

APPALTI: Offerta - Sottoscrizione ad opera di società incorporata - Effetti - Annullamento dell'aggiudicazione - Legittimità.

Cons. Stato, Sez. III, 6 settembre 2021, n. 6222

- in *Riv. Trim. appalti*, 1, 2022, pag. 213 e ss., con commento di G. Biasutti, *Sulle alterne vicende della fusione per incorporazione negli appalti pubblici tra questioni formali e valutazioni sostanziali.*

La fusione societaria implica la cessazione della società incorporata, la quale non può di conseguenza validamente offrire in una procedura di affidamento di appalto pubblico; è pertanto legittima la declaratoria di inefficacia dell'aggiudicazione definitiva qualora in sede di controllo la stazione appaltante accerti l'intervenuta fusione per incorporazione dell'aggiudicataria avvenuta anteriormente alla presentazione dell'offerta.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Laboratori Italiani Riuniti S.p.A. (L.I.R. S.p.A.);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 luglio 2021, svoltasi in modalità telematica ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28.10.2020 n. 137, il Consigliere Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli Avvocati Valerio Casilli e Luca Rubinacci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con ricorso al TAR per la Campania, sede di Salerno, n.r.g. 16/2021, Laboratori Italiani Riuniti S.p.a. impugnava la delibera dell'ASL Salerno con la quale era stata dichiarata l'inefficacia dell'aggiudicazione relativa all'affidamento descritto in epigrafe, in quanto l'offerta presentata il 3.11.2020 sarebbe imputabile soggettivamente ad un operatore economico (Servizi sanitari S.r.l.) incorporato per fusione nella ricorrente società e, dunque, cessato (inesistente) a far data dal 2.11.2020, con conseguente invalidità dell'offerta.

2.- Con la sentenza in epigrafe, il TAR accoglieva il ricorso e compensava le spese di giudizio tra le parti.

Il primo giudice riteneva che la fusione per incorporazione, secondo consolidata giurisprudenza, non determina l'estinzione della società incorporata, trattandosi di vicenda evolutiva -modificativa dello stesso soggetto giuridico.

Il TAR riteneva, inoltre, di non poter tenere conto delle ulteriori circostanze ostantive palesate in giudizio dall'ASL, trattandosi di motivazione postuma, non ricavabile dal provvedimento impugnato.

3.- Con l'appello in esame, l'Azienda sanitaria lamenta l'erroneità e ingiustizia della sentenza di cui chiede la riforma.

4.- Si è costituita in giudizio L.I.R. S.p.a. che chiede la dichiarazione di improcedibilità, inammissibilità e, comunque, infondatezza dell'appello, rilevando che con delibera n. 327 del 19 marzo 2021 l'ASL ha statuito di revocare la procedura negoziata, essendosi attrezzata per svolgere in proprio il servizio.

5.- Alla pubblica udienza del 29 luglio 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- L'appello merita accoglimento.

2.- Va respinta, preliminarmente, l'eccezione di improcedibilità dell'appello.

2.1. - Nonostante l'intervenuta revoca della procedura negoziata con delibera n. 327 del 19 marzo 2021, (che la società L.I.R. S.p.a. si è riservata di impugnare), l'ASL Salerno ha interesse alla riforma della sentenza con cui è stato annullato il provvedimento dichiarativo di inefficacia della intervenuta aggiudicazione in favore della Società Servizi sanitari S.r.l. (incorporata), per tutte le conseguenze che potrebbero trarsi da tale pronuncia di accoglimento del ricorso in merito all'eventuale domanda di risarcimento dei danni, che l'interessata potrebbe proporre anche con autonomo giudizio.

3.- Neppure ha pregio l'eccezione di inammissibilità del primo motivo di appello per aver omesso l'appellante di criticare l'impostazione del primo giudice, secondo cui "l'operazione di fusione per incorporazione non determina la cessazione del soggetto incorporato".

