

Convegno IGI 24 ottobre 2013 “uno sguardo sulla giurisprudenza”

Relatore Luigi Carvelli, argomento “ cessione d’azienda e subentro”

Di azienda, nonché di successione nei contratti in caso di cessione di azienda, ci riferisce il codice civile, dal quale conviene muovere.

1. La nozione di azienda e la successione nei contratti stipulati per l’esercizio dell’azienda nella disciplina del codice civile.

1.1. L’art. 2555 cod. civ. definisce l’azienda come “*il complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa*”.

Nel sistema del codice civile la nozione di azienda è derivata: essa presuppone quella d’impresa, della quale costituisce lo strumento: non vi è azienda senza impresa.

L’azienda è considerata dal legislatore come un aggregato di beni i quali, pur conservando la loro individualità, si distinguono in conseguenza dell’unitarietà della loro destinazione economica. Nell’azienda il collegamento dei beni è squisitamente funzionale; ed è determinato dal fatto che tutti i beni sono destinati ad una funzione economica unitaria, come strumento dell’attività d’impresa.

In questa prospettiva di strumentalità, la nozione di bene offerta dall’art. 2555 cod. civ. comprende non solo i beni mobili, immobili e immateriali (es. i brevetti), ma anche e più in generale i contratti che l’imprenditore ha stipulato per l’esercizio dell’impresa e le situazioni giuridiche che ne derivano (crediti o debiti, pure espressamente considerati dal codice civile agli artt. 2559 e 2560).

Punto nodale dell’azienda è dato dal rapporto di strumentalità tra complesso aziendale ed esercizio dell’attività d’impresa.

L’unità funzionale del complesso aziendale assume rilevanza sotto diversi profili.

Il collegamento dei beni in funzione di uno scopo produttivo ha un valore economico in sé e per sé, indipendentemente dal valore dei singoli beni; il complesso aziendale ha una sua produttività, data dal risultato della destinazione funzionale della pluralità dei beni che lo compongono.

1.2. Definita l’azienda, altra norma che assume rilievo immediato ai fini del tema qui trattato è l’art. 2558 cod. civ., il quale stabilisce che “*se non è pattuito diversamente, l’acquirente dell’azienda subentra nei contratti stipulati per l’esercizio dell’azienda stessa che non abbiano*

carattere personale. Il terzo contraente può tuttavia recedere dal contratto entro tre mesi dalla notizia del trasferimento, se sussiste una giusta causa, salvo in questo caso la responsabilità dell'alienante ...”.

Per effetto dell'art. 2558 cod. civ., l'acquirente dell'azienda subentra non soltanto nei contratti aventi ad oggetto il godimento dei beni aziendali non di proprietà dell'imprenditore e da lui stipulati per lo svolgimento dell'attività, ma anche nei contratti di impresa aventi ad oggetto rapporti concernenti l'organizzazione di questa, tra cui, ad esempio, i contratti di lavoro (ai quali è dedicata una specifica attenzione; v. art. 2112 cod. civ.), con i fornitori, di assicurazione, di concessione in uso di spazi pubblicitari, ecc.. (sul punto v. Cass. civ. Sez. I, 22 luglio 2004, n. 13651).

Se, in caso di cessione d'azienda, la successione nei contratti funzionali all'esercizio dell'impresa costituisce la regola, l'eccezione è data dai contratti c.d. *intuitu personae*, ovvero da quei contratti contraddistinti dalla rilevanza che assumono le qualità personali del contraente e la fiducia che tali qualità generano.

I contratti *intuitu personae* - tra cui, ad esempio, il contratto col professionista - pur se teoricamente stipulati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, non circolano *automaticamente* insieme all'azienda.

1.3. In conclusione di questa rapida rassegna sulla disciplina codicistica, rimane appena da segnalare che la successione nei contratti prevista dall'art. 2558 cod. civ. nel caso di cessione di azienda è istituito ben distinto dalla cessione del contratto di cui agli artt. 1406 e seg. c.c.: per i contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda che non abbiano carattere personale è previsto il subentro automatico nel contratto quale effetto naturale del trasferimento dell'azienda (fatta salva la facoltà del terzo contraente di recedere ove sussista una giusta causa). A differenza che nella cessione dei contratti disciplinata dall'art. 1406 e ss. cod. civ., nel caso di cessione d'azienda non è richiesto, ai fini della successione, un espresso consenso del terzo contraente, essendo sufficiente che questi non manifesti la propria volontà di recedere e soprattutto essendo consentito al terzo medesimo di recedere solo in presenza di una giusta causa.

