



DELIBERA N. 614

20 dicembre 2022

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da R.T.I. N.S.I. NIGRA SERVIZI ITALIA Società Cooperativa - UNIVERSAL SERVICE Azienda di Servizi S.r.l. - Procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia, sanificazione, facchinaggio e manutenzione delle aree verdi per la durata di tre anni dell'Azienda di Servizi alla Persona Istituti Milanesi e Martinit e Stelline e Pio Albergo Trivulzio, da espletarsi mediante piattaforma telematica Sintel. CIG 8083524F04 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: euro 6.052.673,91 - S.A.: A.S.P. Istituti Milanesi MARTINITT e STELLINE e PIO ALBERGO TRIVULZIO

PREC 155/2022/S

Riferimenti normativi

D.lgs. n. 50 del 2016, art. 32, comma 7.

D.lgs. n. 50 del 2016, art. 80, comma 4.

Parole chiave

Modificazioni soggettive - Continuità possesso requisiti

Massima

Appalto pubblico – In genere – Soggetti partecipanti – Modificazioni soggettive – Verifica possesso dei requisiti dell'originario partecipante - E' necessaria – Anche nella fase intermedia tra aggiudicazione e stipula

A fronte di una modifica societaria comportante il subentro di un nuovo operatore economico in luogo dell'originario partecipante, la stazione appaltante è chiamata ad una rinnovata attività di verifica avente ad oggetto, oltre al possesso dei requisiti in capo al subentrante, anche il possesso dei requisiti di partecipazione del subentrato al fine di accertare che l'operazione non sia diretta ad eludere l'applicazione del Codice. Se non esercitato al momento della ricezione della comunicazione dell'atto di riorganizzazione aziendale, il potere amministrativo di controllo non si consuma e può (*rectius*, deve, trattandosi dell'esercizio di un potere doveroso) essere esercitato successivamente, anche nella fase intermedia tra l'aggiudicazione e la stipula.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 20 dicembre 2022

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 82207 del 13 ottobre 2022, con la quale il costituendo RTI Nigra Servizi Italia Società Cooperativa – Universal Service Azienda di Servizi S.r.l., ha posto all'attenzione



dell'Autorità il mancato riscontro della stazione appaltante A.S.P. Istituti Milanesi MARTINITT e STELLINE e PIO ALBERGO TRIVULZIO (di seguito PAT) alla richiesta volta ad appurare l'avvenuta effettuazione del controllo (e il relativo esito) del possesso dei requisiti generali, e, in specie, del requisito della regolarità contributiva, in capo all'aggiudicatario Celsius S.r.l., ai fini dell'integrazione dell'efficacia dell'aggiudicazione (art. 32, comma 7, d.lgs. n. 50/2016). L'istante, collocatosi originariamente al terzo posto, occupa attualmente la seconda posizione della graduatoria dopo l'esclusione del primo graduato (costituendo RTI Dussmann Service S.r.l./Progett S.r.l.). In tale veste, ha rappresentato di avere segnalato alla stazione appaltante in data 19 aprile 2022, e dunque dopo l'aggiudicazione della gara (disposta in data 3 febbraio 2022), di avere appreso informalmente, in occasione della partecipazione ad altre gare, che l'impresa GiZeta S.r.l., alla quale l'operatore economico Celsius S.r.l. è subentrato in forza di cessione del ramo d'azienda, avrebbe perso in corso di gara, e prima del perfezionamento della cessione, il possesso del requisito della regolarità contributiva. La notizia veniva confermata dall'amministrazione (il Palazzo Ducale di Mantova) con cui GiZeta S.r.l. aveva rapporti, la quale rendeva disponibile copia della delibera di risoluzione del contratto di appalto in danno di GiZeta S.r.l., dalla quale emergeva che il DURC dell'operatore economico era risultato irregolare a partire dal mese di ottobre 2020, rimanendo tale anche successivamente senza essere sanato. L'istante chiedeva pertanto alla stazione appaltante di accedere alla documentazione acquisita in occasione dei controlli sul possesso dei requisiti svolti nei confronti di GiZeta S.r.l. (oltre che nei confronti di Celsius S.r.l.), ai sensi dell'art. 32, comma 7, d.lgs. 50/2016. A fronte del silenzio del PAT e del diniego opposto all'istanza di accesso agli atti, il costituendo RTI intimava alla stazione appaltante di non stipulare il contratto senza avere prima verificato la continuità del possesso del requisito della regolarità contributiva in capo all'aggiudicatario, anche alla luce delle risultanze emerse dopo l'aggiudicazione. L'istanza reca in particolare i seguenti quesiti:

