

## **In caso di subentro, la Stazione Appaltante deve verificare sia i requisiti di ordine generale che quelli di ordine speciale : la circostanza che si tratti di un decreto penale di condanna per contravvenzione nulla toglie in merito alla necessità di una v**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Gara d'appalto ai sensi dell'art. 20, comma 4, L. 109/94 e s.m.i. e dell'art. 22 del DPR 554/99 da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, avente ad oggetto complessivamente la progettazione ed esecuzione dei lavori di manutenzione straordinaria della pubblica illuminazione di un Comune: controversia relativa alla mancanza dei requisiti

necessari ai fini del perfezionamento del subentro per intervenuta violazione delle regole che presiedono alle modifiche soggettive dei

concorrenti già ad avviso della giurisprudenza anteriore al codice dei contratti pubblici, in caso di cessione di azienda e di trasformazione di società, è ammesso il subentro 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. L'art.

51 d.lgs. 1632006, in tema di valutazione delle vicende soggettive, prevede, sulla stessa lunghezza d'onda, che

"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"\_ Osserva la

Sezione che la

tesi della sostanziale continuità tra

le imprese, volta a derubricare la vicenda a mero cambio di denominazione

sociale, tesi sostenuta dall'amministrazione e ribadita in sede di appello dalle parti ricorrenti, è smentita dalla rilevanza dei significativi

elementi di discontinuità riscontrabili tra i due soggetti (passaggio da società di persone a società di

capitali; mutamento degli amministratori; fuoriuscita e subentro di nuovi soci; cambiamento di denominazione sociale; nuovo atto costitutivo, statuto e sede sociale); e, in specie, dell'avvicendamento tra il precedente amministratore della EXALFA ed i due nuovi amministratori di ALFA. A fronte di tali profondi elementi di discontinuità, sul versante oggettivo e soggettivo, risultava doverosa la verifica dei requisiti GENERALI e speciali; verifica omessa sia prima dell'aggiudicazione provvisoria - stante l'assenza della relativa comunicazione -sia in un turno di tempo successivo, prima di procedere all'aggiudicazione definitiva.

Merita di essere riportato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 6046 del 5 dicembre 2008, inviata per la pubblicazione in data 10 dicembre 2008, emessa dal Consiglio di Stato

La Sezione conviene con il Primo Giudice in ordine alla mancanza dei requisiti necessari ai fini del perfezionamento del subentro .

Sul versante fattuale, dall'analisi degli atti di gara emerge come, a fronte dell'iniziale partecipazione, prequalificazione e valutazione dell'offerta proveniente dall'ATI formata dalle società DELTA, EXALFA, GENERAL Engineering ed ing. \*\*\*\*\*\*, cui veniva provvisoriamente aggiudicata la gara in questione in data 6.10.2006, si era verificata in data 23.05.06 la trasformazione di EXALFA s.a.s. di S. Gina in ALFA s.r.l., con T. Nicola primo amministratore, poi sostituito in data 5.10.06 da \*\*\*\*\*\*. A seguito della richiesta del 24.10.2006, da parte della stazione appaltante, della documentazione necessaria all'aggiudicazione definitiva, la capogruppo DELTA comunicava la trasformazione di EXALFA in ALFA, cui seguiva in data 15.12.2006 l'aggiudicazione definitiva in favore del raggruppamento odierno controinteressato.

Ebbene, tali essendo gli snodi fattuali, risultano suscettibili di condivisione le osservazioni svolte dal Primo Giudice per un verso in ordine alla insufficienza della mera comunicazione, formulata dopo l'aggiudicazione provvisoria e proveniente dalla sola mandataria, in ordine alla posizione della trasformata ALFA; e, soprattutto, in merito all'assenza di una tempestiva verifica, da parte della stazione appaltante, in ordine alla avvenuta trasformazione, ai caratteri ed ai requisiti del nuovo soggetto, con particolare riferimento alla posizione del sig. T. Nicola. Ed, invero, nella nota del 22 febbraio 2007, resa solo nel corso del giudizio a seguito dell'impulso del Primo Giudice, l'amministrazione resistente, si è limitata ad affermare genericamente che, sulla scorta

dell'acquisita documentazione,  
non sussistono ragioni ostative all'aggiudicazione definitiva, soggiungendo che, con riguardo alla  
posizione della EXALFA  
e della ALFA, si registra una  
sostanziale continuità tra le due imprese in ragione dell'identità di partita IVA e di numero di Iscrizione  
alla CC.I.AA di Caserta, nonché dal rapporto di derivazione tra le attestazioni SOA rilasciate alle stesse.