Nel caso di cessione dell'azienda, la successione nei contratti avviene quindi *ope legis*, ed è efficace nei confronti del terzo acquirente senza che egli debba accettarla.

2. Il divieto assoluto di cessione del contratto di opere pubbliche nella Legge n. 55 del 1990; la successione nel contratto regolata dall'art. 35 della Legge n. 109 del 1994.

2.1. Riportata la nozione di azienda e segnalati gli effetti della cessione in relazione al subentro del cessionario nei contratti secondo la disciplina del codice civile, gioverà ora spostare l'attenzione alla disciplina speciale in materia di cessione d'azienda e successione nel contratto pubblico.

L'art. 18, comma 2, della Legge n. 55 del 1990, nella versione risultante a seguito della modifica apportata dalla Legge n. 203 del 1991, poneva il divieto *assoluto* di cessione del contratto di opere pubbliche, comminando la nullità all'eventuale contratto di cessione (divieto tuttora vigente in forza dell'art. 118 del codice dei contratti pubblici, punto sul quale chiaramente torneremo più avanti).

L'interpretazione giurisprudenziale del combinato disposto dei due menzionati articoli ha chiarito che il divieto riguardava la cessione del contratto in conseguenza sia di un negozio ad effetto diretto, sia in conseguenza di un negozio ad effetto indiretto.

Tra i negozi traslativi ad effetto indiretto veniva compresa la cessione dell'azienda o di un ramo d'azienda ai sensi dell'art. 2558 cod. civ.; ciò sul presupposto che il contratto d'appalto di opera pubblica rientrasse nel novero dei contratti con carattere personale, poggiasse cioè sul principio dell'*intuitu personae* (C. di Stato, sez. II, 3 febbraio 1993, n. 53/93: "*i contratti di appalto di opere pubbliche sono stipulati intuitu personae; pertanto, tali contratti, avendo carattere personale, sono esclusi, a norma dell'art. 2558 c.c., dalla successione dei contratti conseguente alla cessione di azienda*").

2.2. Tale interpretazione dell'art. 18 Legge n. 55 del 1990 (integrato dalla Legge n. 203 del 1991) è stata mantenuta anche a seguito dell'approvazione degli artt. 35 e 36 della Legge n. 109 del 1994; norme che mitigano il principio di intrasferibilità del contratto di appalto pubblico nell'ipotesi in cui il mutamento soggettivo si realizzi come effetto della cessione di un complesso aziendale.

L'art. 35 della Legge n. 109 del 1994 ("*Fusione e Conferimenti*") regola le ipotesi di cessione d'azienda, trasformazione, fusione e scissione di imprese, mentre l'art. 36 ("*Trasferimento e Affitto d'azienda*") estende le disposizioni dell'articolo precedente ai casi di trasferimento o di affitto d'azienda nell'ambito di procedure concorsuali se a favore di particolari categorie imprenditoriali.

La novità data dagli artt. 35 e 36 della Legge n. 109 del 1994 è dunque evidente: con queste norme il divieto *assoluto* di cui all'art. 18 Legge n. 55 del 1990 è stato temperato, prevedendo la

possibilità di un mutamento soggettivo del contraente privato in caso di trasferimento dell'azienda ma, come vedremo, solo ove ricorrano determinate condizioni.

Il Legislatore del 1994, mosso dall'esigenza di trovare un punto d'equilibrio tra il principio generale di ordine pubblico che ha ispirato il divieto assoluto di cessione dei contratti pubblici annoverandoli tra quelli *intuitu personae*; e consentire il subentro ove il nuovo soggetto fornisca delle irrinunciabili garanzie, ha delineato una disciplina secondo cui il subentro di un nuovo soggetto è possibile nel caso di cessione d'azienda, ma il subentro rimane comunque condizionato alla opposizione dell'amministrazione, la quale esercita - è tenuta ad esercitare - un controllo in ordine ai requisiti del cessionario (v. C. Stato, sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2943: *“il divieto, a pena di nullità, di cessione del contratto (in origine art. 18, 2° comma, l. 19 marzo 1990 n. 55, come modificato dall'art. 22 l. 12 luglio 1991 n. 203), è stato temperato nei casi di cessione d'azienda, trasformazione, fusione e scissione societaria in seguito all'entrata in vigore dell'art. 35 l. 11 febbraio 1994 n. 109, che prevede il subentro del nuovo soggetto nel contratto, condizionato alla valutazione dei requisiti oggettivi e soggettivi richiesti”*; v. anche T.a.r. Sicilia, sez. Catania, sez. III, 23 luglio 2004, n. 1944: *“in base all'art. 35 l. 11 febbraio 1994 n. 109, è ammissibile il subentro di un'impresa cessionaria di azienda nel corso della gara, previa verifica del possesso dei requisiti oggettivi e soggettivi previsti dalla norma stessa: in particolare, le cessioni di azienda e gli atti di trasformazione, fusione e scissione che intervengano in corso di gara non comportano l'automatica esclusione delle imprese coinvolte, facendo piuttosto sorgere in capo all'amministrazione l'obbligo di attivare un apposito sub procedimento di verifica dei requisiti posseduti dal nuovo soggetto”*).