- a) se, in caso di operazioni societarie perfezionate in corso di gara dalle quali derivi il subentro di un nuovo operatore economico all'originario concorrente, la verifica in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione debba essere compiuta in capo ad entrambi i soggetti, al fine di garantire la continuità del possesso dei requisiti medesimi;
- b) se una stazione appaltante che venga a conoscenza nella fase c.d. "intermedia", tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, dell'intervenuta perdita, in corso di gara, del requisito della regolarità contributiva da parte del concorrente sia tenuta a disporre l'esclusione (e a ritenere inefficace il successivo subentro di altro operatore), senza dare corso alla stipula del contratto;
- c) se, nella c.d. "fase intermedia", la stazione appaltante sia tenuta ad escludere i concorrenti che risultino attinti da una causa di esclusione di natura automatica, tenuto conto che tale fase costituisce parte integrante della procedura di gara, sicché anche ad essa si applica il principio di continuità nel possesso dei requisiti e che l'Amministrazione ha comunque il dovere, prima di stipulare il contratto, di verificare la regolarità contributiva del concorrente;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 21 ottobre 2022 con nota prot. n. 8530;

Viste le eccezioni di inammissibilità sollevate dalla stazione appaltante con nota prot. n. 87105 del 26 ottobre 2022. Ad avviso del PAT l'istanza sarebbe inammissibile sotto molteplici profili:

1) ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c), Regolamento precontenzioso, in quanto diretta a fare valere l'illegittimità di un atto della procedura di gara – l'aggiudicazione – non più impugnabile. Le questioni sottoposte ad Anac avrebbero dovuto essere utilizzate quali motivi a sostegno dell'impugnazione dell'aggiudicazione, i cui termini tuttavia sono abbondantemente scaduti. Si tratterebbe di un precontenzioso in assenza di un possibile contenzioso;

2) ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. d), Regolamento precontenzioso, in ragione dell'esistenza della pendenza di un ricorso giurisdizionale sulle medesime ragioni di diritto. L'istante ha infatti impugnato il diniego di accesso agli atti argomentando a sostegno della propria richiesta con le medesime deduzioni poste alla base dell'istanza di precontenzioso;

3) ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. e) ed f), in ragione della genericità dell'istanza e del tentativo di ottenere un controllo generalizzato dell'operato dell'amministrazione. La stazione appaltante rileva che la sentenza con



cui il TAR Milano ha respinto il ricorso avverso il diniego di accesso agli atti ha evidenziato la pretestuosità delle richieste, con particolare riferimento all'assenza di azioni giudiziarie intraprese e/o da intraprendere da parte del costituendo RTI e alla genericità e carenza di elementi di concretezza dell'istanza, e che tali statuizioni appaiono dirimenti per una declaratoria di inammissibilità dell'istanza di parere di precontenzioso in quanto basata sulle medesime argomentazioni giuridiche formulate nel ricorso;

4) ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. g), Regolamento precontenzioso, in ragione dell'assenza di un interesse concreto al conseguimento del parere. Lo spirare del termine per l'impugnazione con ricorso giurisdizionale dell'aggiudicazione conterrebbe in *re ipsa* l'assenza di un interesse concreto, diretto e attuale dell'istante;

Visto quanto replicato dalla controinteressata Celsius S.r.l. con nota prot. n. 86948 del 26 ottobre 2022. L'operatore economico, subentrato al concorrente GiZeta S.r.l., ha eccepito l'erroneità della ricostruzione dei fatti operata dall'istante. In primo luogo il diniego dell'Amministrazione del Palazzo Ducale di Mantova al subentro di Celsius S.r.l. a GiZeta S.r.l. è stato impugnato avanti al Tribunale di Mantova e sarebbero tutt'ora *sub iudice* anche le supposte irregolarità contributive di GiZeta S.r.l., essendo state impugunate le relative cartelle di pagamento. Ciò inciderebbe sul presupposto della definitività dell'accertamento della violazione degli obblighi contributivi, che sarebbe pertanto carente. Inoltre, le asserite irregolarità non sarebbero state commesse da Celsius S.r.l. ma da GiZeta S.r.l., l'operatore economico da cui Celsius ha preso in affitto il ramo d'azienda;

