

La terza sezione del Consiglio di Stato rimette all'Adunanza plenaria la questione concernente gli effetti della cessione del ramo di azienda sul possesso dell'attestazione SOA, alla luce del disposto dell'art. 76, comma 11, del d.P.R. n. 207/2010

[Cons. St., sez. III, ordinanza 13 marzo 2017, n. 1152 – Pres. Lipari, Est. Veltri](#)

Contratti pubblici – Cessione ramo di azienda – Perdita dei requisiti di qualificazione – Attestazione SOA confermativa del possesso dei requisiti speciali di qualificazione in capo al cedente – Deferimento all'Adunanza plenaria.

Deve essere disposto il deferimento all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato delle seguenti questioni:

a) se, ai sensi dell'art. 76, comma 11, del d.P.R. n. 207/2010 debba affermarsi il principio per il quale, in mancanza dell'attivazione del procedimento ivi contemplato (in sostanza, nuova richiesta di attestazione SOA), la cessione del ramo d'azienda comporti sempre, in virtù dell'effetto traslativo, il venir meno della qualificazione, o piuttosto, se debba prevalere la tesi che alla luce di una valutazione in concreto limita le fattispecie di cessione, contemplate dalla disposizione, solo a quelle che in quanto suscettibili di dar vita ad un nuovo soggetto e di sostanziarne la sua qualificazione, presuppongono che il cessionario se ne sia definitivamente spogliato, ed invece esclude le diverse fattispecie di cessione di parti del compendio aziendale, le quali, ancorché qualificate dalle parti come trasferimento di "rami aziendali", si riferiscano, in concreto, a porzioni prive di autonomia funzionale e risultano pertanto inidonee a consentire al soggetto cedente di ottenere la qualificazione.

b) se l'accertamento effettuato dalla SOA, su richiesta o in sede di verifica periodica, valga sempre e solo per il futuro, oppure se, nei casi in cui l'organismo SOA accerti ex post il mantenimento dei requisiti speciali in capo al cedente, nonostante l'avvenuta cessione di una parte del compendio aziendale, l'attestazione possa anche valere ai fini della conservazione della qualificazione senza soluzione di continuità. (1).

(1) I.- Con l'ordinanza in epigrafe la terza sezione di Palazzo Spada rimette all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., la questione concernente gli effetti della cessione del ramo di azienda sul possesso dell'attestazione SOA, alla luce del disposto dell'art. 76, comma 11, del d.P.R. n. 207/2010. La controversia trae origine dall'impugnazione da parte della seconda classificata della aggiudicazione mediante procedura ristretta di una gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione del patrimonio immobiliare ed impiantistico con annessi servizi di conduzione e gestione dei

presidi ospedalieri vinta da un RTI la cui capogruppo, nelle more della gara, aveva ceduto il ramo di azienda operante proprio nel settore oggetto della gara; a tale circostanza la seconda classificata, ricorrente in primo grado, riconduceva la perdita della attestazione SOA nella categoria OG11 il cui possesso, richiesto dal bando di gara, era stato dichiarato e successivamente comprovato mediante esibizione della attestazione SOA dalla aggiudicataria. Il TAR respingeva il ricorso principale con cui veniva contestata la fase di prequalifica e conseguentemente dichiarava improcedibile quello incidentale proposto dalla aggiudicataria con cui si contestavano pretese illegittimità occorse nella successiva fase di gara relativa alla comparazione delle offerte presentate dalle imprese ammesse.

In particolare il TAR accedeva alla tesi della ininfluenza dell'atto di cessione del ramo d'azienda sulla qualificazione OG11, siccome riconducibile alla cessione di singoli cespiti di funzioni e valore marginale rispetto al compendio posseduto, prospettazione avallata dalla conferma della qualificazione avvenuta con il rilascio di una nuova attestazione SOA, a seguito di verifica triennale, successivamente confermata anche dall'ANAC a mezzo del procedimento ex art 40, comma 9 ter del dlgs 163/2006 al cui esito si deliberava di non procedere ad alcuna integrazione delle annotazioni presenti sul casellario informatico di cui all'art. 8 del D.P.R. n. 207/2010 validando la conclusione del possesso in capo alla aggiudicataria del requisito di qualificazione, senza soluzione di continuità, ed escludendo pertanto che il negozio di cessione potesse comportare soluzione di continuità nel possesso del requisito di qualificazione.

