

L'adunanza plenaria, recependo l'impostazione sostanzialista, afferma che, in caso di cessione del ramo di azienda, si debba valutare in concreto se la qualificazione oggetto di precedente attestazione SOA rimanga, senza soluzione di continuità, in capo all'impresa cedente ovvero debba intendersi trasferita a quella cessionaria

[Cons. St., A.P., sentenza 3 luglio 2017, n. 3 – Pres. Frattini, Est. Bellomo](#)

Contratti pubblici – Cessione ramo di azienda – Perdita dei requisiti di qualificazione – Automatismo – Esclusione

Contratti pubblici – Cessione ramo di azienda – Attestazione SOA confermativa del possesso dei requisiti speciali di qualificazione in capo al cedente senza soluzione di continuità

L'art. 76, comma 11, del D.P.R. n. 207/2010 deve essere interpretato nel senso che la cessione del ramo d'azienda non comporta automaticamente la perdita della qualificazione, occorrendo procedere a una valutazione in concreto dell'atto di cessione, da condursi sulla base degli scopi perseguiti dalle parti e dell'oggetto del trasferimento.(1)

In ipotesi di cessione di un ramo d'azienda, l'accertamento positivo effettuato dalla SOA, su richiesta o in sede di verifica periodica, in ordine al mantenimento dei requisiti di qualificazione da parte dell'impresa cedente, comporta la conservazione dell'attestazione da parte della stessa senza soluzione di continuità. (2)

(1-2) I.- Le questioni sulle quali ha pronunciato l'Adunanza plenaria erano state rimesse dalla sez. III del Consiglio di Stato con [ordinanza 13 marzo 2017, n. 1152](#) (oggetto della [News US in data 30 marzo 2017](#) cui si rinvia per la ricostruzione della vicenda procedimentale e processuale).

II.- Queste le due tesi che si sono contese il campo:

a) secondo un primo orientamento, improntato ad una logica formale, nel caso di cessione di ramo d'azienda né il cedente né il cessionario possono valersi dell'attestazione di qualificazione posseduta dall'azienda ceduta, pur potendone richiedere una nuova alla società di attestazione; conseguentemente non potrebbe darsi rilievo alla conferma *ex post* dei requisiti operati dalla SOA in sede di verifica triennale, poiché essa giammai potrebbe avere un effetto sanante, a fronte dell'effetto traslativo della cessione; al contempo, l'importanza e l'entità del compendio ceduto non potrebbe essere accertata mediante

verifica *ex post*, bensì dovrebbe essere necessariamente sottoposta a specifica valutazione *ex ante* da parte della SOA a mezzo del procedimento ex art. 76, comma 11, d.P.R. n. 207/2010;

b) un secondo orientamento, d'impronta sostanzialista, ritiene invece ammissibile la verifica in concreto ed *ex post* della entità dei beni e rapporti trasferiti con il negozio traslativo al fine di accertare se di vero e proprio trasferimento di ramo di azienda si sia trattato o non piuttosto di trasferimento di singoli cespiti; al contempo alla verifica triennale positiva di validità della attestazione SOA, successiva al negozio traslativo, riconnette non l'effetto di una rinnovazione *ex nunc* della validità del precedente certificato quanto piuttosto la attestazione della sua perdurante validità, senza soluzione di continuità sicché deve escludersi che ogni trasferimento di ramo aziendale comporti comunque l'automatica decadenza dalla titolarità delle attestazioni SOA anche se il cedente non perde la consistenza che gli ha consentito di ottenerne il rilascio, come poi accertato in sede di verifica triennale.

III.- Questi gli snodi argomentativi che hanno condotto l'Adunanza plenaria a formulare i principi di cui alle relative massime facendo proprio l'approccio sostanziale in applicazione dei canoni esegetici letterale, sistematico e teleologico:

c) il comma 9 dell'art. 76 d.P.R. n. 207/2010 disciplina le operazioni che comportino il trasferimento dell'azienda o di un suo ramo, fissando la regola secondo cui il nuovo soggetto può utilizzare i requisiti di qualificazione dei soggetti da cui ha preso vita; in tal caso il passaggio dei requisiti in capo all'acquirente è un corollario, oltre che del trasferimento d'azienda, della successione soggettiva, mentre, nell'ipotesi di affitto d'azienda (almeno) triennale, la ratio di tale effetto è nella continuità della gestione aziendale;

d) il comma 10 dell'art. 76 cit., disciplina la sola ipotesi di cessione dell'intera azienda, o di un suo ramo, "pura", ponendo a capo del soggetto che richiede l'attestazione a seguito del trasferimento (quindi, chiaramente, il cessionario) un onere probatorio qualificato;