Visto quanto controdedotto dall'istante con nota prot. n. 87193 del 26 ottobre 2022. A confutazione delle eccezioni di inammissibilità della stazione appaltante, il costituendo RTI ha evidenziato che l'oggetto del giudizio di appello promosso contro la sentenza del TAR Milano (che ha respinto il ricorso avverso il diniego di accesso) è circoscritto all'accesso agli atti. Inoltre, nella sentenza non sarebbe stato tenuto in debito conto che, tra le iniziative concretamente esperibili a seguito dell'accesso agli atti, è stata in realtà indicata la richiesta di intervento dell'Anac, per cui sarebbe paradossale che l'istanza di precontenzioso fosse dichiarata inammissibile perché il TAR non ha ravvisato i presupposti per concedere l'accesso. Quanto alla definitività dell'accertamento della irregolarità contributiva contestata dalla controinteressata, l'istante ha rappresentato che, secondo giurisprudenza consolidata, il carattere definitivo della irregolarità contributiva sarebbe cristallizzato nell'emissione di un Durc irregolare, a fronte del quale la stazione appaltante non ha alcuna discrezionalità nel valutare la posizione del concorrente. A questi fini, sarebbe anche irrilevante l'eventuale impugnazione delle cartelle di pagamento perché avrebbe ad oggetto un mero strumento della riscossione riguardante un debito tributario ormai consolidato a seguito della notifica di un precedente avviso di accertamento;

Viste le memorie delle parti e la documentazione in atti, ivi comprese le memorie e la documentazione integrativa prodotta a seguito della richiesta rivolta dalla scrivente Autorità a Celsius S.r.l. di produrre copia della documentazione inerente il giudizio promosso avverso le cartelle di pagamento emesse nei confronti di GiZeta S.r.l. (nota prot n. 94988 del 16 novembre 2022). Si fa riferimento a:

- la memoria integrativa dell'istante (prot. n. 95374 del 17 novembre 2022), che evidenzia come dalla determina di risoluzione del contratto del Palazzo Ducale di Mantova emergerebbero elementi che depongono per la definitività dell'accertamento dell'irregolarità contributiva di GiZeta S.r.l. (il DURC di GiZeta S.r.l. è irregolare dal mese di ottobre 2020 almeno fino al 19 luglio 2021, data di adozione della determina di risoluzione; il Palazzo Ducale ha provveduto al pagamento diretto dei contributi INPS e Inail spettanti ai dipendenti impiegati da GiZeta S.r.l. nella commessa ai sensi dell'art. 30, commi 5 e 6, d.lgs. n. 50/2016; GiZeta S.r.l. non ha in alcun modo contestato la debenza dei contributi dovuti ai dipendenti, né ha fatto cenno ad ipotetiche impugnazioni giudiziali dei relativi atti impositivi);
- la memoria della controinteressata Celsius S.r.l. acquisita al prot. n. 96458 del 21 novembre 2022, di accompagnamento di copia del ricorso in Cassazione avente ad oggetto l'accertamento negativo dell'obbligo contributivo a carico di GiZeta S.r.l., fatto valere dall'INPS con verbale unico di accertamento e notificazione del 22 novembre 2018, e dell'atto di citazione contro il Palazzo Ducale



di Mantova teso a fare valere l'illegittimità della risoluzione del contratto disposta da quest'ultima amministrazione. Nella circostanza, Celsius S.r.l. ha evidenziato che oggetto della contestazione in giudizio non sono le "cartelle di pagamento" (come erroneamente affermato nella precedente memoria) ma il verbale unico di accertamento dell'INPS e che al momento dell'affitto del ramo di azienda (27 aprile 2021) il giudizio era già pendente (la sentenza di appello è stata pronunciata nel novembre 2021) e dunque non può ritenersi intervenuto alcun accertamento definitivo dell'irregolarità contributiva di GiZeta. Celsius ha altresì eccepito l'inammissibilità dell'istanza, in quanto presentata quando i termini per l'impugnazione dell'aggiudicazione erano già scaduti (anche avendo come riferimento la data in cui l'istante ha avuto conoscenza delle circostanze che pretende di fare valere nel presente procedimento);