Osserva la  
Sezione che la  
tesi della sostanziale continuità tra  
le imprese, volta a derubricare la vicenda a mero cambio di denominazione  
sociale, tesi sostenuta dall'amministrazione e ribadita in sede di appello dalle parti ricorrenti, è smentita  
dalla rilevanza dei significativi  
elementi di discontinuità riscontrabili tra i due soggetti (passaggio da società di persone a società di  
capitali; mutamento degli amministratori; fuoriuscita e subentro di nuovi soci; cambiamento di  
denominazione sociale; nuovo atto costitutivo, statuto e sede sociale); e, in specie,  
dell'avvicendamento tra il precedente amministratore della EXALFA ed i due nuovi amministratori di  
ALFA. A fronte di tali profondi  
elementi di discontinuità, sul versante oggettivo e soggettivo, risultava doverosa la  
verifica dei requisiti GENERALI e speciali; verifica omessa sia prima dell'aggiudicazione provvisoria -  
stante l'assenza della relativa  
comunicazione -sia in un turno di tempo successivo, prima di procedere all'aggiudicazione definitiva.

Non è stata effettuata, in particolare, neanche a seguito dell'Ordinanza istruttoria di primo grado, alcuna  
indagine in ordine alla situazione penale di T. Nicola, primo amministratore della ALFA  
dal 23.5.06 (data di trasformazione della EXALFA in ALFA) e cessato dalla carica in corso di gara,  
nei cui confronti risulta emesso  
un decreto penale di condanna emesso in data 11.07.06 ai sensi dell'art. 51 D.Lgs n.  
22/1997 (reati relativi all'esercizio, commercio e smaltimento di rifiuti urbani o speciali tossici non  
autorizzato).La circostanza che si tratti di un decreto penale di condanna per contravvenzione nulla toglie  
in merito alla necessità di una verifica da parte dell'amministrazione in ordine alla sua incidenza sui  
requisiti di ammissione previa produzione del certificato giudiziale o dei  
carichi pendenti.

Né, a fronte del chiaro tenore della lex specialis sul punto, appare rilevante il riferimento alla circostanza  
per cui dal certificato camerale  
non contiene alcun riferimento al T., deponendo in senso opposto il principio che obbliga i partecipanti  
alle gare pubbliche ad un'informazione corretta e completa in ordine alla sussistenza di tutti gli elementi  
e requisiti di ammissione.  
Non assume poi rilievo la mancata operatività gestionale  
di detto amministratore nel periodo di carica, alla luce delle esigenze perseguite dagli artt. 38 del codice

dei contratti pubblici e dall'art. 75 del d.P.R. n. 554/1999 nell'imporre una verifica anche sugli amministratori cessati dalla carica nel triennio precedente al fine di verificarne l'incidenza sull'affidabilità morale e professionale dell'impresa. >

A cura di \*\*\*\*\*

N.REG.DEC.6046/08

ric. nn.5980-6160/07

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il  
Consiglio  
di  
Stato  
in  
sede  
giurisdizionale

Quinta  
Sezione

ha pronunciato la seguente

#### DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 5980/2007 del 18/07/2007, proposto dall'ATIP ALFA S.R.L. GIA' EXALFA S.A.S. e in proprio, rappresentata e difesa dall'avv. \*\*\*\*\*, con domicilio eletto in Roma, presso l'avv. \*\*\*\*\*, via L. \*\*\*\*\* n. 1;

contro

BETA SOLE S.R.L. in proprio e quale mandataria RTI e L'RTI BETABIS \*\*\*\*\*, rappresentate e difese dagli avvocati \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\*, con domicilio eletto in Roma, presso lo studio del secondo, via della Farnesina n. 272;

#### **e nei confronti di**

COMUNE DI CASERTA non costituitosi;

DELTA S.R.L., non costituitasi;

ETA \*\*\*\*\* non costituitosi;

GENERAL ENGINEERING S.R.L. non costituitasi;

e sul ricorso in appello n. 6160/2007 del 21/07/2007, proposto dalle società DELTA S.R.L. in proprio e quale  
C.G. ATI,

ATI ING. \*\*\*\*\*, ATI GENERAL ENGINEERING S.R.L., ATI ALFA S.R.L., ATI GIA' EXALFA S.A.S., rappresentate e difese dall'avv. \*\*\*\*\* PROZZO con domicilio eletto in Roma, presso lo studio dell'avv. \*\*\*\*\*, via Merulana n. 234;

BETA SOLE S.R.L. in proprio  
e quale  
C.G. RTI, e RTI BETABIS S.R.L. e in proprio,

rappresentate e difese dagli avvocati \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\*, con domicilio eletto in Roma via della Farnesina n. 272;

e nei confronti del

COMUNE DI CASERTA rappresentato e difeso dall'avv. \*\*\*\*\*, con domicilio eletto in Roma, presso l'avv. \*\*\*\*\*, via Grazioli Lante n, 76;

la soc. ALFA SRL non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del TAR CAMPANIA - NAPOLI : Sezione VIII  
n.5905/2007;

