

## **PARERE AVCP 18 giugno 2009**

***Fusione mediante costituzione di nuova società, ex art. 2051 c.c. – Ammessa la partecipazione alle gare sia con i requisiti dei soggetti persona fisica sia con quelli delle società preesistenti, nei limiti dei tre anni successivi alla costituzione.***

Oggetto: Protel s.r.l. - art. 253, comma 15, del D.Lgs. n. 163/2006 - istanza di parere

In esito a quanto richiesto con nota del 15 aprile u.s., si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 17-18 giugno 2009 ha approvato le seguenti considerazioni.

Al fine di rendere il richiesto parere, sembra opportuno richiamare l'art. 253, comma 15, del Codice ai sensi del quale "in relazione all'articolo 90, ai fini della partecipazione alla gara per gli affidamenti ivi previsti, le società costituite dopo la data di entrata in vigore della legge 18 novembre 1998, n. 415, per un periodo di tre anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa, e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo indeterminato e con qualifica di dirigente o con funzioni di collaborazione coordinata e continuativa, qualora costituite nella forma di società di capitali".

Ai sensi della suindicata disposizione, dunque, le società costituite dopo l'entrata in vigore della legge n. 415/1998 (recante "modifiche alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, e ulteriori disposizioni in materia di lavori pubblici"), per i successivi tre anni, hanno la possibilità di documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riguardo ai requisiti dei soci (se società di persone o di cooperative), o dei dipendenti (a tempo indeterminato e dirigenti o collaboratori coordinati e continuativi) e dei direttori tecnici (se società di capitali).

La norma ripropone, con testo pressoché identico, le disposizioni dell'art. 6, comma 8, della citata legge n. 415/1998, ribadendo la disciplina transitoria ivi contemplata per la dimostrazione dei requisiti de quibus in sede di gara.

Disciplina che mira evidentemente a risolvere il problema dell'accesso alle gare per le società di ingegneria appena costituite, le quali non possiedono un proprio fatturato per servizi tecnici; fatturato che – secondo la disciplina regolamentare - costituisce uno degli elementi di valutazione dei progettisti.

Si tratta, dunque, di una disciplina diretta ad attribuire un particolare regime di favore per le società di ingegneria, con finalità di incentivazione e di promozione della costituzione delle stesse considerando, sul piano cronologico, l'epoca di costituzione delle medesime.

E con riferimento a tale condizione temporale, con nota prot. 9951 del 08/03/2004, in esito ad istanza di parere proveniente dalla medesima società istante (Protel s.r.l.) in merito al subentro di un nuovo socio nella compagine societaria e conseguente "nuova configurazione" della stessa ai fini del citato art. 8, comma 6, del D.Lgs. n. 415/1998, è stato precisato che "affinché possa parlarsi di "nuova società" è necessaria l'attribuzione di una nuova partita IVA ovvero del codice fiscale: le variazioni dell'oggetto sociale, della ragione sociale, del capitale sociale, deliberate ex articolo 2479/bis, c.c. con il voto favorevole dei soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale, non determinano costituzione di una nuova società".

In tale occasione è stata, altresì, affrontata la questione relativa alla posizione del socio subentrante nei tre anni successivi alla costituzione della società, giungendo a ritenere che “(...) il socio entrante che conferisce la propria professionalità introduce un quid novi all'interno della società, fatto che si può ritenere possa portare, esclusivamente nei suoi confronti, all'applicazione del beneficio di cui all'articolo 6, comma 8, della legge 415/1998 (...) Tenuto conto che il socio, come avviene nelle società di persone, non può essere assimilato a un lavoratore subordinato, il socio conferente dovrebbe comunque assumere la qualifica di direttore tecnico. Vale rilevare che in caso contrario il professionista subentrante dovrebbe rinunciare ad avvalersi del proprio curriculum professionale con conseguente limitazione della propria professionalità”.