- la memoria di replica di Nigra Servizi Italia acquisita al prot. n. 97994 del 24 novembre 2022, unitamente alla documentazione ad essa allegata. L'istante ha ottenuto dal Palazzo Ducale di Mantova accesso alle attestazioni DURC di GiZeta s.r.l. acquisite nel periodo 2020/2021, le quali risultano avere esito regolare fino alla data del 14/10/2020, e irregolare, continuativamente, nel successivo periodo compreso tra il 23/11/2020 e il 16/07/2021. Una "Verifica regolarità contributiva" del 15/04/2021, parimenti oggetto di ostensione, evidenzia irregolarità di versamenti INPS per € 6.040.635,00 e versamenti INAIL per € 10.516,41. L'istante rileva come da tale documentazione emerga che, sino al 14 ottobre 2020, il DURC di Gizeta risulti regolare, coerentemente con la circostanza che l'accertamento INPS, avente ad oggetto quasi 2 milioni di euro, è stato impugnato dinnanzi al Tribunale di Milano e non ha pertanto acquisito il crisma della definitività, mentre a partire dall'ottobre 2020, sarebbero divenute definitive altre e più gravose violazioni contributive, tanto che il DURC rilasciato in data 15 aprile 2021 riporta irregolarità nel versamento di contributi e accessori INPS pari ad € 6.040.635,00 e irregolarità nel versamento di contributi a INAIL per €10.516,41. Ne risulterebbe che nell'aprile 2021, quando è stata stipulata la cessione del ramo d'azienda, a carico di GiZeta S.r.l. vi erano irregolarità contributive definitivamente accertate per oltre 6 milioni di euro, diverse ed ulteriori rispetto a quelle per le quali è stata proposta l'impugnativa poi sfociata nel giudizio attualmente pendente in Cassazione;
- la memoria di Celsius S.r.l., acquisita al prot. n.99226 del 28 novembre 2022, tesa a precisare che il debito complessivo maturato da GiZeta nei confronti dell'INPS, ammontante all'inizio del 2021 a € 6.024.336,66, era comprensivo dell'importo di cui al verbale di accertamento del 2018 oggetto del giudizio attualmente pendente in Cassazione e che, delle rimanenti somme, una parte (€ 2.150.451,00) è stata contestata attraverso un ricorso amministrativo e un ricorso al Giudice del Lavoro, e «a quanto risulta, l'INPS ha provveduto in autotutela, revocando gli inviti al pagamento allora emessi» mentre per la restante parte la società ha chiesto ed ottenuto di rateizzare i pagamenti dovuti. A comprova è allegata copia di Invito a regolarizzare, datato 17 febbraio 2021, recante il dettaglio degli importi dovuti all'INPS. Viene infine ribadita l'eccezione di inammissibilità per tardività già sollevata, con l'ulteriore puntualizzazione che l'istante avrebbe avuto l'onere di impugnare l'aggiudicazione entro l'ordinario termine decorrente dalla data in cui è venuta a conoscenza delle circostanze poste a base dell'istanza, tenuto conto che, secondo la giurisprudenza, la proposizione di un'istanza di accesso comporta la dilazione temporale dei termini del ricorso;
- la memoria dell'istante acquisita al prot. n. 99619 del 29 novembre 2022, volta a rilevare come le ultime precisazioni di Celsius, peraltro non supportate da idonea documentazione a comprova, non sarebbero significative a fronte di un DURC risultato irregolare;

Ritenuto, preliminarmente, con riferimento alle eccezioni di inammissibilità, che esse non sono fondate. Come chiarito dall'istante, le censure articolate nell'istanza di parere non si appuntano sull'aggiudicazione, i cui termini d'impugnazione risultavano decorsi al momento della presentazione dell'istanza di precontenzioso, ma sulla legittimità dell'esercizio del potere-dovere di controllo dei requisiti ai fini dell'integrazione dell'efficacia dell'aggiudicazione. Come noto, ai sensi dell'art. 32, comma 7, d.lgs. n. 50/2016, l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti. Se ne deduce che l'efficacia dell'aggiudicazione è