Visti gli atti degli appelli con i relativi allegati;

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

Visti gli atti tutti delle cause;

Alla pubblica udienza del 6 Maggio 2008, relatore il Consigliere \*\*\*\*\* ed uditi, altresì, gli avvocati \*\*\*\*\*, su delega dell'avv. \*\*\*\*\*, l'avv. \*\*\*\*\*, l'avv. \*\*\*\*\* e l'avv. \*\*\*\*\*, su delega dell'avv. \*\*\*\*\*;

## FATTO E DIRITTO

**1.** Il Comune di Caserta, con bando di gara prot. n. 77511 dell'11.02.05, pubblicato in G.U. 197 del 25.2.05, indicava un gara d'appalto ai sensi dell'art. 20, comma 4, L. 109/94 e s.m.i. e dell'art. 22 del DPR 554/99 da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, avente ad oggetto complessivamente la progettazione ed esecuzione dei lavori di manutenzione straordinaria della pubblica illuminazione di Caserta.

All'esito della procedura, aggiudicataria provvisoria risultava l'Ati composta dalle società DELTA, EXALFA, GENERAL Engineering e dall'\*\*\*\*\*.

Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno accolto il ricorso proposto avverso gli atti della procedura dalla società BETA Sole, in proprio e quale capogruppo dell'Ati con la società BETABIS s.r.l..

Con separati appelli le parti ricorrenti contestano gli argomenti posti a fondamento del decisum.

Resistono BETA Sole s.r.l.

e \*\*\*\*\*

s.r.l.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza

del 6 maggio 2008 la causa è stata trattenuta per la decisione.

**2.** Ragioni di connessione oggettiva e soggettiva impongono la riunione degli epigrafati ricorsi.

**3.** Gli appelli sono infondati.

### **3.1.**

Il Primo Giudice ha posto a fondamento del decisum di accoglimento il rilievo in ordine all'intervenuta violazione delle regole che presiedono alle modifiche soggettive dei concorrenti.

Va  
rimarcato  
che,  
già ad avviso della giurisprudenza anteriore al codice dei contratti pubblici, in caso di cessione di azienda e di trasformazione di società, è ammesso il subentro 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 (cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 06 aprile 2006, n. 1873). L'art. 51 d.lgs. 163/2006, in tema di valutazione delle vicende soggettive, prevede, sulla stessa lunghezza d'onda, che "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".  
La Sezione conviene con il Primo Giudice in ordine alla mancanza dei requisiti necessari ai fini del perfezionamento del subentro .

Sul versante fattuale,  
dall'analisi degli atti di gara emerge come, a fronte dell'iniziale partecipazione, prequalificazione e valutazione dell'offerta proveniente dall'ATI formata dalle società DELTA, EXALFA, GENERAL Engineering ed ing. \*\*\*\*\*\*, cui veniva provvisoriamente aggiudicata la gara in questione in data 6.10.2006, si era verificata in data 23.05.06 la trasformazione di EXALFA s.a.s. di S. Gina in ALFA s.r.l., con T. Nicola primo amministratore, poi sostituito in data 5.10.06 da \*\*\*\*\*\*. A seguito della richiesta del 24.10.2006, da parte della stazione appaltante, della documentazione necessaria all'aggiudicazione definitiva, la capogruppo DELTA comunicava la trasformazione di EXALFA in ALFA, cui seguiva in data 15.12.2006 l'aggiudicazione definitiva in favore del raggruppamento odierno controinteressato.

Ebbene, tali essendo gli snodi fattuali, risultano suscettibili di condivisione le osservazioni svolte dal Primo Giudice per un verso in ordine alla insufficienza della mera comunicazione, formulata dopo l'aggiudicazione provvisoria e proveniente dalla sola mandataria, in ordine alla posizione della trasformata ALFA; e, soprattutto, in merito all'assenza di una tempestiva verifica, da parte della stazione appaltante, in ordine alla avvenuta trasformazione, ai caratteri ed ai requisiti del nuovo soggetto,



con particolare riferimento alla posizione del sig. T. Nicola.

Ed, invero, nella nota del 22 febbraio 2007, resa solo nel corso del giudizio a seguito dell'impulso del Primo Giudice, l'amministrazione resistente, si è limitata ad affermare genericamente che, sulla scorta dell'acquisita documentazione,

non sussistono ragioni ostative all'aggiudicazione definitiva, soggiungendo che, con riguardo alla posizione della EXALFA

e della ALFA, si registra una

sostanziale continuità tra le due imprese in ragione dell'identità di partita IVA e di numero di Iscrizione alla CC.IAA di Caserta, nonché dal rapporto di derivazione tra le attestazioni SOA rilasciate alle stesse.