3.1.- Il principio di specificità dei motivi di impugnazione, posto dall'art. 101, comma 1, c.p.a., impone effettivamente che sia rivolta una critica puntuale alle ragioni poste a fondamento della sentenza impugnata, non essendo sufficiente la mera riproposizione dei motivi contenuti nel ricorso introduttivo, essendo il giudizio di appello dinanzi al giudice amministrativo una *revisio prioris instantiae* i cui limiti oggettivi sono segnati dai motivi di impugnazione (Consiglio di Stato sez. V, 08/04/2021, n.2843).

Nella specie, tuttavia, ritiene il Collegio che al di là di letture formalistiche, è palese che l'Azienda Sanitaria censura la sentenza non condividendone la ricostruzione in fatto e in diritto e non si limita a riproporre le eccezioni sollevate in primo grado.

Afferma l'ASL Salerno, con il primo motivo di appello, che, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, "la questione non riguarda la eventuale presentazione dell'offerta compiuta dalla attuale società ricorrente L.I.R., che almeno dal punto di vista giuridico, ai sensi dell'art. 2504 c.c. avrebbe potuto presentare l'offerta all'interno della procedura di gara in luogo della società Servizi Sanitari, oggetto di fusione.

La questione, invece, attiene alla presentazione dell'offerta da parte di una società, la Servizi Sanitari S.r.l., per la quale come evidenziato dalla nota UOC G.A.B.S.E. n. 30774/2021 la motivazione che ha supportato l'adozione della delibera di annullamento n. 1284 del 30.11.2020 è la presentazione della offerta da parte di un laboratorio, Servizi Sanitari, che in data coincidente con il termine di presentazione dell'offerta risultava da certificato camerale "Cessata".

Diversamente, qualora l'offerta fosse stata presentata da un soggetto esistente, che poi, nel corso della gara veniva a modificarsi per fusione, nessuna problematica sarebbe sorta per la ASL, in ossequio alla normativa vigente.".

4.- Il motivo di appello è fondato.

4.1.- Alla data di presentazione dell'offerta, il 3 novembre 2020, la Società Servizi Sanitari S.r.l. risultava cessata (dal 2 novembre 2020), circostanza confermata con mail 4.11.2020 indirizzata dalla stessa società all'Azienda, con produzione del certificato camerale dal quale risultava la fusione societaria e l'incorporazione da parte di Laboratori Italiani Riuniti S.p.a..

Nella documentazione amministrativa prodotta in gara, peraltro, nessun cenno veniva fatto alla fusione (già avvenuta o in corso di completamento).

4.2.- Il primo giudice si è soffermato sulla sorte della società incorporata o fusa, accedendo alla tesi della natura evolutiva-modificativa della operazione di fusione che lascerebbe sopravvivere la società (la giurisprudenza in tal senso è copiosa sia con riguardo a fattispecie anteriori che successive alla entrata in vigore della riforma introdotta dal D.lgs 17 gennaio 2003, n. 6, che ha innovato l'art. 2504 bis c.c.; cfr. Cass. 16 settembre 2016, n. 18188; Cass. 10 dicembre 2019, n. 32208; ord. Sez. Un. 8 febbraio 2006, n. 2637).

4.3. - Di recente, la questione ha formato oggetto di ripensamento e approfondimento da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che con sentenza n. 21970 del 30 luglio 2021 giungono a conclusioni opposte.

Valorizzando l'interpretazione sistematica secondo il diritto comunitario, del quale l'interprete deve tenere conto trattandosi di un'area armonizzata del diritto societario sul piano europeo, le Sezioni Unite rammentano come *"la direttiva 78/855/CEE del Consiglio del 9 ottobre 1978, relativa alle fusioni tra società per azioni, all'art. 3 definisce la fusione come "l'operazione con la quale una o più società, tramite uno scioglimento senza liquidazione, trasferiscono ad un'altra l'intero patrimonio attivo e passivo mediante l'attribuzione agli azionisti della o delle società incorporate di azioni della incorporante..."*.