sospensivamente condizionata all'esito positivo della verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario, che l'amministrazione è tenuta ad effettuare nella fase del procedimento intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto. Si tratta di una fase intermedia, caratterizzata, come riconosciuto dalla giurisprudenza, dall'esercizio da parte dell'amministrazione di poteri pubblicistici (Consiglio di Stato, V, n. 722/2022; id. n. 5498/2019), e rispetto alla quale il soggetto utilmente collocato in graduatoria è titolare di una posizione soggettiva di interesse qualificato, dalla quale a sua volta scaturisce la legittimazione a contestare l'operato dell'amministrazione e l'esito dei controlli. Il secondo graduato è portatore «*di una posizione giuridica qualificata di interesse legittimo alla correttezza dei provvedimenti assunti dall'amministrazione nella fase di verifica precedente e propedeutica alla stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, ed ha un interesse concreto e attuale al loro annullamento*» (TAR Veneto, Venezia, I, n. 324/2022). L'atto con cui si conclude l'attività di verifica, se positivo, attesta la possibilità di procedere alla stipula del contratto e pertanto, la giurisprudenza gli riconosce autonoma (rispetto all'aggiudicazione) efficacia lesiva nei confronti della società non aggiudicatario utilmente collocata in graduatoria. Le censure rilevate nei confronti dell'atto conclusivo della verifica dei requisiti, «*quando hanno ad oggetto vizi propri dell'atto stesso, ben possono essere oggetto di specifica impugnazione. Del resto, l'atto può certamente essere lesivo nei confronti degli altri partecipanti non aggiudicatari ma utilmente collocati in graduatoria. Invero, ove la verifica dei requisiti in capo all'aggiudicatario dovesse dare esito negativo, l'impresa dovrebbe essere esclusa, e tornerebbero dunque in gioco le pretese delle altre imprese*» (TAR Puglia Lecce, II, n. 1740/2019, confermata da Consiglio di Stato, V, n. 4100/2020). Come condivisibilmente considerato dallo stesso TAR «*ove il controllo giurisdizionale dovesse ritenersi escluso, ciò comporterebbe la sussistenza di un segmento procedimentale nel quale difetterebbe ogni tutela giurisdizionale a fronte dell'esercizio di potere amministrativo*». Pertanto, anche quando sia decorso il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione, «*l'impugnazione del provvedimento di positiva verifica dei requisiti, atto autonomamente lesivo nell'ottica dell'art. 32, co. 7, del D.lgs. n. 50/2016, si appalesa, invece, tempestiva*» (TAR Basilicata, I, n. 662/2022). Venendo al caso in esame, alla luce delle coordinate ermeneutiche sopra delineate, non v'è dubbio che il costituendo RTI, in qualità di secondo classificato, abbia un interesse qualificato e concreto al corretto svolgimento delle verifiche del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario, dalle quali dipende l'efficacia dell'aggiudicazione disposta in favore di Celsius S.r.l., e sia anche legittimato ad agire avverso l'atto recante l'eventuale esito positivo dei controlli, in quanto atto dotato di una autonoma efficacia lesiva, «*considerato che, pur a seguito del consolidamento dell'aggiudicazione, deve riconoscersi l'interesse dei concorrenti a contestare gli esiti della successiva fase di verifica dei requisiti in capo all'aggiudicatario*» (TAR Basilicata, cit.). Per i medesimi motivi non pare rilevante neppure il cenno di Celsius al differimento del termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione in caso di successivo accesso agli atti, trattandosi, come evidenziato di istanza focalizzata sulla verifica dei requisiti dell'aggiudicatario successiva all'aggiudicazione.

Quanto alla pendenza del giudizio avverso il diniego dell'accesso, si rileva che esso ha ad oggetto unicamente il diritto d'accesso e non la legittimità dell'attività di controllo svolta dall'amministrazione. La pronuncia del TAR Milano è infatti circoscritta al vaglio dei presupposti dell'accesso, mentre l'istanza di parere di precontenzioso verte, con riferimento al caso di specie, su perimetro e contenuto dell'attività di controllo dei requisiti dell'aggiudicatario in caso di modifica soggettiva. Non pare pertanto integrata l'ipotesi di inammissibilità di cui all'art. 7, comma 1, lett. d), del Regolamento Precontenzioso, che presuppone l'esistenza «*di un ricorso giurisdizionale avente medesimo contenuto*». Del pari, le censure di genericità sollevate dal TAR nei confronti dell'istanza di accesso, riferite all'assenza di concretezza e strumentalità rispetto ad azioni difensive dell'interesse all'ostensione, non sono utilmente invocabili rispetto all'istanza di parere di precontenzioso, che, di contro, appare sufficientemente circostanziata e puntuale, compatibilmente con la documentazione a disposizione dell'istante, e diretta alla valutazione del corretto esercizio di un preminente potere amministrativo;

Considerato, venendo al merito, che il previgente d.lgs. n. 163/2006 contemplava espressamente, all'art. 51, la possibilità di subentro del soggetto risultante da vicende societarie quali la cessione d'azienda o di un suo ramo, trasformazioni, fusioni o scissioni, previo accertamento dei requisiti richiesti. Come evidenziato dalla giurisprudenza, la sopracitata norma rispondeva all'esigenza di salvaguardare la libertà contrattuale delle



