalla *** Italia s.p.a. ritenendo che il raggruppamento aggiudicatario dell'appalto avrebbe dovuto essere escluso dalla gara dal momento che nei confronti della Progetto *** s.r.l., che ne era stata impresa mandante, era stata avviata una procedura di messa in liquidazione volontaria cui aveva fatto seguito quella di concordato preventivo, poi disposto dal Tribunale fallimentare di Milano in data (1° agosto 2005) antecedente a quella (del 22 settembre 2005) di aggiudicazione dell'appalto. Nessuna rilevanza- secondo i giudici di primo grado- aveva l'avvenuto affitto, nelle more dell'aggiudicazione, del ramo di azienda deputato all'esecuzione della prestazione dedotta in appalto ad altro imprenditore, ancorché ne fosse stata data tempestiva informazione alla stazione appaltante che ne aveva verificati il possesso dei prescritti requisiti: i requisiti di qualificazione, di cui agli artt. 8 e 9 della legge n. 109/1994 e d.P.R. 11 maggio 1991, n. 187- secondo il Tribunale amministrativo regionale- inerivano all'impresa e non all'azienda e non se ne poteva ritenere realizzato il trasferimento ad altro soggetto nel caso, come quello in esame, di mero affitto di un, peraltro circoscritto, ramo d'azienda.

4. La decisione del Tribunale amministrativo regionale- come pure rilevato nelle premesse di fatto- è contestata dall'amministrazione appaltante e dal raggruppamento aggiudicatario ricorrenti secondo i quali l'affitto (cui ha fatto seguito la vendita) del ramo d'azienda della Progetto *** destinato, in base all'offerta, all'esecuzione di parte della prestazione dedotta in appalto, ne comportava la sostituzione con l'affittuario in seno al raggruppamento offerente, con conseguente irrilevanza della successiva ammissione dell'impresa cedente al concordato preventivo. La tesi delle appellanti, cui hanno aderito le rubricate intervenienti, è, tuttavia, contrastata dalla *** Italia s.p.a. che, a sua volta, con appello incidentale, ripropone una censura, non esaminata dal Tribunale amministrativo regionale, secondo la quale la sostituzione (per effetto della cessione del ramo d'azienda) di altra impresa a quelle mandante aveva privato di validità la cauzione provvisoria come inizialmente allegata dal raggruppamento offerente. Con le proposte impugnazioni, è anche devoluta alla cognizione del Consiglio di Stato

l'ulteriore questione, dedotta con il ricorso incidentale proposto in primo grado dalla *** Italia s.r.l. e dalla *** Italia s.p.a. riguardante la possibilità per i partecipanti alla gara di proporre per i tests prestazionali un modello di prodotto diverso da quello specificamente descritto nella documentazione allegata all'offerta.

5. In tal modo definito l'oggetto del giudizio, va rilevato che effettivamente- in base ad un risalente orientamento giurisprudenziale, cui sembra essersi attenuto il Tribunale amministrativo regionale- essendo previsto quali requisiti soggettivi ed oggettivi devono possedere i concorrenti all'aggiudicazione dei contratti pubblici al momento della pubblicazione del bando di gara, quello partecipante non può nel corso della procedura cedere ad altri la sua posizione di partecipante, né può la stazione appaltante aggiudicare il contratto ad un soggetto che non abbia presentato in proprio domanda di partecipazione al procedimento. Il principio indicato, con specifico riferimento ai raggruppamenti temporanei di imprese, si traduce- sempre secondo l'indirizzo giurisprudenziale indicato- nell'immodificabilità della composizione dell'associazione, di modo che, non diversamente da quanto previsto per il concorrente singolo, ove per taluno dei partecipanti al raggruppamento vengano a mancare nel corso della procedura di gara i requisiti occorrenti, se ne deve far conseguire l'esclusione del raggruppamento senza possibilità di una sua integrazione con altro concorrente o ridimensionamento con l'esclusione dell'impresa non più in possesso dei requisiti.