Pur nel silenzio della legge, nel vigore della Legge n. 109 del 1994 la possibilità di subentro è stata ammessa dalla giurisprudenza - con un'interpretazione estensiva dell'art. 35 - anche nel caso in cui oggetto di cessione non fosse l'azienda, bensì un ramo d'azienda, che potremmo sinteticamente definire come una sotto-organizzazione funzionale, corrispondente ad una delle attività imprenditoriali (Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 14 giugno 1999, n. 276: *“la cessione di un ramo d'azienda da un'impresa ad un'altra comporta il subentro di quest'ultima nei contratti di appalto stipulati dalla prima, fermo restando che - secondo quanto disposto dall'art. 35 l. 11 febbraio 1994 n. 109 - l'efficacia della cessione è condizionata, nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice, ad apposita comunicazione e alla documentazione del possesso dei necessari requisiti in capo alla cessionaria*).

Solo un cenno, visto che l'argomento sarà ripreso più avanti, alla circostanza secondo cui il controllo lasciato all'amministrazione concerne anche la corretta qualificazione del contratto

(come cessione d'azienda), dalla quale dipende la possibilità di subentro nel contratto di appalto di lavori pubblici.

3. L'interpretazione estensiva dell'art. 35 Legge n. 109 del 1994; l'entrata in vigore del D. Lgs. n. 163 del 2006; la qualificazione del cessionario.

3.1. Sotto la vigenza della Legge n. 109 del 1994 - ovvero in epoca precedente all'entrata in vigore del D. Lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici di lavori, forniture e servizi, di seguito anche il Codice) - la giurisprudenza ha:

- ammesso l'applicazione analogica dell'art. 35 legge n. 109 del 1994 anche agli appalti di servizi e forniture (v. Consiglio di Stato, sez. V, 24 aprile 2002, n. 2208, dove, analizzando la novità data dal citato art. 35, si osserva che *“se si considera che il divieto di cessione del contratto, in deroga al principio comune che consente la cessione del medesimo con il consenso dell'altra parte, è stata introdotto nel settore pubblico con particolare riferimento alla materia dei lavori pubblici, appare un non senso, sotto il profilo ermeneutico, negare l'applicazione in via analogica ad altri settori della contrattualistica pubblica, delle norme che rimuovono il divieto stesso introducendo una disciplina più tenue”*);

- rilevato che il principio secondo cui il partecipante alla gara non può nel corso della procedura cedere ad altri la sua posizione di partecipante, né può la stazione appaltante aggiudicare il contratto ad un soggetto che non abbia presentato in proprio domanda di partecipazione al procedimento, si è andato col tempo evolvendo in correlazione alla contemporanea attenuazione, sulla spinta del diritto comunitario, della personalizzazione del contratto di appalto pubblico. I giudici amministrativi hanno pertanto reputato estensibile la successione nel rapporto negoziale (nei casi di cessione d'azienda, trasformazione, fusione e scissione), oltre che nella fase di esecuzione (come espressamente stabilito nell'art. 35 della Legge n. 109 del 1994), anche alla fase dell'aggiudicazione dell'appalto. Contemporaneamente, si è ritenuta ammissibile la circolazione oggettiva di alcune delle referenze proprie dell'operatore economico, le quali, in quanto non strettamente personali dell'imprenditore, possono essere utilizzate da diverso soggetto alla sola condizione che esso dimostri di poterne effettivamente disporre e che dell'utilizzazione sia fatta informazione alla stazione appaltante (v. C. Stato, sez. VI, 6 maggio 2006, n. 1873: *“si può ritenere pacificamente acquisito l'ulteriore principio della derogabilità a quello dell'immodificabilità soggettiva dell'offerente, ammettendosi la possibilità del subentro allo stesso di un 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 detto subentro, siano comunicati alla stazione appaltante e questa abbia verificato l'idoneità oggettiva del subentrante").