e) il comma 11, al primo periodo, disciplina il rilascio dell'attestazione al nuovo soggetto che intenda avvalersi dei requisiti di qualificazione in caso di cessione dell'azienda o di un suo ramo, stabilendo che compete alla SOA accertare quali requisiti sono trasferiti al cessionario con l'atto di cessione, ciò significando che non vi è alcun automatismo in proposito, e dal lato del cedente e da quello del cessionario; se un contratto traslativo non produce ipso iure l'acquisto del diritto in capo all'avente causa, non può produrre ipso iure la sua perdita in capo al dante causa: è logicamente impossibile dissociare i due effetti, e quando questo avviene è perché, in realtà, l'effetto traslativo non opera secondo la configurazione tipica che riguarda l'azienda e non le qualificazioni, giacché le parti hanno escluso di disporre contestualmente al trasferimento aziendale il trasferimento dei requisiti di qualificazione;

f) il comma 11, al secondo periodo, disciplina la stessa ipotesi dal lato inverso, prevedendo che il cedente possa domandare una nuova attestazione esclusivamente sulla base dei requisiti acquisiti successivamente alla cessione la quale sottintende che l'effetto è disposto dal negozio e non dalla legge; ne consegue che in caso di trasferimento del ramo d'azienda non sono trasferiti automaticamente anche i requisiti di cui all'art. 79, comma 1, d.P.R. n. 207 cit., essendo ben possibile che la cessione di parti dell'azienda, ancorché qualificate come ramo aziendale, si riferisca a porzioni prive di autonomia funzionale nel contesto dell'impresa e comunque non significative, quindi non sia tale da generare la perdita in capo al cedente (e il correlato acquisto in capo al cessionario) dei requisiti di qualificazione: se non sono trasferiti i requisiti di qualificazione, non possono esserlo le qualificazioni che ad essi si riferiscono;

g) i requisiti di qualificazione contemplati dall'art. 79, comma 1, cit., dipendono dalle risorse aziendali, ma non coincidono con esse perché un conto è un bene patrimoniale (qual è, in definitiva, l'azienda), altro sono i requisiti di qualificazione: quand'anche si volesse ritenere che le categorie del diritto commerciale siano recepite passivamente dal diritto amministrativo, resta che nella fattispecie in esame non vi è ad esse alcun richiamo, atteso che la citata disposizione del regolamento sui contratti pubblici individua puntualmente i requisiti speciali di qualificazione; ne discende che il consenso traslativo avente ad oggetto un ramo d'azienda non può automaticamente estendersi alle qualificazioni, né vi è alcuna norma che tanto disponga;

h) contrariamente a quanto propugnato dalla tesi formalistica, la qualificazione del negozio di cessione deve farsi sulla base della causa in concreto (quale sintesi degli interessi reali delle parti), e non in astratto, essendo tale ultima impostazione già da tempo abbandonata dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza;

i) il principio secondo cui le qualificazioni richieste dal bando (al pari di tutti gli altri requisiti generali e speciali), debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità, costituisce al tempo stesso fondamento e limite degli oneri posti all'impresa partecipante a una gara di appalto in materia di documentazione del perdurante possesso dei requisiti di qualificazione: se la normativa intende garantire l'effettivo possesso dei requisiti di qualificazione, non può contraddittoriamente fissare una presunzione di perdita dei requisiti in virtù della cessione di un ramo d'azienda; la perdita automatica delle qualificazioni disegnerebbe, infatti, una presunzione assoluta basata su elementi di evidente irragionevolezza;

j) l'analisi del dato funzionale non può prescindere da un cenno ai profili di diritto UE, atteso che la tesi formalistica o della discontinuità si pone in tensione con il principio di

proporzionalità, con il diritto della concorrenza e con le libertà economiche garantite dal Trattato sul funzionamento UE;

k) se nessun automatismo decadenziale è previsto nel caso di cessione del ramo d'azienda, il problema di stabilire l'efficacia (ex nunc o ex tunc) della positiva verifica posteriore operata dalla SOA assume diverso significato in considerazione della dirimente circostanza che la verifica operata dall'organismo attestatore ha un'efficacia probatoria e non già sostanziale, ed una intrinseca valenza retroattiva, perché dichiara una realtà giuridica preesistente: ne discende che postulare l'efficacia ex nunc della verifica positiva da parte dell'organismo SOA sarebbe in contrasto con la sua natura;

l) pertanto, qualora si accerti che i requisiti siano stati persi, la SOA è tenuta a dichiarare la decadenza dell'attestazione e troverà applicazione l'art. 76, comma 11, secondo periodo cit.; altrimenti l'impresa cedente potrà continuare ad avvalersi dell'attestazione originaria; a conferma dell'impostazione adottata, vi è inoltre il dato letterale evincibile dall'art. 40, comma 9 ter, del d.lgs. n. 163/2006 che evidenzia il ruolo di vigilanza dell'ANAC nei casi in cui la SOA confermi il possesso della qualificazione e concorre a confutare una delle ragioni dell'orientamento formalistico, ossia la pretesa funzione della regola dell'automatismo di contrastare meccanismi di elusione della normativa anticorruzione.

