

L'articolo 51 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 che consente alle imprese invitate di riorganizzare l'attività imprenditoriale anche modificando la propria struttura soggettiva,, ha carattere innovativo oppure codifica un principio già affermo

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

L'articolo 51 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, secondo il quale "qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice." si limita a porre in capo alla cessionaria l'unico onere di dare comunicazione alla stazione appaltante dell'avvenuta cessione del ramo d'azienda, lasciando poi alla discrezionalità delle singole amministrazioni chiedere quei documenti che si rendessero necessari per poter esprimere una ponderata verifica circa l'idoneità soggettiva del subentrante. Ed è ovvio che sia così, in quanto la varietà delle fattispecie concrete che possono presentarsi non consente di ridurre ad unità la tipologia della documentazione necessaria per l'accertamento.

Merita di essere segnalata la decisione numero 2794 del 9 giugno 2008, inviata per la pubblicazione in data 12 giugno 2008 emessa dal Consiglio di Stato

< Senza considerare poi che, nel caso di specie, la riorganizzazione aziendale è stata imposta dalla legge.

Più precisamente dall'articolo 3 del D.L. 30-9-2005, n. 203, conv. nella l. 2 dicembre 2005 n. 248, che, nell'affidare in via esclusiva all'agenzia delle entrate, e per essa alla "Riscossione S.p.a.", le funzioni relative alla riscossione nazionale (comma 1 e 2) ha anche dettato norme per l'accorpamento in detta società dei rami d'azienda delle imprese concessionarie del servizio nazionale della riscossione (co. 7), stabilendo però che queste potevano "trasferire ad altre società il ramo d'azienda relativo alle attività svolte in regime di concessione per conto degli enti locali", che avrebbero continuato a gestire i relativi servizi fino al 31 dicembre 2010.

Si è trattato, pertanto, di una complessa ristrutturazione dell'intero mercato delle imprese operanti nel settore, nell'ambito della quale le nuove società nate, in conseguenza dello scorporo dei rami di azienda preposti al servizio della riscossione dei tributi statali, si muovono lungo una linea di continuità, relativamente alla riscossione delle entrate degli enti locali, con le imprese pregresse. Linea di continuità che presuppone anche il trasferimento verso queste ultime dell'esperienza professionale e delle qualificazioni già maturate.>

In conclusione quindi:

< In conclusione, vanno accolti sia l'appello incidentale presentato da BETA che quello principale presentato da ALFA, con la conseguenza che il procedimento di gara va rinnovato, a partire dalla mancata verifica dell'idoneità soggettiva della ALFA.

Verifica che va condotta tenendo in debito conto la circostanza che vi è una sostanziale continuità tra la società cedente e quella cessionaria del ramo d'azienda relativo alla riscossione dei tributi per conto degli enti locali. Una volta superata positivamente tale fase procedimentale, l'amministrazione è comunque tenuta ad esprimere nuovamente una valutazione sulle giustificazioni addotte dalla ALFA, a sostegno dell'offerta, valutando i singoli elementi per la loro incidenza sull'offerta complessiva, e quindi a concludere il procedimento affidando il servizio all'impresa che risulterà aggiudicataria.>

A cura di*****j

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 2794/08 REG.DEC.

**N.
6026**

**Il
Consiglio
di
Stato
in
sede
giurisdizionale, (Quinta Sezione) ANNO
2007**

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 6026 del 2007,

proposto da ALFA. s.p.a., società di Gestione Entrate e Tributi, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avv. *****,
domiciliato in Roma, Corso del Rinascimento n. 11;

CONTRO

il Comune di Carovigno, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto presso il cav. ***** in Roma, via ***** n. 24 ;

e nei confronti di

BETA s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. *****', domiciliato in Roma, via Cosseria n. 2;

per la riforma

della sentenza del TAR
Puglia, sezione seconda di Lecce, 6 giugno 2007 n. 2238;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte appellata;

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

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 13 novembre 2007 il Consigliere *****;

Uditi per le parti l'avv. Pellegrino, ***** e D'*****', come indicato nel verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Oggetto dell'appello è la sentenza specificata in rubrica, con la quale il TAR della Puglia, sezione di Lecce, ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalla ALFA s.p.a., per l'annullamento del provvedimento con cui la ricorrente è stata esclusa per anomalia dell'offerta, dalla procedura di gara indetta dal Comune di Carovigno (BR) per l'affidamento in concessione della gestione del servizio di riscossione, accertamento e gestione delle entrate comunali: i.c.i., ta.r.s.u., t.o.s.a.p., imposta sulla pubblicità e pubbliche affissioni, lampade votive, degli atti con cui sono state chieste le giustificazioni per la verifica dell'anomalia e della determinazione del Settore Economia del Comune di Carovigno (Reg. Gen. 26.2.2007, n. 129 e Reg. Sez. 19.2.2007, n. 07), con cui sono stati approvati tutti i verbali di gara ed è stata disposta l'aggiudicazione definitiva alla ditta BETA s.r.l.; nonché per la declaratoria di nullità/inefficacia e/o l'annullamento del contratto medio tempore stipulato.