imprese, le quali devono poter procedere alle riorganizzazioni aziendali reputate opportune senza che possa essere loro di pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali abbiano partecipato (Consiglio di Stato, V, n. 1370/2013), e tale previsione valeva tanto per le imprese singole quanto per quelle in associazione con altre (Consiglio di Stato, V, n. 3819/2015). La norma non è stata riprodotta nel d.lgs. n. 50/2016 che, nell'art. 106, disciplina solamente la modifica soggettiva del contraente (ovvero intervenuta nel corso dell'esecuzione del contratto). L'Autorità tuttavia ritiene che dall'art. 106, che espressamente prevede alcune ipotesi di variante soggettiva, possa essere desunto un generale principio di derogabilità al principio dell'immodificabilità soggettiva dell'offerente (Pareri di precontenzioso 8 marzo 2017 n. 244, 2 maggio 2018 n. 422 e n. 81 del 15 gennaio 2020). L'interpretazione dell'Autorità è stata confermata dalla giurisprudenza, secondo la quale «*il principio da essa affermato [disposizione di cui all'art. 51 d.lgs. n. 163/2006], dell'ammissibilità di modifiche soggettive dei concorrenti anche nella fase di aggiudicazione dell'appalto, può ritenersi tuttora applicabile*» e «*la tesi opposta finisce con "l'ingiustamente "ingessare", senza alcuna valida ragione giustificativa la naturale vocazione imprenditoriale dei soggetti partecipanti alle gare pubbliche, per tal guisa ponendosi in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione che sono soltanto quelle espressamente previste dall'art. 80 del nuovo Codice dei Contratti.*» (Consiglio di Stato, III, n. 6216/2019). Ritenuta dunque astrattamente ammissibile la modifica soggettiva dell'offerente in caso di riorganizzazioni aziendali che assicurino la continuità sostanziale del concorrente, essa è tuttavia condizionata all'esito positivo della verifica tesa ad accertare che l'operazione non sia finalizzata ad eludere l'applicazione del codice. La stazione appaltante «*dovrà pertanto verificare l'identità del cessionario, e quindi i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, che devono permanere per l'intera durata del contratto. Dovrà inoltre verificare i requisiti di carattere generale delle cedenti al fine di accertare che la cessione non sia diretta ad eludere l'applicazione del codice*» (Parere di precontenzioso 8 marzo 2017 n. 244). A tal fine occorre che l'atto (cessione, trasformazione, fusione, scissione), sulla cui base s'intende giustificare il subentro, sia comunicato alla stazione appaltante e che questa verifichi l'idoneità soggettiva del subentrante e il possesso da parte del medesimo dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara (Cfr. pareri Autorità cit.), nonché il possesso dei requisiti di carattere generale dell'originario partecipante. Come sottolinea la giurisprudenza infatti «*occorre, tuttavia, che l'operazione negoziale in concreto compiuta non determini la violazione del principio di parità di trattamento dei concorrenti (...), né sottenda uno scopo elusivo della disciplina imperativa regolante l'affidamento dei pubblici contratti. Difatti, l'attenuazione del principio di immodificabilità soggettiva trova la propria giustificazione nelle esigenze di riorganizzazione aziendale, che devono potere essere perseguite, anche in pendenza della gara, nella piena esplicazione della libertà di iniziativa economica e della libertà contrattuale delle imprese: una tale attenuazione, invece, non potrebbe legittimare pratiche elusive, volte a celare la perdita di un requisito di partecipazione o comunque ad impedire le verifiche amministrative o i controlli giurisdizionali da svolgere sulla posizione dei concorrenti ai fini della loro partecipazione alla procedura di affidamento*» (Consiglio di Stato, VI, n. 8079/2021). La stessa giurisprudenza rileva che qualora si accertassero finalità elusive, l'atto di riorganizzazione aziendale si configurerebbe come un atto nullo, ai sensi dell'art. 1344 c.c., perché compiuto in frode alla legge, e come tale improduttivo di effetti giuridici e, dunque, inidoneo a giustificare il subentro del nuovo operatore economico in sede di gara, e determinerebbe anche una violazione della *par condicio*, in quanto la fattispecie contrattuale sarebbe tesa ad evitare l'applicazione di una conseguenza espulsiva che in analoghe circostanze si sarebbe prodotta per gli altri concorrenti. In applicazione di tali coordinate ermeneutiche, il Consiglio di Stato ha addirittura riconosciuto finalità elusive all'affitto di azienda perfezionato in un momento in cui l'affittante era ancora in possesso dei requisiti, perché finalizzato ad evitare il rischio di esclusione dalla procedura per perdita di un requisito di partecipazione (80, comma 5, lett. b) che si sarebbe potuto concretizzare a seguito di presentazione di domanda di ammissione al concordato preventivo ex art. 161, comma 6, L.F. (Cfr. Consiglio di Stato, cit.). Importante corollario di quanto considerato è che il subentro del cessionario/affittuario nella posizione di partecipante alla gara non si perfeziona in assenza dei controlli e dell'autorizzazione della stazione appaltante ad essi conseguente (Cfr. Consiglio di Stato, cit.);

