



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1178 DEL 15 novembre 2017

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata dalla Città Metropolitana di Napoli – Lavori di costruzione della “Cittadella Scolastica” nel Comune di Pomigliano d’Arco (NA) – Importo a base di gara: euro 17.657.038,35 - S.A. Città Metropolitana di Napoli.

PREC 333/17/L

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza singola prot. n. 83075 del 20 giugno 2017, e relativa memoria, la S.A. Città Metropolitana di Napoli rappresenta che in data 21 ottobre 2016 si addiveniva all’aggiudicazione provvisoria della gara in oggetto, iniziata nel 2013 e poi rimasta sospesa per problematiche di bilancio legate alla trasformazione della Provincia in Città Metropolitana, a favore della ditta IES S.r.l., affittuaria in corso di gara del ramo d’azienda della concorrente CO.R.I.S. S.r.l..

La S.A. riferisce che la seconda classificata ITERGA S.p.a. sollevava tuttavia la questione della perdita di continuità nel possesso dei requisiti speciali in capo all’aggiudicatario, in quanto risultava la decadenza della concorrente CO.R.I.S. S.r.l. dalla attestazione SOA il 30 dicembre 2013, data di sottoscrizione del contratto d’affitto del ramo d’azienda con la IES S.r.l., mentre quest’ultima acquisiva l’attestazione SOA per la prima volta solamente in data 7 febbraio 2014.

La S.A. chiede pertanto se, in applicazione dell’art. 51 d.lgs. 163/2006, la verifica operata dalla SOA sul possesso dei requisiti dell’affittuaria, valga a saldarne retroattivamente gli effetti.

A seguito dell’avvio del procedimento, pervenivano, in data 31 ottobre 2017 prot. 122819 e in data 2 novembre 2017 prot. 122932, distinte memorie da parte della ITERGA S.p.a. e della IES S.r.l., con le quali entrambe non ritenevano di aderire all’istanza proposta dalla S.A.. Il presente parere riveste pertanto carattere non vincolante ai sensi dell’art. 3 del Regolamento che disciplina il procedimento per il rilascio dei pareri di precontenzioso ai sensi dell’art. 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, approvato il 5 ottobre 2016.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Nella propria memoria ITERGA S.p.a. ribadiva che la IES S.r.l., avendo conseguito l'attestazione SOA solamente in data 7 febbraio 2014, restava priva dei requisiti di partecipazione nel periodo di tempo intercorrente fra la data di stipula del contratto di affitto e l'acquisizione della certificazione SOA.

La IES S.r.l. richiamava la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3 del 3 luglio 2017 per affermare che «gli atti di accertamento degli organismi di attestazione hanno intrinseca valenza retroattiva perché dichiarano una realtà giuridica preesistente e postulare l'efficacia ex nunc della verifica positiva darebbe luogo al paradosso di ritenere che l'attestazione, pur valida, non sia utile a conservare senza soluzione di continuità la qualificazione», principi che, sebbene dettati con specifico riferimento alle sorti dell'attestazione di qualificazione del cedente, secondo la IES S.r.l. «per loro natura generale valgono, certamente e specularmente, anche per la qualificazione dell'impresa cessionaria (o affittuaria) del ramo d'azienda».

Ritenuto in diritto

La questione oggetto dell'istanza di parere riguarda la possibilità di attribuire effetti retroattivi all'accertamento, da parte della SOA, dei requisiti di qualificazione in capo alla ditta affittuaria a seguito di contratto d'affitto di ramo d'azienda stipulato con un concorrente, con conseguente subentro in corso di gara dell'affittuario senza soluzione di continuità nel possesso dei requisiti.

Di recente, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (decisione n. 3 del 3 luglio 2017), citata dalla IES S.r.l., ha esaminato approfonditamente la questione se, in caso di cessione di ramo d'azienda, questa comporti sempre il venir meno della qualificazione in capo al cedente. La citata pronuncia ha stabilito, con ampia argomentazione, 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», ed ha anche concluso nel senso che «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».