Secondo il primo giudice, che ha accolto il ricorso incidentale presentato dalla controinteressata BETA cui è stata aggiudicata la gara, "la stazione appaltante è venuta meno all'obbligo di accertare, in capo alla ricorrente principale, il possesso dei requisiti soggettivi e di capacità tecnico-finanziaria richiesti dal bando di gara ai fini della partecipazione".

Accertamento che era necessario in quanto il nuovo soggetto era nato da una scissione, e conseguente cessione del ramo d'azienda, dell'impresa che originariamente aveva partecipato alla gara.

Dalla mancata effettuazione di tale incombenza istruttorio, la sentenza di primo grado fa discendere non solo l'accoglimento dell'appello incidentale ma anche l'inammissibilità di quello principale.

L'appellante, oltre a contestare la sentenza sostenendo che nemmeno in astratto l'accoglimento della censura contenuta nel ricorso incidentale poteva incidere sull'ammissibilità del ricorso principale e che, comunque, l'accertamento della permanenza dei requisiti, in precedenza positivamente verificata in capo al soggetto cedente, sarebbe semmai dovuto essere effettuato solo se la ALFA fosse risultata aggiudicataria, ribadisce gli originari motivi di ricorso :

1. Violazione e falsa applicazione dell'articolo 25 del decreto legislativo n. 157 del 1995. Violazione dei principi comunitari in materia di offerte anomale. Eccesso di potere: irrazionalità manifesta; violazione del giusto procedimento e del principio di leale collaborazione. Violazione dell'articolo 97 della Costituzione.

2. Eccesso di potere per irrazionalità manifesta. Carenza istruttoria. Contraddittorietà.

Conclude quindi chiedendo, in riforma della sentenza appellata, l'accoglimento

del ricorso di primo grado.

E' costituito in giudizio il Comune di Carovigno, che eccepita preliminarmente l'inammissibilità dell'appello per la mancata impugnazione del capo della motivazione col quale il primo giudice ha rilevato che la società non aveva presentato a corredo dell'istanza con cui comunicava l'avvenuta scissione in data 27 novembre 2006 "alcun documento che comprovasse quanto dichiarato né il possesso dei requisiti di ammissione", propone appello incidentale, con il quale sostiene che la gara era stata bandita prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo 163 del 2006. Controbatte poi le tesi avversarie e conclude per il rigetto dell'appello.

E' costituita in giudizio la controinteressata BETA, che con appello incidentale ripropone i motivi già formulati con il ricorso incidentale in primo grado, sostenendo che:

1. La posizione di partecipante ad una gara di appalto, alla stregua degli articoli 13 e 14 del decreto legislativo n. 157 del 1995, vigente alla data del bando, non può costituire oggetto di cessione né è trasmissibile (Consiglio di Stato, sez. V, 10 febbraio 2000, n. 754).
2. il nuovo soggetto, comunque, deve dimostrare di possedere nel momento stesso della sua costituzione tutti i requisiti prescritti dalla partecipazione alla gara. L'amministrazione ha errato, pertanto, nel consentire la partecipazione alla gara ad una società che non aveva dimostrato il possesso dei requisiti.
3. in ultima analisi, la ALFA non poteva essere ammessa, in quanto non era in possesso della certificazione UNI EN ISO 9001.

Conclude quindi chiedendo, l'accoglimento del ricorso incidentale, e, per l'effetto, l'annullamento degli atti impugnati nonché il rigetto dell'appello per l'inammissibilità o improcedibilità delle ricorso di primo grado.

Con memoria del 6 novembre 2007, la ALFA eccepisce tra l'altro la tardività degli appelli incidentali, perché proposti oltre il termine di 30 giorni, di cui all'articolo 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205.

DIRITTO

1. La

ALFA s.p.a., società di Gestione Entrate e Tributi, costituita (a seguito della riforma della riscossione

introdotta dal titolo II° del D.L. 30-9-2005 n. 203) per scissione e cessione del ramo d'azienda, relativo alla gestione delle entrate degli enti locali, dalla S.p.A. ALFA che curava anche la gestione di tributi e contributi statali, è subentrata alla società cedente, dandone comunicazione in data 27 novembre 2006, nella procedura di gara indetta dal Comune di Carovigno (BR) per l'affidamento in concessione della gestione del servizio di riscossione, accertamento e gestione delle entrate comunali: i.c.i. , ta.r.s.u., t.o.s.a.p., imposta sulla pubblicità e pubbliche affissioni, lampade votive.