Sulla base delle considerazioni che precedono, sembra dunque chiarito che ai fini del beneficio di cui all'art. 253, comma 15, del Codice (e già dell'art. 8, comma 6, D.Lgs. n. 415/1998), presupposto indispensabile è la costituzione di una nuova società, da intendersi nel senso esplicito nella suindicata nota dell'Autorità.

Occorre, dunque, stabilire se l'operazione societaria che l'istante intende effettuare corrisponda a tale condizioni di operatività della disciplina in esame.

Come chiarito nella nota di richiesta parere, la Protel s.r.l. intende procedere ad un'operazione di fusione mediante costituzione di nuova società con altra compagine.

Operazione espressamente contemplata nella disciplina codicistica che all'art. 2051 c.c. prevede che “la fusione di più società può eseguirsi mediante la costituzione di una società nuova, o mediante l'incorporazione in una società di una o più altre”.

L'art. 2051 c.c. contempla, dunque, due diverse modalità operative dell'istituto: fusione mediante costituzione di una società nuova, in cui due o più società distinte si estinguono per costituirne una nuova (cd. fusione in senso stretto); fusione per incorporazione, in cui una società (incorporante) rimane in vita ed assorbe le altre (incorporate) che, quindi, si estinguono (cd. fusione per incorporazione).

Gli effetti dell'operazione si producono dal momento dell'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto di fusione: la nascita di una nuova società oppure l'incorporazione di una società in un'altra.

L'effetto costitutivo di una nuova società si avrà solo nel primo caso, mentre ai sensi dell'art. 2504-bis c.c., la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione.

Il breve excursus della disciplina codicistica illustrata consente, dunque, di ritenere che in caso di fusione mediante costituzione di nuova società ai sensi dell'art. 2051 c.c., sussista il requisito richiesto dall'art. 253, comma 15, del D.Lgs. n. 163/2006, trattandosi di estinzione delle precedenti società e di costituzione di una nuova compagine, con apposita (nuova) iscrizione nel registro delle imprese, a norma del codice civile e, quindi, con attribuzione di una nuova partita IVA ovvero del codice fiscale.

Una società in tal modo costituita, pertanto, sembra soddisfare il requisito richiesto dalla suindicata norma del Codice, affinché la stessa possa avvalersi nei primi tre anni dalla costituzione, per la partecipazione a procedure di affidamento di incarichi tecnici, dell'esperienza dei soggetti ivi indicati.

A ciò si aggiunga che l'art. 253, comma 15, del D.Lgs. 163/2006 non sembra ostare al contestuale utilizzo, in gara, dell'esperienza maturata in capo alle società estinte (i cui rapporti giuridici preesistenti, peraltro, sono trasferiti alla nuova società); in tal senso sembra deporre il testo della norma, ai sensi della quale tali società "per tre anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo indeterminato e con qualifica di dirigente o con funzioni di collaborazione coordinata e continuativa, qualora costituite nella forma di società di capitali". La norma sembra, dunque, rimettere alla discrezionalità delle neocostituite società di ingegneria la decisione in ordine ai requisiti da utilizzare in gara: quelli facenti capo alla società o anche quelli riferibili ai soggetti ivi indicati, limitatamente all'arco temporale ivi indicato.

Una simile interpretazione, peraltro, sembra conforme allo spirito della norma che, come visto, persegue finalità di agevolazione e di incentivazione della costituzione di tali società. Sicché l'"annullamento" dell'esperienza pregressa delle società confluite nella nuova ai fini della partecipazione alle gare de quibus avrebbe invero effetti contrari.

Alla luce di quanto sopra, dunque, si ritiene che in caso di fusione mediante costituzione di nuova società, ai sensi dell'art. 2051 c.c., quest'ultima ai fini della partecipazione alle gare per l'affidamento di incarichi professionali, possa ricorrere sia ai requisiti dei soggetti indicati nell'art. 253, comma 15 del Codice, sia all'esperienza pregressa delle società preesistenti, purché nei limiti dei tre anni successivi a tale costituzione.

Firmato:

Avv. Giuseppe Busia