Ritenuto pertanto che, in risposta al primo quesito dell'istante, **non v'è dubbio che la stazione appaltante debba effettuare, all'atto della ricezione della comunicazione dell'avvenuta effettuazione dell'operazione societaria,**



il controllo del possesso dei requisiti in capo all'originario partecipante, per verificare che l'atto riorganizzativo non sia finalizzato ad eludere l'applicazione della sanzione espulsiva che scatterebbe a fronte della perdita in corso di gara di uno dei requisiti di partecipazione, e per potere autorizzare il subentro. La necessità di un simile controllo (avente le finalità sin qui evidenziate) poggia sul principio di continuità del possesso dei requisiti. Alla stregua di quanto puntualizzato dall'Adunanza Plenaria n. 8/2015, nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono infatti essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (conforme tutta la giurisprudenza successiva: cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, IV, n. 4401/2020, che definisce il principio «un orientamento oramai ampiamente consolidato, che costituisce vero e proprio *jus receptum*, una pietra miliare della materia»; Consiglio di Stato, V, n. 2443/2020, che puntualizza che il principio vale tanto per i requisiti generali quanto per quelli speciali, e conferma che la loro perdita, anche solo temporanea, impone l'esclusione del concorrente. Nello stesso senso anche le pronunce dell'Autorità, tra le ultime cfr. Parere di precontenzioso n. 146/2022). Declinato con riferimento al requisito della regolarità contributiva, il principio comporta che l'operatore economico deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura (Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8). Inoltre «Si è precisato che "non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva" (C.d.S., Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 5 e n. 6, in relazione al c.d. invito alla regolarizzazione o preavviso di durc negativo introdotto dall'art. 31, comma 8, del d.l. n. 69 del 2013 e regolato dal d.m. 30 gennaio 2015; nello stesso senso, C.d.S., Ad. plen., 25 maggio 2016, n. 10)» (Cfr. TAR Lazio II, n. 4529/2020, in conformità ad un orientamento consolidato);

Ritenuto, con riferimento al secondo e terzo quesito, che, poiché, a fronte di una modifica societaria comportante il subentro di un nuovo soggetto, la stazione appaltante è chiamata ad una rinnovata attività di verifica, qualora l'amministrazione non la eserciti al momento della ricezione della comunicazione dell'atto di riorganizzazione aziendale - in disparte ogni considerazione circa la mancata autorizzazione del subentro - il potere amministrativo di controllo non si consuma e può (*rectius*, deve, trattandosi dell'esercizio di un potere doveroso) essere esercitato successivamente, anche nella fase intermedia tra l'aggiudicazione e la stipula, precipuamente finalizzata alla verifica del possesso dei requisiti ai fini dell'integrazione dell'efficacia dell'aggiudicazione. In assenza di una specifica disciplina del procedimento di comunicazione e di verifica dei requisiti a seguito di cessione o affitto, trova infatti applicazione il principio - riaffermato dalla Plenaria n. 8/2015 e di cui il comma 6 dell'art. 80 è il precipitato (*Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5*) - secondo cui, per esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, la verifica del possesso, da parte del soggetto concorrente dei requisiti di partecipazione alla gara deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica, a prescindere dalla indicazione, da parte del legislatore, di specifiche fasi espressamente dedicate alla verifica stessa, per cui può avvenire in tutti i momenti della procedura, a tutela dell'interesse costante dell'Amministrazione ad interloquire con operatori in via permanente affidabili, capaci e qualificati. Nel caso in cui le verifiche accertino l'insussistenza dei presupposti per l'autorizzazione del subentro, l'aggiudicazione rimane improduttiva di effetti (art. 32, comma 7), e l'amministrazione è tenuta ad escludere il concorrente risultato privo del possesso continuativo del requisito di partecipazione;

Considerato, con riferimento alla questione sollevata da Celsius S.r.l. della non definitività dell'accertamento dell'irregolarità contributiva in cui è incorsa la cedente GiZeta S.r.l., che, ai sensi dell'art. 3, comma 2, d.m. 30 gennaio 2015, la regolarità contributiva sussiste comunque in pendenza di contenzioso giudiziario sino al



passaggio in giudicato della sentenza, salva l'ipotesi in cui l'Autorità giudiziaria abbia adottato un provvedimento esecutivo che consente l'iscrizione a ruolo delle somme oggetto del giudizio ai sensi dell'art. 24 del d. lgs. n. 46/1999. Ciò consente di affermare, alla stregua di quanto constatato dalla Plenaria n. 8/2012 con riferimento all'omologa disposizione di cui all'art. 8, comma 2, dell'abrogato d.m. 24 ottobre 2007, che la vigente normativa non ritiene ostative alla dichiarazione di regolarità contributiva le pendenze processuali, fino alla sentenza definitiva, e che pertanto *"il d.u.r.c. attesta solo le irregolarità contributive <<definitivamente accertate>>"* (Plenaria cit.).