3.2. Per quanto rileva in questa sede, è in questo quadro normativo e giurisprudenziale che interviene il Codice: in un quadro nel quale era già stato *temperato* il principio dell'*intuitu personae* in relazione ai contratti pubblici; e nel quale la giurisprudenza aveva già esteso l'applicazione dell'art. 35 agli appalti di forniture e servizi e ammesso la modificabilità soggettiva dell'offerente (ovvero la possibilità di modifica anche nella fase c.d. pubblicistica dell'appalto).

In questo contesto intervengono gli artt. 51 e 116 del codice dei contratti pubblici.

Il primo (art. 51) disciplina le vicende soggettive del candidato (operatore economico che ha chiesto di partecipare ad una procedura ristretta o negoziata o ad un dialogo competitivo, art. 3 del Codice), dell'offerente (operatore economico che presentato un'offerta) e dell'aggiudicatario (colui che si è aggiudicato un contratto di appalto pubblico), consentendo – alle condizioni che vedremo - il subentro del cessionario dell'azienda nella posizione di partecipante ad una gara per l'aggiudicazione di un contratto pubblico.

La norma colma così una lacuna già segnalata dalla giurisprudenza, consentendo la successione del contraente nella fase c.d. pubblicistica, volta alla individuazione del miglior contraente.

L'art. 116 del Codice disciplina invece le vicende soggettive dell'esecutore del contratto (fase c.d. privatistica), disciplinando la successione nel contratto nel caso (tra gli altri) di cessione dell'azienda.

In definitiva, l'art. 51 regola le vicende modificative soggettive fino al momento della stipulazione del contratto; l'art. 116 riguarda invece la fase di esecuzione del contratto.

3.3. La successione nella fase pubblicistica (ovvero nella qualifica di offerente, partecipante o aggiudicatario) è condizionata al "*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 norma, di carattere eccezionale, ha quindi definitivamente sancito una deroga al principio della invariabilità soggettiva del concorrente; deroga dettata in favore del cessionario

dell'azienda e condizionata alla previa verifica dei requisiti del medesimo (TAR Bologna, Sezione II, 6 marzo 2009 n. 228: *“In materia di appalti pubblici vige il principio dell'invariabilità soggettiva del concorrente, in quanto il bando di gara prevede la verifica dei requisiti dei partecipanti, con conseguente impossibilità di variazioni soggettive nelle varie fasi della gara, fatta salva la previsione (eccezionale) di cui al sopracitato art. 51 che, peraltro, fa salvo l'accertamento dei requisiti di ammissione e partecipazione in capo al cessionario. Conseguentemente la giurisprudenza sul punto ritiene che, in caso di cessione del ramo d'azienda, l'ammissione del subentrante è subordinata a due condizioni: che gli atti di cessione siano comunicati alla stazione appaltante e che questa abbia verificato l'idoneità soggettiva ed oggettiva del subentrante”*).

Da un punto di vista procedurale, l'art. 51 presuppone che gli atti di cessione siano inviati alla stazione appaltante e che questa abbia accertato l'idoneità oggettiva e soggettiva del cessionario subentrante (sul punto v. anche Consiglio di Stato, sez. V, 9 giugno 2008, n. 2794).

Pertanto, come precisato anche dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (anche Avcp) *“una volta accertato che durante la gara sia stata comunicata alla stazione appaltante l'avvenuta cessione, residua solo l'aspetto della verifica della idoneità della società cessionaria, costituente un incumbente della stazione appaltante medesima il cui mancato adempimento non può, come tale, comportare l'automatica esclusione della società non sottoposta a verifica, ma semmai l'obbligo per l'amministrazione di effettuarla”* (v. parere Avcp n. 65 del 25 marzo 2010 e giurisprudenza ivi richiamata: Consiglio di Stato, sez. V, 15 dicembre 2008, n. 6205; 5 dicembre 2008, n. 6046).

È peraltro pacifico che la cessione dell'azienda (o di un suo ramo) consenta al nuovo soggetto di avvalersi, ai fini della qualificazione, dei requisiti posseduti dall'impresa acquisita (*“anche in ragione della cessione”*).

In base al principio della continuità della gestione, in caso di cessione i requisiti vengono infatti conservati, con la conseguenza che la verifica del possesso dei requisiti per la partecipazione ad una gara (così come quelli per il subentro nel contratto) va compiuta con riferimento all'impresa cessionaria, ma tenendo conto degli elementi derivanti dall'assorbimento del ramo di azienda (sul punto v. TAR Lazio, sezione I, sentenza 10 marzo 2011, n. 2187).