E l'art. 19 dispone: "La fusione produce ipso iure e simultaneamente i seguenti effetti: a) il trasferimento universale, tanto tra la società incorporata e la società incorporante quanto nei

confronti dei terzi, dell'intero patrimonio attivo e passivo della società incorporata alla società incorporante; b) gli azionisti della società incorporata divengono azionisti della società incorporante; c) la società incorporata si estingue".

Compare, dunque, a partire dalla citata direttiva del 1978 sia l'effetto traslativo successorio, sia l'effetto estintivo per la società incorporata.

La direttiva 78/855/CEE è stata abrogata, a far data dal 1 luglio 2011, dalla direttiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011, relativa alle fusioni delle società per azioni.

L'art. 23 di tale direttiva, con riferimento alla fusione mediante costituzione di una nuova società, afferma che "le espressioni "società partecipanti alla fusione" o "società incorporata" indicano le società che si estinguono".

L'art. 14 della direttiva 2005/56/CE, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali, dispone per la fusione per incorporazione che "la società incorporata si estingue" e che nella fusione mediante costituzione di nuova società "le società che partecipano alla fusione si estinguono".

Ulteriore indizio si trae dalla stessa nozione di "fusione", contenuta nell'art. 2: la quale è definita volta a volta (indipendentemente dalla forma per incorporazione o per costituzione di una società nuova) come l'operazione mediante la quale le società trasferiscono "all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità del loro patrimonio attivo e passivo ad altra società": la prima, in sostanza, automaticamente si scioglie, pur senza seguire il procedimento di liquidazione, proseguendo altrove i propri rapporti e titolarità, e poi scompare.

La direttiva 56/2005/CE è stata attuata dal D.Lgs. 30 maggio 2008, n. 108, il cui art. 16, sul punto, si limita a stabilire che "La fusione transfrontaliera produce gli effetti di cui all'art. 2504-bis c.c., comma 1", con rinvio dunque a norma già parte del diritto interno.

La direttiva 2017/1132/UE, pubblicata il 30 giugno 2017 ed entrata in vigore il successivo 20 luglio 2017, come da ultimo novellata dalla direttiva 2019/2121/UE del 27 novembre 2019, ha offerto una codificazione del diritto Europeo societario, mediante l'unificazione in un unico testo delle precedenti direttive in materia societaria.

Per quanto qui interessa, sia gli artt. 105 e 109, sia l'art. 131, rispettivamente sugli "Effetti della fusione" e sugli "Effetti della fusione transfrontaliera", continuano dunque a prevedere che "la società incorporata si estingue" e "le società che partecipano alla fusione si estinguono", per le prime precisandosi "ipso iure e simultaneamente".

In conclusione, secondo le Sezioni Unite, "che la fusione sia inquadrabile tra le vicende modificative dell'atto costitutivo delle società partecipanti è senz'altro corretto, ma questo non è, tuttavia, l'unico

effetto della fusione: il fatto che la (diversa) società, incorporante o risultante dalla fusione, assuma i diritti e gli obblighi delle società interessate sta in sé ad indicare che gli effetti sono certamente più pregnanti di quelli riconducibili ad una semplice modificazione dell'atto costitutivo.

Tutti i rapporti giuridici, attivi e passivi, vengono ormai imputati ad un diverso soggetto giuridico, la società incorporante, e la società incorporata viene cancellata dal registro delle imprese.

Onde, se tutti i rapporti passano ad altro soggetto, con cancellazione dal registro delle imprese, quello primigenio non li conserva, ma si estingue.

