



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Finmeccanica s.p.a.

02/12/2015

Oggetto: AG 86/2015/AP- riorganizzazione societaria – necessità della perizia giurata ai fini della qualificazione e possibilità di partecipare alle gare d'appalto nelle more del rilascio del nuovo attestato – richiesta di parere.

In esito a quanto richiesto con nota acquisita al prot. n. 132367 del 13 ottobre 2015, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 2 dicembre 2015, ha approvato le seguenti considerazioni.

Con riguardo al primo quesito relativo alla necessità di acquisire, ai fini della qualificazione, la perizia giurata prevista nell'art. 76, comma 10, d.p.r. 207/2010 anche per le operazioni di riorganizzazione societaria previste nel comma 9, della stessa disposizione regolamentare, si evidenzia che il "Manuale sulla qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro" estende gli adempimenti previsti nel comma 10 dell'art. 76 reg. anche alle fattispecie indicate nel comma 9.

Ci si riferisce, in particolare, alla Parte II («Attività di attestazione»), Capitolo IV («qualificazione mediante utilizzo dei requisiti rinvenienti da trasferimenti aziendali») che, nel fornire indicazioni ai fini del rilascio dell'attestato di qualificazione alle imprese che si avvalgono della facoltà di cui all'art. 76, comma 9, d.p.r. 207/2010, precisa che tali indicazioni riguardano *«l'impresa cessionaria (o conferitaria, locataria, oggetto di fusione o di cessione, ecc.) qualora voglia avvalersi ai fini della propria qualificazione dei requisiti dell'impresa cedente (o conferente, locatrice, ecc.) l'azienda o il ramo d'azienda...»*; tale impresa deve presentare alla SOA, con la quale stipula un contratto di attestazione, (anche) la *«perizia giurata redatta da un soggetto nominato dal Tribunale competente per territorio, nel rispetto delle linee guida fornite dall'Autorità in allegato (all. 2)»*.

Deriva da quanto sopra che le SOA devono acquisire la perizia giurata per tutte le operazioni rispetto alle quali possa configurarsi una vicenda riconducibile ad un *trasferimento di azienda*.

Conduce a tale considerazione un'interpretazione logico – sistematica delle disposizioni regolamentari di cui ai commi 9 e 10 dell'art. 76 del d.p.r. 207/2010 con l'intera disciplina in tema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici.

Ai sensi del comma 9, infatti, *«in caso di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento di azienda o di un suo ramo, il nuovo soggetto può avvalersi per la qualificazione dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine. Nel caso di affitto di azienda l'affittuario può avvalersi dei requisiti posseduti dall'impresa locatrice se il contratto di affitto abbia durata non inferiore a tre anni»*. Il successivo comma 10 dispone, a sua volta, che *«nel caso di cessione del*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

complesso aziendale o del suo ramo, il soggetto richiedente l'attestazione presenta alla SOA *perizia giurata* redatta da un soggetto nominato dal tribunale competente per territorio».

Nell'ambito delle fattispecie contemplate in tali disposizioni regolamentari rileva, dunque, il perfezionamento del “*trasferimento di azienda*”, in ordine al quale può richiamarsi la definizione contenuta nell'art. 2112 c.c.; ai sensi di tale disposizione in fatti «Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda...».

Il *trasferimento di azienda* è configurabile, oltre che nei casi indicati nel comma 10 dell'art. 76, reg. (cessione del complesso aziendale o del suo ramo), in *tutte* le vicende societarie straordinarie che determinano tale trasferimento, inclusi i casi contemplati nel comma 9, dunque, in generale i casi di fusione tra società, di conferimento di azienda e di affitto di azienda che abbia una durata non inferiore a tre anni (come peraltro può evincersi dalle disposizioni degli artt. 51 e 116 del d.lgs. 163/2006 che, ancorché riferite ad operazioni societarie rilevanti ai fini della partecipazione alla gara d'appalto ed all'esecuzione del contratto, fanno riferimento, assimilandole, alle operazioni di cessione, affitto d'azienda o di un suo ramo, fusione, scissione).