Osserva la

Sezione che la

tesi della sostanziale continuità tra

le imprese, volta a derubricare la vicenda a mero cambio di denominazione

sociale, tesi sostenuta dall'amministrazione e ribadita in sede di appello dalle parti ricorrenti, è smentita dalla rilevanza dei significativi

elementi di discontinuità riscontrabili tra i due soggetti (passaggio da società di persone a società di capitali; mutamento degli amministratori; fuoriuscita e subentro di nuovi soci; cambiamento di denominazione sociale; nuovo atto costitutivo, statuto e sede sociale); e, in specie,

dell'avvicendamento tra il precedente amministratore della EXALFA ed i due nuovi amministratori di ALFA. A fronte di tali profondi

elementi di discontinuità, sul versante oggettivo e soggettivo, risultava doverosa la

verifica dei requisiti GENERALI e speciali; verifica omessa sia prima dell'aggiudicazione provvisoria - stante l'assenza della relativa

comunicazione -sia in un turno di tempo successivo, prima di procedere all'aggiudicazione definitiva.

Non è stata effettuata, in particolare, neanche a seguito dell'Ordinanza istruttoria di primo grado, alcuna indagine in ordine alla situazione penale di T. Nicola, primo amministratore della ALFA

dal 23.5.06 (data di trasformazione della EXALFA in ALFA) e cessato dalla carica in corso di gara,

nei cui confronti risulta emesso

un decreto penale di condanna emesso in data 11.07.06 ai sensi dell'art. 51 D.Lgs n.

22/1997 (reati relativi all'esercizio, commercio e smaltimento di rifiuti urbani o speciali tossici non autorizzato).La circostanza che si tratti di un decreto penale di condanna per contravvenzione nulla toglie

in merito alla necessità di una verifica da parte dell'amministrazione in ordine alla sua incidenza sui requisiti di ammissione previa produzione del certificato giudiziale o dei

carichi pendenti.

Né, a fronte del chiaro tenore della lex specialis sul punto, appare rilevante il riferimento alla circostanza per cui dal certificato camerale

non contiene alcun riferimento al T., deponendo in senso opposto il principio che obbliga i partecipanti alle gare pubbliche ad un'informazione corretta e completa in ordine alla sussistenza di tutti gli elementi

e requisiti di ammissione.

Non assume poi rilievo la mancata operatività gestionale di detto amministratore nel periodo di carica, alla luce delle esigenze perseguite dagli artt. 38 del codice dei contratti pubblici e dall'art. 75 del d.P.R. n. 554/1999 nell'imporre una verifica anche sugli amministratori cessati dalla carica nel triennio precedente al fine di verificarne l'incidenza sull'affidabilità morale e professionale dell'impresa.

Sul piano dei tempi e dei modi della notificazione all'amministrazione di detta vicenda, si deve soggiungere che la comunicazione è stata effettuata solo dopo l'aggiudicazione provvisoria, senza essere corredata dalla documentazione che si è prima visto essere necessaria.

Si deve soggiungere, nell'ottica della conformazione dell'azione amministrativa, che risulta fondato anche il motivo del ricorso originario assorbito, teso a denunciare l'insufficienza del certificato camerale presentato dall'ATI aggiudicataria, in quanto la certificazione prodotta dalla GENERAL Engineering risulta priva del nulla osta antimafia e fallimentare in violazione dell'art. 2, punto D, della lex specialis, che prevede espressamente la sanzione dell'esclusione anche per l'omessa produzione di detta documentazione da parte di ciascuna mandante. Detta previsione sfugge a sua volta al rimprovero mosso in sede di ricorso incidentale di prime cure, non essendo censurabili le previsioni di gara che, nell'esercizio non irragionevole della discrezionalità spettante alla stazione appaltante, stabiliscono le regole in ordine ai tempi ed ai modi di produzione della documentazione in parola.

**3.** Alla luce delle considerazioni che precedono i ricorsi vanno respinti.

L'effetto pienamente soddisfacente che la decisione produce in ordine al conseguimento del perseguito bene della vita esclude il residuo di ogni profilo di danno risarcibile per equivalente.

Sussistono giusti motivi per compensare interamente tra le parti spese ed onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, riunisce gli appelli in epigrafe specificati e li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 06 Maggio 2008  
con l'intervento dei Sigg.ri:

Pres. \*\*\*\*\*

Cons. \*\*\*\*\*

Cons. \*\*\*\*\*

Cons. \*\*\*\*\*

Cons. \*\*\*\*\*

Est.

ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to \*\*\*\*\*

f.to \*\*\*\*\*

<https://www.diritto.it/in-caso-di-subentro-la-stazione-appaltante-deve-verificare-sia-i-requisiti-di-ordine-generale-che-quelli-di-ordine-speciale-la-circostanza-che-si-tratti-di-un-decreto-penale-di-condanna-per-contrav/>