

Un'intricata vicenda sulla cessione di un ramo di azienda, rende giuridicamente inesistente un'impresa all'atto di partecipazione ad una gara pubblica

Non esistendo, la ditta non può nemmeno dimostrare il reale possesso dei requisiti di ordine speciale: legittima quindi l'escussione della garanzia

Sintesi di Tar Aosta , Aosta, sentenza n. 22 del 19 febbraio 2004

Parole chiave:

appalti di lavori – cauzione provvisoria – fattispecie particolare di escussione della garanzia – inesistenza giuridica della ditta partecipante – legittimità delle tre sanzioni collegate all'art. 10 comma 1 quater della L. 109/94 s.m.i.- esclusione – escussione – segnalazione all'autorità

Conseguenze operative:

Non v'è dubbio infatti che la giuridica inesistenza della ditta al momento della presentazione dell'offerta si sia tradotta nell'impossibilità per la stessa impresa di fornire la prova del possesso dei requisiti dichiarati nella domanda di partecipazione alla gara, circostanza che, secondo la richiamata disposizione, costituisce il presupposto per l'esclusione del concorrente dalla gara e per l'applicazione delle sanzioni dell'escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza

Di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA In Nome del Popolo Italiano
Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta

S E N T E N Z A

Sul ricorso n. 82/2003 proposto dalla ditta individuale Orazio ****, in persona dell'omonimo titolare, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Barberis ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Roberto Creton, in Aosta, via Torino, n. 7;

contro

la REGIONE AUTONOMA VALLE D'AOSTA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianfranco Garancini e Antonella Banfi ed elettivamente domiciliata in Aosta, presso lo studio dell'avvocato Claudio Maione, Via Croce di Città n. 44;

per l'annullamento

del provvedimento dirigenziale della Regione Valle d'Aosta n. 3912 del 9 luglio 2003, comunicato con nota n. 27515/OP del 22 luglio 2003, con cui è stata disposta la comminatoria delle sanzioni di escussione della fideiussione rilasciata in sede di gara, tramite Credito cooperativo n. 1016/02 AG 01 rapp. n. 11.01.957/84 e di segnalazione all' Autorità di vigilanza LLPP a seguito della esclusione dalla gara e la revoca della aggiudicazione alla impresa **** Orazio dell'appalto relativo alla esecuzione dei lavori di realizzazione dei marciapiedi nella SR n. 45 della Valle d'Ayas località Villa del Comune di Challand-Saint-Victor;

di ogni altro provvedimento connesso, preordinato, conseguente e preliminare a quello impugnato;
Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Valle d'Aosta;

Visto gli atti tutti della causa;

FDG

Uditi, nella pubblica udienza del 21 gennaio 2004, relatore il Consigliere Maddalena Filippi, l'avv. Robert Creton su delega e per conto dell'avv. Riccardo Barberis per il ricorrente e l'avv. Gianfranco Garancini per l'amministrazione resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

1. – Con il ricorso in epigrafe la ditta individuale **** Orazio, impugna il provvedimento dirigenziale n. 3912 del 9 luglio 2003 con cui la Regione Valle d'Aosta ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara relativa alla esecuzione dei lavori di realizzazione dei marciapiedi lungo la SR n. 45 della Valle d'Ayas, in località Villa, in Comune di Challand-Saint-Victor – per un importo a base d'asta pari a Euro 1.174.939,44 - e la conseguente escussione della fideiussione bancaria rilasciata in sede di gara dalla stessa ricorrente, tramite Credito cooperativo n. 1016/02 AG 01 rapp. n. 11.01.957/84.

2. – La legittimità del provvedimento impugnato viene contestata sotto il profilo dell'eccesso di potere per mancanza dei presupposti, per travisamento ed errata valutazione dei fatti, nonché per violazione di legge con riferimento agli articoli 10, comma 1 quater, e 35 della legge n. 11 febbraio 1994, n. 109 e all'articolo 15, comma 9, del d.p.r. 25 gennaio 2000, n. 34.

3. - La Regione Valle d'Aosta - costituitasi in giudizio – sostiene l'infondatezza del ricorso e ne chiede il rigetto.