In *tutti* i casi sopra indicati, in sede di qualificazione, le SOA sono tenute a verificare che si sia verificato *l'effettivo* trasferimento del complesso aziendale comportante il passaggio dei requisiti speciali; tale trasferimento deve essere suffragato dalla perizia giurata prevista dal comma 10, posto che in *tutti* i predetti casi sussistono le medesime esigenze di verifica/accertamento del passaggio, con l'azienda, dei requisiti speciali necessari per la qualificazione.

La perizia giurata, da redigere secondo le indicazioni contenute nel Manuale, ai fini della compiuta valutazione da parte della SOA delle condizioni legittimanti il trasferimento dei requisiti di qualificazione nell'ambito delle operazioni di trasferimento aziendale, costituisce l'unico documento a tal fine idoneo, non potendo lo stesso essere sostituito dai documenti previsti, per le fattispecie in esame, dalle correlate disposizioni del codice civile (artt. 2343, 2465, 2501-*quater* e ss., 2506-*bis* ss. c.c.). Tali documenti, presentano infatti contenuti e finalità differenti rispetto alla perizia giurata ed inoltre, taluni di essi non sono obbligatori (come la situazione patrimoniale e le relazioni previste nell'ambito delle operazioni di fusione e scissione, nel caso in cui i soci e i possessori di altri strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto delle società partecipanti all'operazione vi rinuncino all'unanimità).

Si tratta, quindi, di documenti *non idonei* a svolgere la funzione richiesta dalla disciplina in esame ai fini del rilascio dell'attestato di qualificazione, perché non contemplanti tutte le informazioni ed i dati espressamente previsti nel Manuale in relazione alla perizia giurata (All. 2, pag. 253).

Si conferma quindi che le SOA devono acquisire la perizia giurata per *tutte le operazioni rispetto alle quali possa configurarsi una vicenda riconducibile ad un trasferimento di azienda*.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Tale conclusione appare conforme al dato normativo di riferimento ed alla *ratio* della disciplina in tema di qualificazione, tesa – tra l'altro – a garantire che a seguito delle operazioni in parola, si realizzi effettivamente il passaggio dall'impresa cedente alla cessionaria, dei requisiti di qualificazione imputati al ramo o all'azienda ceduta.

Dalle considerazioni che precedono deriva, dunque, che nel caso sottoposto all'attenzione dell'Autorità da Finmeccanica s.p.a., tale società è tenuta ad acquisire, ai fini del rilascio dell'attestato di qualificazione conseguente alle operazioni societarie indicate in premessa, anche la perizia giurata.

Tali conclusioni consentono, quindi, di esaminare il secondo quesito formulato dalla predetta società, in ordine alle modalità con le quali la stessa può partecipare alle procedure di gara indette nelle more del “trasferimento” delle attestazioni a favore di Finmeccanica s.p.a., per la partecipazione alle quali sia necessario il possesso delle qualificazioni attualmente in capo alle società del gruppo interessate dal riassetto societario in parola.

A tal riguardo, si richiama in via preliminare l'art. 76, comma 11, del d.p.r. 207/2010, a tenore del quale «ai fini dell'attestazione di un nuovo soggetto, nell'ipotesi in cui lo stesso utilizzi l'istituto della cessione del complesso aziendale o di un suo ramo, le SOA *accertano quali requisiti di cui all'articolo 79 sono trasferiti al cessionario con l'atto di cessione*. Nel caso in cui l'impresa cedente ricorra alla cessione del complesso aziendale o di un suo ramo, la stessa può richiedere alla SOA una nuova attestazione, riferita ai requisiti oggetto di trasferimento, esclusivamente sulla base dei requisiti acquisiti successivamente alla cessione del complesso aziendale o del suo ramo».