L'orientamento giurisprudenziale formatosi, a partire da tale statuizione, in tema di violazioni contributive di cui all'art. 80, comma 4, non riconosce all'Amministrazione alcuna possibilità di svolgere una valutazione discrezionale in ordine alla gravità, né, per quanto in questa sede interessa, in ordine alla definitività della violazione contributiva, così come accertata dagli istituti preposti (Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, V, n. 4100/2020 *"Le violazioni (...) sono da considerarsi definitivamente accertate se sono tali da impedire il rilascio del Durc"*; Consiglio di Stato IV, n. 849/2021). Nello stesso senso si è pronunciata anche l'Autorità (Pareri di precontenzioso n. 63 del 30 gennaio 2019; n. 893 del 17 ottobre 2018; n. 862 del 25 settembre 2019).

Ugualmente consolidato è l'orientamento, cui si è già fatto cenno in precedenza, secondo il quale la condizione di irregolarità contributiva cristallizzata nel DURC non viene meno per effetto della sanatoria postuma della posizione contributiva, in ragione del principio della continuità del possesso della regolarità contributiva e in quanto le procedure di invito alla regolarizzazione (ex art. 4, comma 1, dm 30 gennaio 2015) sono destinate ad operare solo sul piano dei rapporti tra impresa ed ente previdenziale, ossia con riferimento alla certificazione richiesta dall'impresa, e non anche a quella richiesta dalla stazione appaltante per la verifica del possesso del requisito di partecipazione (*«l'invito alla regolarizzazione è un istituto estraneo alla disciplina dell'aggiudicazione e dell'esecuzione dei contratti pubblici»* Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 5/2016). Tale approdo interpretativo, ribadito dalla Plenaria n. 5 del 2016 in continuità con la Plenaria n. 8 del 2012, è chiaro nell'escludere la possibilità di regolarizzazione postuma dell'eventuale inadempienza contributiva che dovesse essere riscontrata in capo all'impresa che ha partecipato alla gara o che sta eseguendo il contratto, in linea con i principi di parità di trattamento e di autoresponsabilità e il principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alla gara.

Questo principio, formulato con riferimento al d.lgs. n. 163/2006, risulta solo parzialmente superato dall'art. 80, comma 4, ultima parte, d.lgs. n. 50/2016, che consente all'impresa che intende partecipare alla gara di aderire all'invito alla regolarizzazione fino al momento di presentazione dell'offerta, potendo perciò autocertificare il possesso del requisito a tale momento anche se non abbia ancora pagato le somme dovute agli enti di previdenza ed assistenza, ma si sia formalmente impegnata al pagamento: la giurisprudenza ritiene infatti che non vi sia alcun dato letterale né sistematico che legittimi l'interpretazione di tale previsione nel senso che essa consenta anche l'adempimento tardivo o l'impegno all'adempimento tardivo, qualora l'invito alla regolarizzazione intervenga nel corso della procedura, con la conseguenza che l'operatore economico che è in possesso di DURC regolare al momento della presentazione della domanda, deve essere escluso se, nel corso della procedura, emerge una situazione di irregolarità contributiva, ostativa al rilascio del DURC, anche se è ancora in tempo per provvedere alla regolarizzazione e vi provveda tempestivamente (Consiglio di Stato, V, n. 4039/2018; V, n. 2776/2020);

Ritenuto, con riferimento al caso in esame, che la verifica della continuità del possesso del requisito della regolarità contributiva (come pure di tutti gli altri requisiti di carattere generale) in capo a GiZeta s.r.l. spetta alla stazione appaltante, nell'esercizio delle funzioni di controllo a cui è tenuta ai fini dell'autorizzazione del subentro di Celsius S.r.l., e che dell'esito di tale verifica, da svolgere nel rispetto delle consolidate coordinate ermeneutiche sopra delineate, la stazione appaltante deve dare conto prima di procedere alla stipula del contratto perché da esso dipende il perfezionamento del subentro e conseguentemente l'integrazione dell'efficacia dell'aggiudicazione disposta in favore di Celsius S.r.l.;



Il Consiglio

ritiene, sulla base di quanto considerato e nei limiti delle motivazioni che precedono, che

- la stazione appaltante è tenuta a verificare il possesso continuativo del requisito della regolarità continuativa in capo a GiZeta S.r.l. ai fini dell'autorizzazione del subentro di Celsius S.r.l.;
- in caso di esito negativo della verifica, il subentro non si perfeziona e la stazione appaltante è tenuta ad escludere il concorrente risultato privo del possesso continuativo del requisito di partecipazione.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 dicembre 2022

Il Segretario Valentina Angelucci