Quanto precede appare di immediata comprensione: poiché il subentro nella fase pubblicistica è reso possibile proprio in ragione della cessione, è chiaro che la verifica dei requisiti del subentrante deve essere compiuta anche in considerazione di ciò che gli è pervenuto a seguito dell'acquisto dell'azienda del precedente concorrente o candidato (in ordine ai requisiti di ordine

generale si segnala che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con pronuncia n. 10 del 4 maggio 2012, ha stabilito che *“in caso di cessione d'azienda o di un suo ramo realizzatasi prima della partecipazione alla gara, la dichiarazione circa l'insussistenza di sentenze pronunciate per reati incidenti sulla moralità professionale deve essere resa, a pena di esclusione, anche da parte degli amministratori e dei direttori tecnici che hanno operato nel triennio (ora nell'anno, a seguito delle modifiche introdotte con L. 106/2011) presso l'impresa cedente. Nella cessione di azienda o di un ramo di essa -fattispecie in cui si verifica una successione a titolo particolare si realizza, in ogni caso, il passaggio all'avente causa del complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia, e ciò rende la vicenda suscettibile di comportare la continuità tra la precedente e la nuova gestione imprenditoriale”*).

3.4. L'art. 116 regola invece la successione nella fase privatistica, ovvero successivamente alla stipula del contratto pubblico (fase di esecuzione)

Per poter subentrare in questa fase, il soggetto subentrante è tenuto, innanzitutto, a procedere nei confronti della stazione appaltante *“alle comunicazioni previste dall'articolo 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 11 maggio 1991, n. 187”*, concernenti la composizione societaria, l'esistenza di diritti reali di godimento o di garanzia sulle azioni con diritto di voto sulla base delle risultanze del libro dei soci, le comunicazioni ricevute, l'indicazione dei soggetti muniti di procura irrevocabile che abbiano diritto di voto o abbiano esercitato detto diritto e di qualsiasi altro dato rilevante a disposizione.

In secondo luogo, il soggetto subentrante deve documentare *“il possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal presente codice”* (art. 116, primo comma).

“Nei sessanta giorni successivi, la stazione appaltante può opporsi al subentro del nuovo soggetto nella titolarità del contratto, con effetti risolutivi sulla situazione in essere, laddove, in relazione alle comunicazioni di cui al comma 1, non risultino sussistere i requisiti di cui all'articolo 10-sexies della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni (disposizioni contro la mafia).

Ferme restando le ulteriori previsioni legislative vigenti in tema di prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale, decorsi i sessanta giorni di cui al comma 2 senza che sia intervenuta opposizione, gli atti di cui al comma 1 producono, nei confronti delle stazioni appaltanti, tutti gli effetti loro attribuiti dalla legge”.

La norma regola una procedura alquanto complessa e non sempre lineare.

Al primo comma essa stabilisce una condizione di efficacia non già del subentro, ma della cessione. Sono infatti “*le cessioni di aziende*” ad essere prive di effetto nei confronti di ciascuna stazione appaltante sino a quando non siano state inviate le prescritte comunicazioni e documentato il possesso dei requisiti di qualificazione.

Solo il secondo e il terzo comma della norma disciplinano il subentro del cessionario, consentendo alla stazione appaltante di *opporsi* espressamente (al subentro) ove, in base alle comunicazioni sulla composizione societaria ecc., non sussistano i requisiti stabiliti nella legge contro la mafia (secondo comma); e stabilendo che la cessione d’azienda diviene efficace - evidentemente con ciò che ne consegue in relazione al subentro nel contratto pubblico - ove la stazione appaltante non si opponga entro sessanta giorni.

3.5. Ai fini del subentro assumono rilievo prioritario i requisiti di qualificazione.

Nella fase privatistica (art. 116) tali requisiti evidentemente non possono reputarsi riferiti alle sole certificazioni SOA previste dall’art. 40 del Codice (affidenti ai soli lavori di importo superiore a 150.0000,00 euro), bensì a tutti i requisiti che devono possedere i soggetti esecutori dei contratti pubblici disciplinati nel Codice; e quindi tanto i requisiti di ordine generale (art. 38 Codice) che quelli di ordine speciale, come quelli relativi all’idoneità professionale (art. 39 Codice), alla capacità economico-finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi (art. 41 Codice) e alla capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi (art. 42 Codice).