Se, quanto ai rapporti giuridici, provvede l'art. 2504-bis c.c., chiarendo che essi proseguono tutti in capo alla società incorporante o risultante dalla fusione, quale successore per legge esplicitamente identificato, si ha, nel contempo, che le persone fisiche (soci, esponenti aziendali, dipendenti) perdono il loro ruolo originario (derivando la loro sorte dal progetto di fusione) e le persone giuridiche - diverse dalla incorporante o risultante dalla fusione - si estinguono.

Cessano, infatti, per la società incorporata, la sede sociale, la denominazione, gli organi amministrativi e di controllo, il capitale nominale, le azioni o quote che lo rappresentano, e così via; in una parola, la primigenia organizzazione si dissolve e nessuna situazione soggettiva residua.

Ora, se nessuna posizione giuridica soggettiva residua in capo alla società incorporata, non ha significato affermare la permanenza di un soggetto, privo di rapporti o situazioni soggettive di sorta nella propria sfera giuridica...”.

4.4. – Il Collegio condivide le considerazioni svolte e le conclusioni cui è pervenuta la citata sentenza delle Sezioni Unite n. 21970/2021 e ritiene, pertanto, che alla data di presentazione dell’offerta Servizi Sanitari S.r.l. era cessata.

Legittimamente l’Azienda sanitaria, dunque, ha disposto l’annullamento dell’aggiudicazione per l’inesistenza del soggetto economico selezionato.

4.5.- Non conduce a diversa soluzione la considerazione della successione della società incorporante nei diritti e obblighi delle società incorporata e la prosecuzione nei rapporti anteriori alla fusione ex art. 2504 bis c.c..

Infatti, per un verso, al momento della presentazione dell’offerta la società Servizi Sanitari S.r.l. era già cessata e l’offerta formulata senza alcun riferimento alla fusione avvenuta non può considerarsi validamente formulata per conto o in qualità di soggetto facente parte del nuovo centro di imputazione degli interessi.

Per altro verso, non vale richiamare la giurisprudenza e le norme che hanno ridimensionato il rigido principio di immodificabilità soggettiva dell’offerente, consentendo nelle ipotesi di trasformazione, fusione o scissione della società, che il cessionario, l’affittuario, ovvero il soggetto risultante

dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, siano 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, a tutela della libera iniziativa economica e della par condicio tra i concorrenti (art. 51 del D. Lgs. n. 163/2006, art. 48 e 106 D.lgs. n. 50/2016; Consiglio di Stato A.P. n. 9 e n. 10 del 2021; Consiglio di Stato sez. V, 07/08/2017, n.3914; Consiglio di Stato sez. IV, 20/05/2014, n.2556; sez. V, 11/02/2005, n.392).

Le vicende modificative che possano in qualche modo interessare soggetti partecipanti ad una gara e che si verifichino nel corso del procedimento non si traducono in automatiche cause di esclusione, a ciò ostando il principio - di derivazione comunitaria - di massima libertà di organizzazione delle imprese; tuttavia, le stazioni appaltanti possono ammettere o mantenere all'interno dei procedimenti di selezione dei propri contraenti solo chi, a seguito delle richiamate vicende modificative, si trovi, comunque, in possesso delle necessarie condizioni soggettive generali e speciali di partecipazione.

Naturalmente, si impone al soggetto nuovo partecipante di rappresentare le modifiche intervenute alla Stazione appaltante, in modo da attivare la necessaria verifica del complesso dei requisiti di partecipazione.

4.6. - Anche la Corte di Giustizia UE, con sentenza del 24 maggio 2016, MT Højgaard e Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347) ha ritenuto che nel contesto della direttiva 2004/17, con riferimento ad una procedura negoziata, in caso di scioglimento di un raggruppamento prequalificato, di cui facevano parte due operatori economici, uno di essi può subentrare a tale raggruppamento e proseguire la suddetta procedura, senza che sia violato il principio di uguaglianza, a condizione che sia dimostrato che tale operatore economico soddisfa da solo i requisiti definiti inizialmente dall'amministrazione aggiudicatrice.