D I R I T T O

1. – Oggetto del ricorso è il provvedimento con cui la Regione Valle d'Aosta ha escluso la ditta individuale **** Orazio dalla gara indetta per l'esecuzione di marciapiedi lungo la strada regionale n. 45, contestualmente disponendo l'escussione della fideiussione bancaria rilasciata dalla stessa ricorrente.

Come si legge nella motivazione del provvedimento, l'esclusione si fonda sull'accertamento dell'avvenuta cessione - alla data di presentazione dell'offerta - della totalità delle quote della impresa individuale **** Orazio all'impresa **** Costruzioni Generali s.r.l. e sulla conseguente giuridica inesistenza, a tale data, dell'impresa ora ricorrente.

2. – Il ricorso non è fondato.

2.a – Con il secondo e terzo motivo di impugnativa - il cui esame conviene anticipare per motivi di ordine logico - si lamenta il travisamento dei fatti e il difetto dei presupposti, in quanto la cessione d'azienda si sarebbe perfezionata solo il 18 ottobre 2002, al momento dell'iscrizione della relativa operazione alla Camera di Commercio, con la conseguenza che, alla data di presentazione dell'offerta, avvenuta il giorno 15 dello stesso mese di ottobre, la ricorrente sarebbe stata ancora in possesso dell'attestazione SOA, trasferita tre giorni dopo alla **** Costruzioni Generali S.r.l., come del resto risulta dalla motivazione del provvedimento impugnato; in ogni caso la ricorrente, in qualità di cedente, sarebbe stata comunque legittimata a proporre la propria offerta e il committente, ai sensi dell'art. 35 della legge n. 109 del 1994, non avrebbe potuto opporsi al subentro della cessionaria se non per mancanza dei requisiti di qualificazione tecnica ed economica che si sarebbero automaticamente trasferiti in capo all'impresa cessionaria, per effetto della cessione di azienda, secondo quanto previsto dall'art. 15, comma 9, del d.p.r. n. 34 del 2000.

2.b – La censura muove dal presupposto – erroneo - che la cessione di azienda sia stata "effettuata a gara conclusa" e che alla data in cui l'impresa cedente ha presentato la propria offerta (15 ottobre 2002),

l'impresa cessionaria non avrebbe potuto proporre la domanda di partecipazione "in quanto ancora alcun trasferimento era stato effettuato".

Come risulta dagli atti del ricorso, l'atto di cessione all'impresa **** Costruzioni Generali S.r.l. del complesso dei beni costituenti la ditta individuale **** Orazio è stato stipulato il 7 ottobre 2002 e registrato il successivo 9 ottobre: deve quindi ritenersi che alla data di presentazione dell'offerta – spedita il 15 ottobre 2002 e pervenuta alla Regione due giorni dopo – l'impresa ricorrente, come si legge nella motivazione del provvedimento impugnato, "non era legittimata a partecipare, in quanto giuridicamente aveva cessato di esistere già alla data del 7/10/2002".

E nemmeno può ritenersi, come si sostiene con il ricorso, che l'impresa cedente fosse legittimata a presentare l'offerta in quanto ancora in possesso - alla data del 15 ottobre 2002 – dell'attestato SOA, trasferito all'impresa **** Costruzioni Generali S.r.l. solo il 18 ottobre 2002: va infatti osservato che l'iscrizione dell'atto di cessione d'azienda nel registro delle imprese ha effetti meramente dichiarativi e non costitutivi (Cass., sez. III, 28 giugno 1997, n. 5798). Nella specie dunque, poiché il conferimento dell'impresa cedente nell'impresa cessionaria si è perfezionato il 7 ottobre 2002, non v'è dubbio che a partire dalla stessa data la ricorrente non possedesse più i requisiti di ordine speciale per l'attestazione SOA.