Il Consiglio di Stato, adito per la riforma della sentenza di prime cure, registrando la presenza di contrapposti orientamenti giurisprudenziali, richiamati anche nel pronunciamento del TAR, ha rimesso alla Adunanza Plenaria la questione degli effetti della cessione del ramo di azienda intervenuto nelle more della gara, sul possesso dell'attestazione SOA richiesta ai fini della partecipazione e quella connessa degli effetti *ex nunc* o *ex tunc* della verifica di validità triennale della SOA intervenuta dopo la cessione.

In materia possono richiamarsi diversi orientamenti di cui l'ordinanza di rimessione da puntualmente atto:

a) Secondo Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 811, n. 812 e n. 813 (in precedenza negli stessi termini sez. III, 12 novembre 2014, n. 5573 e 7 maggio 2015, n. 2296), 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. Secondo questo orientamento 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, stante l'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, del DPR n. 207/2010.

b) Per Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2016, n. 4347 e n. 4348, invece, è 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, deve riconnettersi 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.

c) Infine, per Cons. Stato, sez. III, 9 gennaio 2017, n. 30 *"occorre escludere in linea di principio a danno del cedente qualsiasi automatismo decadenziale conseguente alla cessione d'azienda, intendendosi con ciò affermare che occorre aver riguardo alla causa in concreto del negozio di cessione e al sottostante regolamento di interessi voluto dalle parti, in tutta la sua ampiezza, complessità e particolarità, per determinare se la cessione dei beni aziendali comporti, o meno, la perdita dei requisiti di cui alle attestazioni SOA in capo alla cedente"* (*idem*, sez. V, n. 5706 del 17 dicembre 2015).

II.- Con l'ordinanza di rimessione la III sezione prende posizione a favore della tesi accolta dalla V sezione valorizzando anche il dato testuale dell'art. 76, comma 11, del d.P.R. n. 207/2010 alla luce del quale se il cessionario non acquista automaticamente la qualificazione, deve potersi escludere, simmetricamente, che la controparte contrattuale cedente possa automaticamente perderla. Aggiunge che le fattispecie di cessione contemplate dalla disposizione in questione sono solo quelle che implicano il trasferimento di tutte quelle risorse aziendali (considerate dall'art. 79 del DPR n. 207/2010, requisiti d'ordine speciale), le quali, proprio in quanto suscettibili di dar vita ad un nuovo soggetto e di sostanziarne la sua qualificazione, presuppongono che il cessionario se ne sia definitivamente spogliato. Non vi rientrano, invece, le diverse fattispecie di cessione di parti del compendio aziendale, le quali, ancorché qualificate dalle parti come trasferimento di "rami aziendali", si riferiscono, in concreto, a porzioni prive di autonomia funzionale e risultano pertanto inadeguate a consentire al soggetto cedente di ottenere la qualificazione (per la ammissibilità della cessione del fatturato cfr. Cons. Stato, sez. III, 30 giugno 2016, n. 2952 e 9 gennaio 2017, n. 30).

Quanto infine alla rilevanza, ai fini della conservazione della qualificazione SOA, dell'attestazione successiva con cui l'organismo SOA accerti che, anche in seguito alla

cessione di una parte del compendio aziendale, l'impresa cedente mantenga tutti i prescritti requisiti, la sezione remittente evidenzia il paradosso insito negli indirizzi interpretativi non condivisi di consentire da un lato *"all'impresa che abbia richiesto nei prescritti termini la verifica triennale del proprio attestato SOA di partecipare alle gare indette dopo il triennio, anche se la verifica sia compiuta successivamente, fermo restando che l'efficacia dell'aggiudicazione è subordinata all'esito positivo della verifica stessa"* secondo quanto chiarito da 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), e dall'altro, invece, di vietare la partecipazione alle gare per il sol fatto di avere operato una cessione avente il *nomen iuris* di cessione del ramo d'azienda, persino quando la verifica triennale del proprio attestato SOA concluda, poi, per l'irrilevanza dell'atto ai fini della qualificazione.

Sui mutamenti soggettivi cfr. altresì Cons. Stato, Ad. Plen. n. 8 del 2015 e n. 27 del 2012; sui mutamenti soggettivi a seguito di cessione cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. IV, n. 549 del 2017.

III.- In materia di SOA si segnala per completezza 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:

d) *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;*

e) *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;*

f) *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.*