Pur sorvolando su altri aspetti (ad es. riferimento ai requisiti di ordine generale e speciale di cui all’art. 51), basterà osservare che l’art. 116 regola la successione in tutti i contratti disciplinati nel Codice e, in linea con questa disciplina, rinvia ai requisiti di qualificazione (*rectius*, a tutti i requisiti di qualificazione) ivi previsti.

In ordine alla verifica dei requisiti in capo al cessionario merita di essere segnalato il ruolo svolto dall’Avcp, che in più occasioni ha prestato particolare attenzione ad un momento delicato e nel quale il sistema di qualificazione delineato dapprima col d. P.R. n. 34 del 2000 e attualmente dal d. P.R. n. 207 del 2010 potrebbe svelare dei limiti.

Sin dal 2002, con la determinazione n. 11 del 15 giugno - sotto la vigenza dell’articolo 35 Legge n. 109 del 1994 e dell’art. 15, comma 9, del d. P. R. n. 34 del 2000, in merito alla possibilità per il nuovo soggetto di avvalersi, ai fini della qualificazione, dei requisiti del soggetto cedente - l’Avcp ha osservato che, sulla base delle citate disposizioni, il rilascio dell’attestazione di qualificazione ad un cessionario è subordinato alla verifica a cura della SOA incaricata dal

cessionario di rilasciargli la suddetta attestazione di qualificazione della sussistenza di alcune circostanze, espressamente indicate dall'Avcp, tra cui la verifica in ordine al fatto che si sia perfezionato il contratto mediante il quale è stato trasferito quel complesso di beni organizzati (*azienda o ramo di questa*) la cui titolarità implica il possesso dei requisiti dei quali il nuovo soggetto intende avvalersi.

L'Avcp ha quindi precisato che il semplice fatto che il contratto sia stato stipulato non è tuttavia di per sé sufficiente a conferire al nuovo soggetto la titolarità dei requisiti di cui si tratta. Occorre infatti che mediante quel contratto i contraenti abbiano effettivamente proceduto ad un trasferimento di azienda o di un ramo di essa, circostanza che sussiste se il cedente ha trasferito in toto tutta la propria organizzazione o una sotto-organizzazione e non singole sue parti e se, per effetto di tale trasferimento, ne sia rimasto privo. Non si avrebbe infatti un trasferimento di azienda se, ad esempio, i contraenti avessero inteso cedere uno o più contratti di appalto in corso di esecuzione o anche determinate attrezzature o altre risorse già facenti capo all'azienda ceduta. Poste le premesse qui sintetizzate, già nel 2002 l'Avcp dispose che le SOA, per il rilascio dell'attestazione di qualificazione ad una impresa che intende essere qualificata utilizzando i requisiti di una azienda o di un ramo di azienda da essa acquisito, debbano seguire i seguenti criteri e le seguenti procedure:

“a) l'attestazione di qualificazione deve essere rilasciata al cessionario soltanto se risulta dagli atti che vi sia stata una effettiva cessione di un complesso di beni organizzati qualificabili come ramo di azienda e dei connessi requisiti che hanno consentito la eventuale precedente qualificazione;

b) l'attestazione di qualificazione deve essere rilasciata al cessionario sulla base anche del ramo di azienda acquisito ma soltanto dopo che sia stata revocata o ridimensionata l'attestazione al suo tempo rilasciata al cedente attraverso il rilascio di una nuova attestazione che tenga conto soltanto dei requisiti non ceduti;

c) il rilascio di una nuova o di una prima attestazione di qualificazione ad una impresa che ha ceduto l'azienda o un ramo di azienda può essere effettuata soltanto sulla base del possesso di requisiti diversi da quelli che hanno consentito il rilascio dell'attestazione all'impresa cessionaria;

d) ...

e) la SOA che stipula un contratto con una impresa la cui idoneità deriva in tutto o in parte dall'acquisto di una azienda o di un suo ramo ne informa senza indugio l'Autorità trasmettendo,

oltre alla prescritta comunicazione in ordine al contratto da essa stipulato con il cessionario, anche copia del contratto fra impresa cedente e impresa cessionaria;

f) qualora la SOA incaricata dal cessionario a rilasciare l'attestazione di qualificazione sia la stessa che a suo tempo aveva rilasciato l'attestazione di qualificazione all'impresa cedente, deve procedere alla modifica, secondo quanto previsto alla precedente lettera b), o al ritiro di questa attestazione prima di rilasciare quella spettante al cessionario;

g) qualora la SOA incaricata dal cessionario di rilasciare l'attestazione di qualificazione sia diversa da quella che aveva rilasciato l'attestazione di qualificazione al cedente, deve, prima di rilasciare l'attestazione al cessionario, procedere alla verifica dell'avvenuto adeguamento, secondo quanto previsto alla precedente lettera b), o revoca della attestazione rilasciata al cedente ed a questo scopo deve mettersi in contatto tramite l'Autorità con l'altra SOA”.