Sono di conseguenza inconferenti sia il richiamo all'art. 35 della legge n. 109 del 1994 - che disciplina il subentro di un nuovo soggetto nella titolarità del contratto, per effetto di cessioni di azienda o di atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ad imprese che eseguono opere pubbliche – sia il richiamo all'art. 15, comma 9, del d.p.r. n. 34 del 2000 - che, in caso di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento di azienda o di un suo ramo, consente al nuovo soggetto di avvalersi, ai fini della qualificazione, dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine.

Quanto all'art.35, infatti, esso si riferisce alla diversa ipotesi di subentro in un'aggiudicazione già intervenuta e in un contratto già stipulato, laddove nella specie si era ancora nella fase della gara e la posizione di partecipante alla gara non è suscettibile di cessione; tra l'altro essa implicherebbe una modifica del soggetto che ha formulato l'offerta e l'elusione dei termini perentori previsti.

Altrettanto vale, altresì, con riguardo alla pretesa decadenza dal potere di opposizione al subentro della cessionaria, ai sensi del comma 2 del richiamato articolo 35, a causa al lungo tempo trascorso tra la comunicazione dell'avvenuta cessione d'azienda (dicembre 2002) e l'adozione del provvedimento di esclusione dalla gara (luglio 2003): anche questa disposizione – che consente l'opposizione al subentro entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione della cessione di azienda - presuppone l'intervenuta stipula del contratto.

Quanto all'art. 15 comma 9 esso consente al cessionario di partecipare alla gara fruendo dei requisiti del cedente: nella specie, pertanto, doveva essere la ****

Costruzioni s.r.l. a presentare la domanda di partecipazione e non l'impresa individuale ****, non più esistente.

Va poi aggiunto che nella specie l'impresa cessionaria nemmeno si è attivata per chiedere – entro il termine decadenziale previsto per la presentazione delle offerte (24 ottobre 2002) - di avvalersi della domanda presentata dalla ditta **** Orazio: infatti solo in data 9 dicembre 2002 e solo a seguito della richiesta di documentazione inviata dall'Amministrazione all'impresa cedente risultata migliore offerente, l'impresa cessionaria ha comunicato alla Regione l'avvenuto conferimento della ditta individuale **** Orazio nella società **** Costruzioni Generali S.r.l.

Va aggiunto ancora, quanto al lamentato ritardo nella adozione del provvedimento di esclusione, che in data 28 novembre 2002 l'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici ha sospeso l'impresa ricorrente dalla

partecipazione alle gare d'appalto di qualsiasi importo a decorrere dal 26 marzo 2002 fino al 23 ottobre 2003 e che solo a seguito della sentenza n. 2994 del 3 aprile 2003 - con cui il TAR del Lazio ha annullato tale sospensione - l'Amministrazione ha dato avvio alla procedura di verifica della documentazione presentata dall'impresa risultata migliore offerente.

2.c - Con il primo motivo di ricorso si contesta la legittimità delle sanzioni dell'escussione della cauzione e della segnalazione alla Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, disposte con il provvedimento impugnato: la ricorrente lamenta in particolare la violazione dell'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994, sostenendo che non vi sarebbero i presupposti per l'applicazione della disposizione in quanto non sarebbe configurabile alcuna falsità nelle dichiarazioni effettuate in sede di gara.

La censura - per le stesse considerazioni già svolte - non può essere condivisa: non v'è dubbio infatti che la giuridica inesistenza della ditta individuale **** Orazio al momento della presentazione dell'offerta si sia tradotta nell'impossibilità per la stessa impresa di fornire la prova del possesso dei requisiti dichiarati nella domanda di partecipazione alla gara, circostanza che, secondo la richiamata disposizione, costituisce il presupposto per l'esclusione del concorrente dalla gara e per l'applicazione delle sanzioni dell'escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza.

3. - Il ricorso va dunque respinto.

Quanto alle spese e alle competenze del giudizio, sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo regionale della Valle d'Aosta respinge il ricorso in epigrafe.

Compensa interamente tra le parti le spese e le competenze del giudizio.

Così deciso in Aosta, nella Camera di Consiglio del 21 gennaio 2004.

Antonio GUIDA - Presidente f.to

Maddalena FILIPPI - Consigliere estensore f.to

Depositata in Segreteria in data 19 febbraio 2004.