L'amministrazione comunale l'ha esclusa dalla gara avendo ritenuto anomala l'offerta presentata.

Oggetto dell'appello è la sentenza di cui all'epigrafe, con la quale il Tar della Puglia, sezione di Lecce, ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalla S.O.G.E.T. (società di Gestione Entrate e Tributi) avendo preliminarmente accolto il ricorso incidentale presentato dalla controinteressata BETA cui è stata aggiudicata la gara, ritenuto fondato in quanto "la stazione appaltante è venuta meno all'obbligo di accertare, in capo alla ricorrente principale, il possesso dei requisiti soggettivi e di capacità tecnico-finanziaria richiesti dal bando di gara ai fini della partecipazione".

2. In via preliminare va esaminata l'eccezione di tardività degli appelli incidentali, con i quali il Comune di Carovigno e la BETA hanno riproposto in sede d'appello, il primo argomentazioni e tesi difensive già esposte davanti al tar e la seconda le censure già formulate con il ricorso incidentale di primo grado.

L'eccezione è infondata, in quanto gli appelli incidentali in esame non hanno le caratteristiche dell'appello incidentale autonomo ma sono diretti a contestare quello principale riproponendo i motivi già formulati con i ricorsi incidentali e le questioni esposte in primo grado senza ampliare ulteriormente l'ambito del giudizio definito dal

Tar. E comunque, entro tali limiti, sono tempestivi e saranno presi in considerazione in questa sede.

Trattandosi di appelli incidentali propri, i termini per la loro proposizione, ai sensi dell'art. 37 del R.D. 26 giugno 1924, n. 54, decorrono dalla data assegnata per il deposito del ricorso principale, termini questi che, come è pacifico tra le parti, nella specie risultano rispettati.

3.

Venendo, ora, alla sostanza della controversia, le questioni giuridiche da risolvere sono le seguenti:

a) se sia applicabile alla fattispecie il principio giuridico, codificato dall'articolo 51 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, secondo il quale "qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice." Ed in caso affermativo, quali oneri ne discendono in capo al cessionario ed all'amministrazione precedente.

b) nel caso in cui la ricorrente abbia adempiuto all'onere di cui sopra, se la decisione di ritenere ingiustificata l'offerta anomala della ALFA., assunta dalla commissione giudicatrice nella seduta del 23 gennaio 2007 e fatta propria dall'amministrazione e con la determinazione n. 129 del 26 febbraio 2007, sia sorretta da una motivazione congrua.

3.1 Quanto alla prima questione, a parte ogni considerazione circa l'applicabilità nel corso dell'espletamento di una procedura concorsuale di una norma sopravvenuta che consenta alle imprese invitate di riorganizzare l'attività imprenditoriale anche modificando la propria struttura soggettiva, sta per certo che l'articolo 51 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, non ha carattere innovativo ma codifica un principio già affermato dalla giurisprudenza amministrativa. Basti richiamare la decisione di questo Consiglio Stato (sez. VI, 06 aprile 2006 , n. 1873) secondo la quale " 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."

Senza considerare poi che, nel caso di specie, la riorganizzazione aziendale è stata imposta dalla legge. Più precisamente dall'articolo 3 del D.L. 30-9-2005, n. 203, conv. nella l. 2 dicembre 2005 n. 248, che, nell'affidare in via esclusiva all'agenzia delle entrate, e per essa alla "Riscossione S.p.a.", le funzioni relative alla riscossione nazionale (comma 1 e 2) ha anche dettato norme per l'accorpamento in detta società dei rami d'azienda delle imprese concessionarie del servizio nazionale della riscossione (co. 7), stabilendo però che queste potevano " trasferire ad altre società il ramo d'azienda relativo alle attività svolte in regime di concessione per conto degli enti locali", che avrebbero continuato a gestire i relativi servizi fino al 31 dicembre 2010. Si è trattato, pertanto, di una complessa ristrutturazione dell'intero mercato delle imprese operanti nel settore, nell'ambito della quale le nuove società nate, in conseguenza dello scorporo dei rami di azienda preposti al servizio della riscossione dei tributi statali, si muovono lungo una linea di continuità, relativamente alla riscossione delle entrate degli enti locali, con le imprese pregresse. Linea di continuità che presuppone anche il trasferimento verso queste ultime dell'esperienza professionale e delle qualificazioni già maturate.