Come anche rilevato dalla stessa IES S.r.l., tuttavia, con tale decisione ci si riferiva espressamente alla problematica degli effetti della cessione sulla qualificazione del cedente, con particolare riferimento all'ipotesi in cui detta cessione non determini la perdita dei requisiti di qualificazione. Nel caso sottoposto all'attenzione dell'Autorità, viceversa, la questione riguarda gli effetti della cessione sulla qualificazione del cessionario (in particolare affittuario di ramo d'azienda



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

comprensivo delle qualificazioni SOA), laddove il cedente, concorrente in una gara in corso, abbia perduto i requisiti di qualificazione.

In proposito, il Manuale sull'attività di qualificazione (V. Comunicato del Presidente del 16 ottobre 2014) ha specificato che «la cessione non comporta un automatico trasferimento di questi requisiti (né delle attestazioni relative) dalla cedente alla cessionaria, in quanto affinché quest'ultima possa avvalersi della cessione ai fini della propria qualificazione devono sussistere i seguenti elementi:

- La volontà della cessionaria, che si manifesta attraverso la stipula apposito contratto di qualificazione con la SOA.
- L'accertamento, da parte della SOA investita dell'attività di qualificazione, della sussistenza di tutti gli elementi necessari al rilascio di una nuova attestazione».

A tal fine, il Manuale rammenta che, a seguito della propedeutica valutazione dell'operazione in termini di trasferimento aziendale, la SOA dovrà procedere, oltre che alla verifica dei requisiti di carattere speciale acquisiti dall'impresa dante causa, anche alla verifica della sussistenza dei requisiti di carattere generale in capo all'impresa avente causa.

Tale verifica comporta necessariamente che la nuova attestazione acquisti efficacia solamente dopo l'effettuazione di tutti i menzionati controlli, come già sottolineato dall'Autorità con Parere sulla Normativa AG 86/2015/AP del 2 dicembre 2015.

Il citato Parere, nel richiamare l'art. 76 del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, evidenziava che «la possibilità prevista dall'art. 76, comma 9, per gli operatori economici che acquistano un'azienda o un suo ramo da altro soggetto, di utilizzare per la qualificazione i requisiti posseduti dalle imprese danti causa, è concessa anche all'affittuario di azienda nei casi in cui il relativo contratto abbia una durata non inferiore a tre anni.»

L'Autorità sottolineava che «l'operazione comportante la fusione o il trasferimento di azienda o di un suo ramo non determina, a sua volta, il trasferimento automatico, all'impresa cessionaria, dell'attestato di qualificazione di cui è titolare l'impresa cedente, quanto, piuttosto, la facoltà per la cessionaria di avvalersi, per la qualificazione, dei requisiti posseduti dall'impresa cedente».

Nel Parere citato si evidenziava infatti la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, 16 gennaio 2015, n. 70) secondo la quale, in caso di cessione di ramo o di azienda, l'impresa interessata deve richiedere alla SOA una nuova attestazione, e la SOA è chiamata ad instaurare un nuovo procedimento di valutazione dei requisiti oggetto di trasferimento, che si conclude, sussistendone le condizioni, con il rilascio alla cedente della nuova attestazione di qualificazione. Pertanto, «né il cedente né il cessionario possono valersi della attestazione di qualificazione posseduta dall'azienda ceduta, pur potendo richiederne una nuova alla società di attestazione. La nuova



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

attestazione avrà però efficacia solo dopo il suo rilascio, vale a dire dopo che sono stati effettuati tutti i controlli del caso, lasciando l'azienda cessionaria, durante il periodo che intercorre tra l'incorporazione del ramo e l'ottenimento della nuova attestazione SOA, priva dell'attestato di qualificazione. Ciò in quanto, in caso di operazioni societarie come la cessione d'azienda o di ramo, si verifica una "soluzione di continuità" nel possesso dell'attestato di qualificazione e non sussiste, tra le società interessate, una "continuità dei rapporti giuridici" o "una continuità tra precedente e nuova gestione"; in tali casi l'impresa cessionaria non può usufruire dell'attestato di qualificazione della cedente e quest'ultimo va ridimensionato e parametrato agli effettivi requisiti posseduti».