IV.- Per completezza si segnala:

m) Cons. Stato, Ad. plen, 18 luglio 2012, n.27 (in *Urbanistica e appalti*, 2012, 1295, con nota di BALOCCO; *Guida al dir.*, 2012, fasc. 32, 96, con nota di MASARACCHIA), secondo cui <<Premesso che la proroga da tre a cinque anni dell'efficacia delle attestazioni Soa disposta dall'art. 7, 1° comma, l. 1 agosto 2002 n. 166 e dall'art. 1 d.p.r. 10 marzo 2004 n. 93, è subordinata alla richiesta di verifica triennale e al suo positivo esito, la complessiva ratio dell'istituto della qualificazione induce a ritenere che l'impresa, la quale abbia richiesto in termini la verifica triennale del proprio attestato Soa, può partecipare alle gare indette dopo il triennio anche se la verifica sia compiuta successivamente, fermo restando che l'efficacia dell'aggiudicazione è subordinata, ai sensi dell'art. 11, 8° comma, d.leg. 12 aprile 2006 n. 163, all'esito positivo della verifica stessa; viceversa l'impresa che abbia presentato la richiesta fuori termine può partecipare alle gare soltanto dopo la data di positiva effettuazione della verifica>>;

n) Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8 (in *Urbanistica e appalti*, 2016, 88, con nota di GIACALONE), che, nel ricostruire il sistema delle attestazioni SOA, ha affermato i seguenti principi: I) <<in materia di gare d'appalto e nel regime transitorio previsto dal 12° comma, prima parte, art. 357 d.p.r. 5 ottobre 2010 n. 207 per le categorie non modificate dal nuovo regolamento, di validità delle attestazioni rilasciate nella vigenza del d.p.r. 25 gennaio 2000 n. 34 «fino alla naturale scadenza prevista per ciascuna di esse», trova applicazione l'onere di verifica triennale imposto prima dall'art. 15 bis cit. d.p.r. n. 34 del 2000 e poi dall'art. 77 d.p.r. n. 207 del 2010>>; II) nel regime transitorio dettato dall'art. 357, 13°, 16° e 17° comma, d.p.r. 5 ottobre 2010 n.

207 e successive modifiche, con riguardo a bandi di gara pubblicati precedentemente alla data di entrata in vigore del regolamento stesso, per le categorie «variate» non sussiste, durante il regime di proroga, alcun obbligo di verifica triennale, di cui agli art. 15 bis d.p.r. 25 gennaio 2000 n. 34 e 77 d.p.r. n. 207 del 2010; III) nelle gare di appalto i requisiti generali e speciali vanno posseduti dai candidati poi risultati assegnatari per tutta la durata della procedura stessa, sino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso;

o) sui mutamenti soggettivi della compagine imprenditoriale e, in particolare, quelli conseguenti a cessione d'azienda, oltre agli argomenti spesi dalle precitate Ad. Plen. n. 8 del 2015 e n. 27 del 2012, cfr. il compendio di principi elaborati, sempre in un'ottica sostanzialistica, da Cons. Stato, sez. IV, 8 febbraio 2017, n. 549 (in sede di interpretazione dell'art. 51 del vecchio codice dei contratti pubblici), secondo cui: I) sussiste l'obbligo della stazione appaltante di verificare, per un buon governo della procedura, il possesso, da parte dell'impresa cessionaria, dei requisiti di partecipazione alla gara, con specifico riguardo al momento in cui si è prodotta la modificazione soggettiva e senza che rilevi, a tali fini, il tempo in cui sia stata comunicata effettivamente tale modificazione; II) la cessione del ramo d'azienda diviene efficace al momento in cui viene stipulata e non al momento in cui ne viene data comunicazione alla stazione appaltante; III) non è previsto alcun termine per comunicare l'evento medesimo, essendo invece necessario solo che l'impresa sostituita acquisisca i requisiti di quella uscente e che la stazione appaltante sia messa in condizione d'effettuare le sue verifiche sul possesso dei predetti requisiti in capo al nuovo soggetto prima della stipula; IV) in base all'art. 51 dl.gs. n. 163 del 2006, la P.A. non può esercitare poteri di veto nei confronti del mutamento della compagine, quindi non avrebbe alcun senso far discendere l'obbligo di verifica dei requisiti in relazione al momento della comunicazione; questa soluzione inoltre, ancora la verifica ad una data certa (il sub ingresso), evitando elusioni favorite dal ritardo nella comunicazione del mutamento soggettivo della compagine medesima e soddisfa in pieno il consolidato principio secondo cui tutti i requisiti soggettivi devono essere posseduti dai concorrenti, senza soluzione di continuità, dalla scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione e fino al completamento della esecuzione del contratto.