3.6. Di recente l'Avcp è tornata sulla questione relativa all'attività di attestazione delle SOA nei confronti di imprese cessionarie di aziende attraverso l'atto di segnalazione al Governo n. 3 del 25 settembre 2013.

In tale atto l'Avcp, denunciate alcune problematiche connesse al sistema di qualificazione per i lavori pubblici e segnalati alcuni punti critici (compagini sociali delle SOA spesso legate ad una conduzione di tipo familiare; rapporto tra organico minimo della SOA e numero di attestati rilasciati), ha rilevato il significativo numero di cessioni d'azienda o rami d'azienda nel settore dei lavori pubblici e il rischio che tale procedura venga utilizzata come espediente per evitare l'espulsione dal mercato degli appalti pubblici di soggetti privi dei relativi requisiti o per acquisire strumentalmente la qualificazione necessaria a contrarre con la P.A.

Posta questa delicatissima questione, l'Avcp ha segnalato al Governo l'opportunità di:

- intervenire sull'art. 77 del Regolamento, prevedendo che nei casi di cessione d'azienda la verifica intermedia dell'attestazione rilasciata dopo la cessione debba avvenire alla scadenza del primo anno (e non al triennio), in modo da consentire alle SOA di verificare in concreto e con riferimento ad un arco ragionevole di tempo che oggetto della cessione è stato effettivamente un complesso organizzativo e produttivo capace di esplicare la propria funzionalità e non meri elementi formali trasferiti solo ai fini dell'ottenimento della qualificazione medesima;
- valutare l'opportunità di affidare la verifica annuale ad una SOA diversa da quella che ha rilasciato l'attestazione, in modo da scongiurare l'evenienza che una SOA possa farsi promotrice, presso le imprese, di operazioni di cessione di rami o aziende;

- modificare l'art. 71 comma 4, prevedendo che l'Avcp, nell'effettuare verifiche a campione sulle attestazioni, consideri sempre, anche, quelle rilasciate a seguito di cessione.

4. Valutazioni conclusive.

4.1. Sulla scorta della disciplina recata nella Legge n. 109 del 1994 e delle interpretazioni giurisprudenziali, il Codice ha dettato una disciplina speciale in materia di subentro nel contratto pubblico a seguito della cessione dell'azienda.

Tale legislazione speciale prevede, da un lato, il divieto di cessione del contratto d'appalto pubblico; dall'altro, la possibilità di successione ove il contratto circoli insieme all'azienda, col correttivo che non si tratta di una successione automatica, bensì condizionata alla verifica dei requisiti in capo al cessionario.

Tornando per un momento alla disciplina di diritto comune, dalla quale abbiamo preso le mosse, è ormai evidente che il contratto d'appalto pubblico non può annoverarsi tra quelli *intuitu personae* (come si reputava sotto la vigenza delle Legge n. 55 del 1990).

Premesso, in linea generale, che la locuzione latina mal si attaglia ai criteri predeterminati e obiettivi che devono guidare la P.A. nella scelta del contraente pubblico, il sistema delineato dal Codice ci esprime l'esatto contrario di una scelta basata sull'*intuitu personae*.

Le qualità dell'altro contraente sono considerate e per certi versi tipizzate dalla legge; e chiaramente costituiscono il criterio al quale la P.A. deve affidarsi per compiere la sua scelta.

Non già un contratto "*con carattere personale*", ma un contratto profondamente personalizzato, nel quale la *fiducia* al cospetto della P.A. è generata esclusivamente dalla sussistenza dei requisiti di qualificazione (peraltro affidata, nei casi previsti dalla legge, ad un soggetto terzo, le SOA).

E sarebbe improprio continuare a trattare di *intuitu personae* in un sistema che ammette l'avvalimento (artt. 49 e 50 del Codice): come sarebbe conciliabile la fiducia generata dal contraente con la possibilità di avvalersi dei requisiti e dell'attestazione SOA di un altro soggetto?

4.2. Pur ribadendo qualche critica alla tecnica legislativa (espressa trattando dell'art. 116 e della macchinosità delle previsioni di cui ai commi 2 e 3), il sistema delineato dal Codice risponde ad una logica condivisibile.