6. Sennonché, occorre anche rilevare che tale orientamento si è andato col tempo progressivamente evolvendo in correlazione alla contemporanea attenuazione, sulla spinta del diritto comunitario, della personalizzazione del contratto di appalto pubblico: nell'ordinamento interno, con l'art. 35 della legge n. 109/1994 sono state, in particolare, 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, modificandosi in tal modo ed integrando l'art. 18, comma 2, della legge n. 55/1990, come già sostituito dall'art. 12 della legge 12 luglio 1991, n. 203. Contemporaneamente si è ritenuta ammissibile la circolazione oggettiva di alcune delle referenze proprie dell'operatore economico, le quali, in quanto non strettamente personali dell'imprenditore, possono essere utilizzate da diverso soggetto alla sola condizione che esso dimostri di poterne effettivamente disporre e che dell'utilizzazione sia fatta informazione alla stazione appaltante (cosiddetto principio dell'avvalimento). Nell'indicata prospettiva, 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.

7. Facendo, ora, applicazione degli indicati principi al caso in esame, correttamente- ad avviso del collegio- l'amministrazione ha aggiudicato l'appalto al raggruppamento facente capo alla Hewlett- *** italiana s.r.l. anche se, nelle more del procedimento, per l'iniziale mandante Progetto *** era venuto a mancare il requisito soggettivo dell'affidabilità finanziaria: prima, infatti, dell'ammissione al concordato preventivo (disposto dal Tribunale di Milano il 4 agosto 2005) e che avrebbe precluso l'utilizzazione anche dei requisiti oggettivi propri dell'impresa mandante, se ne era avuto il trasferimento ad altro soggetto con l'affitto (del ramo azienda interessato all'esecuzione della prestazione dedotta in appalto; e della realizzata successione nel rapporto con la stazione appaltante ne era stata fatta regolare

informazione alla stessa che ne aveva potuto verificare la regolarità anche con riferimento al possesso dei prescritti requisiti soggettivi dell'impresa (***) subentrante.

8. Nessuna rilevanza assumeva, poi- ad avviso del collegio- la circostanza che il subentro nel ramo di azienda dell'impresa mandante sia avvenuto, inizialmente, a seguito di mero contratto di affitto cui ha fatto seguito, tuttavia soltanto nelle more del giudizio di appello, il trasferimento definitivo; né che, al momento dell'affitto l'impresa cedente fosse stata posta in liquidazione volontaria. Anche l'affitto di ramo di azienda, infatti, implicava il trasferimento della relativa utilizzazione all'affittuario e ne legittimava, ai sensi delle indicate considerazioni, il subentro nel raggruppamento. La liquidazione volontaria, inoltre, a differenza di quella coatta, non comportando un'accertata situazione di insolvenza, non preclude la partecipazione ai pubblici appalti, né priva l'imprenditore del potere di disporre il trasferimento dell'azienda. Con la considerazione ulteriore, infine, che, a seguito del subentro nel raggruppamento aggiudicatario della *** s.p.a., non derivava alcuna invalidazione o inefficacia della polizza fideiussoria inizialmente prestata a garanzia dell'offerta anche a nome della Progetto **: tale fideiussione ineriva, infatti, al profilo oggettivo dell'organizzazione aziendale dell'impresa garantita e doveva considerarsi anch'essa trasferita al cessionario subentrante.

9. Per tutte le considerazioni esposte, riuniti i ricorsi, vanno accolte le impugnazioni principali e va respinto l'appello incidentale della *** Italia s.p.a; per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, va disposto il rigetto del ricorso proposto dalla *** al Tribunale amministrativo regionale, cui segue l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso incidentale proposto allo stesso indicato Tribunale amministrativo regionale da parte della progetto Elettronica 82 e l'inammissibilità dell'ulteriore ricorso incidentale al primo legato della *** Italia s.p.a. con compensazione delle spese processuali stante la novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, riuniti i ricorsi, accoglie gli appelli principali e respinge il gravame incidentale della *** Italia s.p.a., e per l'effetto, in riforma della decisione di primo grado respinge il ricorso principale proposto da *** Italia s.p.a. al Tribunale amministrativo regionale e dichiara improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso incidentale proposto dalla ** Italiana s.p.a. allo stesso Tribunale amministrativo regionale e inammissibile il ricorso incidentale proposto dalla *** Italia s.p.a. allo stesso T.A.R.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 7 marzo 2006 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio,
DEPOSITATA IN SEGRETERIA - il...06/04/2006