La conclusione era nel senso che «la specificità del procedimento di rilascio dell'attestato di qualificazione impedisce il trasferimento automatico dell'attestato SOA dalla cedente alla cessionaria, non sussistendo in tali casi una continuità di rapporti giuridici tra le predette imprese e, dunque, una continuità nel possesso del predetto titolo. Determinante al fine di escludere qualsiasi continuità tra i soggetti giuridici coinvolti è, infatti, il necessario vaglio della SOA, che deve accertare quali requisiti sono stati trasferiti al cessionario».

Né sembra potersi richiamare la ulteriore giurisprudenza citata dalla IES S.r.l., in quanto il Tar Campania (sent. n. 5542 del 30 novembre 2016) si riferisce in particolare a un'ipotesi di fusione per incorporazione e richiama l'indirizzo espresso dalla Corte di Cassazione e dalla giurisprudenza amministrativa che risolve la fusione in una «vicenda non estintiva ma evolutivo – modificativa, che comporta un mutamento formale di un'organizzazione societaria già esistente e non la creazione di un nuovo ente. Il corollario di tale ragionamento è che la fusione per incorporazione, implicando la sostanziale identità dell'operatore economico societario, comporta il trasferimento dei requisiti speciali di qualificazione dalla società incorporata alla società incorporante». In tal caso, «la verifica operata, sia pure ex post, dalla società di attestazione, è in grado di saldare retroattivamente gli effetti di accertamento del requisito speciale di qualificazione, per come intrinsecamente connesso al complesso aziendale incorporato, al momento dell'intervenuta modifica soggettiva».

La pronuncia richiamata del Consiglio di Stato (sent. n. 773 del 25 febbraio 2016) si riferisce invece espressamente a un caso di scissione aziendale e di decadenza dall'attestazione, con contestuale ottenimento della stessa in capo alla società risultante dalla scissione.

Nel caso di specie, invece, emerge che l'affitto del ramo d'azienda stipulato fra la CO.R.I.S. S.r.l. e la IES S.r.l. (contratto del 30 dicembre 2013) riguarda "edilizia, impiantistica generale, impiantistica elettrica e meccanica riconducibili alle categorie SOA OG1 – OG11 – OS28 – OS30", che "l'affittuaria intende avvalersi dei requisiti economici, finanziari e tecnico-



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

organizzativi dell'impresa concedente per il conseguimento della qualificazione SOA" e che "la società concedente acconsente quindi all'utilizzo da parte dell'affittuaria dei requisiti ai fini SOA nella misura integrale del 100% degli stessi". Emerge altresì che la SOA rilasciava l'attestazione all'impresa IES S.r.l. in data 7 febbraio 2014 e che in data 28 febbraio 2014 la CO.R.I.S. S.r.l. risultava fallita.

Dal quadro sopra delineato, è possibile affermare, in analogia con il richiamato Parere sulla Normativa AG 86/2015/AP, che nel caso di specie si verificava soluzione di continuità nel possesso dell'attestato di qualificazione, e pertanto l'azienda cessionaria, durante il periodo tra l'affitto del ramo d'azienda e l'ottenimento della nuova attestazione SOA, era priva dell'attestato di qualificazione.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- l'azienda affittuaria del ramo d'azienda era priva dell'attestato di qualificazione nel periodo fra l'affitto del ramo d'azienda e l'ottenimento della nuova attestazione SOA.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 4 dicembre 2017
Il Segretario Maria Esposito