Venendo ora all'aspetto procedimentale, sia l'indirizzo giurisprudenziale sopra richiamato che la norma introdotta dal codice dei lavori pubblici (articolo 51) si limitano a porre in capo alla cessionaria l'unico onere di dare comunicazione alla stazione appaltante dell'avvenuta cessione del ramo d'azienda, lasciando poi alla discrezionalità delle singole amministrazioni chiedere quei documenti che si rendessero necessari per poter esprimere una ponderata verifica circa l'idoneità soggettiva del subentrante. Ed è ovvio che sia così, in quanto la varietà delle fattispecie concrete che possono presentarsi, di cui è emblematico il caso di specie, non consente di ridurre ad unità la tipologia della documentazione necessaria per l'accertamento. Nella specie l'onere gravante sulla ALFA è stato

adempito con la comunicazione del 27 novembre 2006.

Pertanto, il ricorso incidentale presentato in primo grado dalla BETA può essere accolto solo entro i limiti suddetti e quindi portare all'annullamento degli atti del procedimento, ivi compreso il provvedimento conclusivo, a partire dalla mancata verifica dell'idoneità soggettiva della ALFA. Ma ciò non comporta affatto il venir meno dell'interesse di quest'ultima alla coltivazione del ricorso principale, giacché un esito positivo di detta verifica le consentirebbe di partecipare a pieno titolo al procedimento di gara.

3.2 La permanenza dell'interesse della ricorrente in primo grado, attuale appellante, però, è condizionata all'esito del ricorso principale nella parte in cui viene aggredita la sua esclusione dalla gara sotto altro profilo. Cioè per aver presentato un'offerta anomala non giustificata.

A tal riguardo, il provvedimento si basa sulla considerazione che l'offerta anormalmente bassa non fosse giustificata perché "l'attività ordinaria è in perdita di € 3472,77 e che quella della riscossione coattiva è in perdita di 8827,14. Detta perdita è sottostimata in conseguenza dell'omissione della quantificazione dei costi evidenziati al punto A.2 che precede".

Ora, come esattamente osservato dall'appellante, la determinazione appare illogica sotto il profilo che l'analisi non è stata condotta con riferimento ai dati complessivi ma è stata effettuata limitatamente ad una parte del servizio (accertamento e riscossione coattiva) per cui la perdita denunciata dall'amministrazione sarebbe comunque compensata da altre parti (riscossione ordinaria) che porterebbero ad un utile complessivo di € 60.504,46.

A tal proposito, giova richiamare il principio secondo il quale, ai fini della valutazione dell'anomalia dell'offerta, i singoli elementi di cui essa si compone non possono essere presi in considerazione separatamente ma debbono essere valutati per la loro incidenza sull'offerta complessiva. ***** ricordare che "sebbene l'articolo 21, comma 1 bis, Legge 11 febbraio 1994, n. 109, stabilisca che le giustificazioni relative alle offerte anomale debbano riguardare le "voci di prezzo" più significative che concorrono a formare l'offerta, ciò non vuol dire che i singoli prezzi debbano essere giustificabili in sé e per sé, a prescindere dalla loro incidenza sull'offerta complessiva; nell'interpretazione del dato normativo non può, infatti, trascurarsi che la ratio cui è preordinato il meccanismo di verifica della offerta anomala è pur sempre la piena affidabilità della proposta contrattuale (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 maggio 2000, n. 2908)." (Consiglio Stato, sez. V, 05 ottobre 2005, n. 5315).

4. In conclusione, vanno accolti sia l'appello incidentale presentato da BETA che quello principale presentato da ALFA, con la conseguenza che il procedimento di gara va rinnovato, a partire dalla mancata verifica dell'idoneità soggettiva della ALFA. Verifica che va condotta tenendo in debito conto la circostanza che vi è una sostanziale continuità tra la società cedente e quella cessionaria del ramo d'azienda relativo alla riscossione dei tributi per conto degli enti locali. Una volta superata

positivamente tale fase procedimentale, l'amministrazione è comunque tenuta ad esprimere nuovamente una valutazione sulle giustificazioni addotte dalla ALFA, a sostegno dell'offerta, valutando i singoli elementi per la loro incidenza sull'offerta complessiva, e quindi a concludere il procedimento affidando il servizio all'impresa che risulterà aggiudicataria.

5. Appare tuttavia equo compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, sezione V,
accoglie l'appello principale e, per quanto di ragione, l'appello incidentale di BETA,
e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia seguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del , con l'intervento dei signori:

Presidente

Consigliere

Consigliere estensore

Caro *****

Consigliere

Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to *****

f.to *****

IL SEGRETARIO

f.to *****

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 9/06/08

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

**IL
DIRIGENTE**

F.to *****

<https://www.diritto.it/l-articolo-51-del-decreto-legislativo-12-aprile-2006-n-163-che-consente-alle-imprese-in-attivita-di-riorganizzare-l-attivita-imprenditoriale-anche-modificando-la-propria-struttura-soggettiva-ha-carat/>