Fermo il divieto di cessione del contratto (art. 118), che si spiega per le ragioni dette sopra, in linea teorica la cessione dell'azienda nella quale è compreso il contratto di appalto pubblico e la verifica dei requisiti di qualificazione dovrebbero consentire al cessionario un esatto adempimento: se l'azienda costituisce un'organizzazione in grado di generare affidabilità, il trasferimento di tutta la struttura aziendale - strumentale all'esercizio dell'impresa, e quindi anche all'esecuzione dei contratti - dovrebbe generare nei confronti della stazione appaltante le aspettative di efficienza e affidabilità che erano proprie della cedente.

Se questo è l'aspetto teorico, evidentemente il rischio più immediato è che la cessione d'azienda celi in realtà la cessione del contratto d'appalto (vietata a pena di nullità dall'art. 118 del Codice); e il rischio è maggiore ogni qualvolta la cessione attiene non già all'azienda nella sua totalità, ma ad un ramo, sotto-ramo ecc. (casi, invero, tutt'altro che infrequenti, benché l'art. 116 del Codice non menzioni espressamente il ramo d'azienda). Questi i casi a maggior rischio di *elusione*, anche per le maggiori difficoltà di valutare il rapporto di strumentalità tra i beni ceduti (*rectius*, il ramo, sotto ramo ecc.) e l'esecuzione del contratto.

Per ovviare a questi seri rischi, un ruolo fondamentale è chiaramente svolto dalle stazioni appaltanti, e per esse dalla SOA (nei casi previsti dalla legge).

In questo senso risulta apprezzabile l'impegno dell'Avcp, volto a responsabilizzare le SOA in una fase (quella della successione nel contratto) che può presentare rischi elevati e nella quale la qualificazione del cessionario deve essere compiuta in forma attenta ed efficace.

In definitiva, a me pare che la cessione d'azienda e il conseguente subentro nel contratto rechi delle evidentissime insidie nel settore dei contratti pubblici, legate al rischio di elusione della norma che sancisce la nullità della cessione del contratto e alla eventualità che oggetto di trasferimento sia in realtà la qualificazione necessaria per la partecipazione alle gare pubbliche.

Sarebbe tuttavia assai arduo pensare di ovviare a questi rischi attraverso un ritorno al divieto assoluto di cessione del contratto, come delineato ai tempi della Legge n. 55 del 1990.

Così ragionando si rischierebbe di confondere i piani, sancendo il divieto assoluto di modifica soggettiva del contraente privato perché mossi dalla pur legittima preoccupazione di manovre elusive della legge, difficilmente arginabili.

Allo stato della legislazione, a tali rischi occorre ovviare attraverso l'impegno di stazioni appaltanti particolarmente esigenti - nei confronti dei cessionari e delle SOA - e col continuo impegno dell'Avcp.

4.3. Né può trascurarsi, infine, che ove l'amministrazione reputi che, a prescindere dal *nomen iuris* dato dalle parti, il contratto non si qualifichi come cessione d'azienda bensì come cessione del contratto d'appalto pubblico, rimane aperta la via della nullità (art. 118 Codice), esperibile da chiunque vi abbia interesse (e quindi chiaramente anche dalla stazione appaltante, pur non essendo essa parte del contratto di cessione) e anche d'ufficio dal Giudice (art. 1421 cod. civ.).

Per chiudere con *“uno sguardo sulla giurisprudenza”* si segnala un precedente nel quale il Giudice adito, esaminata la documentazione versata in atti, ha rilevato che *“ ... con il contratto di cessione de quo la (omissis) ha ceduto all'odierna ricorrente un sedicente "ramo di azienda" costituito, non già da un complesso organizzato di beni e persone dotato di autonomia produttiva, bensì dall'avviamento inteso come attitudine, rectius, capacità a stipulare contatti d'appalto nel ramo di cui alla qualificazione SOA di cui è in possesso, e dai relativi contratti d'appalto già stipulati, tra i quali quello intercorrente con il comune di (omissis). Non vi è traccia di beni e di attività organizzate costituenti il ramo d'azienda ceduto, per cui palese è la simulazione della inesistente cessione d'azienda che dissimula una cessione di contratto espressamente vietato dal bando di gara”*; e che *“d'altro lato... la nullità del contratto di cessione d'azienda non fa neanche decorrere termini di cui all'art. 35 l. n.109/96, in quanto la fattispecie della cessione del ramo d'azienda non si è verificata, dati gli effetti ex tunc della rilevata nullità per simulazione essendo stato stipulato, il contratto dissimulato, in frode alla legge”* (TAR Sicilia, Catania, sez. I, 21 aprile 2005, n. 706).

* * *

Luigi Carvelli