E di recente la sentenza della Corte di Giustizia UE, sez. V, 11/07/2019, n.697, nell'ambito di una procedura ristretta, ha ritenuto che in forza del requisito dell'identità giuridica e sostanziale tra gli operatori economici prequalificati e quelli che presentano le offerte, il diritto dell'Unione consente che un candidato prequalificato, che si impegna a incorporare un altro candidato prequalificato in virtù di un accordo di fusione concluso tra la fase di prequalifica e quella di presentazione delle offerte e attuato dopo tale fase, possa presentare validamente un'offerta.

Il caso esaminato dalla Corte riguarda però una situazione del tutto diversa *“in cui uno degli offerenti ha aumentato le sue capacità mediante l'acquisizione di uno degli altri offerenti prequalificati”* anche se gli effetti concreti e definitivi dell'operazione di fusione di cui trattasi si sono prodotti solo dopo la presentazione delle offerte.

4.7. - Nel caso in esame, viceversa, come osservato, non si fa questione del subentro nella procedura selettiva o nel contratto del nuovo soggetto incorporante, in possesso dei requisiti tecnico professionali richiesti.

Viene in rilievo, piuttosto, la diversa problematica dell'offerta presentata da soggetto preselezionato ai sensi dell'art. 63 D.Lgs. n. 50/2016 (e che avendo offerto le condizioni più vantaggiose è risultato aggiudicatario) non più esistente (mentre il nuovo soggetto incorporante, subentrato nei diritti e obblighi della società incorporata ex art. 2504 bis c.c. non è stato preselezionato e non sembra possedere i requisiti richiesti).

Con la conseguenza che l'offerta deve considerarsi inesistente o nulla.

4.8.- Come rileva la ASL, senza per questo integrare la motivazione del provvedimento impugnato, L.I.R. S.p.a, soggetto incorporante, non è soggetto accreditato presso il servizio Sanitario regionale e la deliberazione dell'ASL Salerno n. 1164 del 27.10.2020 apriva la procedura negoziata ai soli laboratori privati accreditati e autorizzati ai sensi della DGRC n. 7301/2001 ad effettuare analisi con PCR-RT; inoltre, L.I.R. S.p.a. non risponde ai requisiti richiesti.

La regolamentazione del Service di Laboratorio in Campania, conformemente all'Accordo Stato-Regioni del 23.3.2011, prevede meccanismi di aggregazione tra strutture di laboratorio che vietano (al fine di evitare concentrazioni e possibili posizioni dominanti) l'ingresso di soggetti economici diversi dalle strutture di laboratorio (quali, ad es., fornitori di reagenti, assicurazioni e società finanziarie) e prescrive che gli ambiti territoriali delle aggregazioni di laboratori non potranno eccedere il territorio regionale (Linee guida, punto 2.1. e 2.2., allegate al Decreto del Commissario ad acta per la prosecuzione del piano di rientro n. 59 del 29.5.2015).

L.I.R. S.p.a. ha sede in Milano e ne risultano soci il Monte Paschi di Siena S.p.a., la società Chemax s.r.l. e la società MP Healthcare Investment s.r.l..

Pertanto, la società incorporante non avrebbe potuto presentare offerta nella procedura de qua (si veda, tra l'altro, la nota della Regione Campania dell'11.5.2021, prot. 2021 02 54131, che respinge l'istanza di voltura dell'accREDITAMENTO della Società Servizi Sanitari S.r.l. in favore della richiedente Società L.I.R. S.p.a.).

5.- In conclusione, l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza avversata, va dichiarata la legittimità degli atti impugnati.

6.- Le spese di giudizio si possono compensare tra le parti, in considerazione delle questioni giuridiche trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza avversata, dichiara la legittimità degli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 luglio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

L'ESTENSORE

Paola Alba Aurora Puliatti

IL PRESIDENTE

Franco Frattini

IL SEGRETARIO