Come chiarito nel Manuale SOA, la possibilità prevista dall'art. 76, comma 9, reg. 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'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. L'esistenza di un contratto di cessione o fusione, pertanto, non ha alcun effetto automatico sull'efficacia o validità delle attestazioni già emesse ed in corso di validità, né ne produce *ex abrupto* di nuove, in quanto a tal fine *risulta indispensabile l'intervento delle SOA*, deputate al rilascio di una nuova attestazione e al ridimensionamento o alla revoca dell'attestazione della cedente (come previsto dall'art. 76, co.11 reg.).

Prima del rilascio della nuova attestazione *all'impresa cessionaria* (o conferitaria, locataria, oggetto di fusione o di scissione, ecc.) – qualora la stessa voglia avvalersi ai fini della propria qualificazione dei requisiti dell'impresa cedente (o conferente, locatrice, ecc.) - la SOA verifica che sia stata corrispondentemente ridimensionata o revocata o, comunque, verificata e confermata, l'attestazione della cedente con riferimento ai requisiti oggetto di cessione. Ciò in quanto – evidenzia il Manuale - le *imprese cedenti* (o conferenti, locatrici, ecc.), a partire dalla data di stipula dell'atto con l'impresa cessionaria (o conferitaria, locataria, oggetto di fusione o di scissione, ecc.),



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

non possono partecipare, nel caso di cessione di azienda (conferimento, fusione, ecc.), agli appalti ed alle concessioni di lavori pubblici di qualsiasi importo e categoria e, nel caso di cessione di ramo di azienda, agli appalti e concessione di lavori pubblici che prevedano la categoria o le categorie cui si riferisce il ramo di azienda ceduto. Ed infatti, ai sensi del secondo periodo del comma 11 dell'art. 76, l'impresa cedente che ricorra alla cessione del complesso aziendale o di un suo ramo, può richiedere alla SOA una nuova attestazione, riferita ai requisiti oggetto di trasferimento, sulla base dei requisiti acquisiti successivamente alla cessione del complesso aziendale o del suo ramo.

Alla luce di quanto sopra, appare evidente che nel caso in cui sia configurabile un trasferimento di azienda, nel senso sopra indicato, ai fini della qualificazione della cessionaria (e eventualmente della cedente), deve farsi riferimento alla disciplina dell'art. 76, comma 9 del Regolamento ed al procedimento elaborato dall'Autorità con il predetto Manuale. Qualora tale procedimento non sia stato completato con successo, la SOA effettua la relativa segnalazione all'Autorità (anche ai sensi dell'art. 71 d.p.r. 207/2010); diversamente la SOA rilascia una nuova attestazione.

Le indicazioni contenute nel Manuale in ordine alle operazioni societarie in parola, trovano conferma anche nella giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato n. 70/2015) a tenore della quale dall'art. 76, comma 11, d.p.r. 207/2010 deriva che in caso di cessione di ramo o di azienda, l'impresa interessata deve richiedere alla SOA una nuova attestazione. A seguito di tale richiesta, la SOA instaura un *nuovo procedimento di valutazione dei requisiti* oggetto di trasferimento e di quelli acquisiti successivamente allo stesso, che si conclude, sussistendone le condizioni, con il rilascio alla cedente della *nuova attestazione di qualificazione*. Tale disciplina trova applicazione anche nel caso inverso, nel quale a voler avvalersi dell'attestazione di qualificazione della cedente sia non la cedente stessa ma la cessionaria; anche in questo caso dovrà essere richiesta una nuova attestazione, che tenga conto dei requisiti maturati dalla cessionaria attraverso l'incorporazione del ramo d'azienda.

Il giudice amministrativo chiarisce, infatti, che «l'attestazione di qualificazione rilasciata da una SOA non è cedibile, dato che viene rilasciata al termine di un procedimento istruttorio diretto ad accertare il possesso dei requisiti previsti dalla legge in capo al solo soggetto giuridico che l'ha richiesta. Tali requisiti possono essere trasmessi ad altra azienda, ma il loro trasferimento implica la cancellazione o quantomeno il ridimensionamento dell'attestazione di qualificazione dell'azienda cedente; nel contempo il cessionario, ossia il soggetto destinatario dei requisiti, viene onerato a richiedere "ex novo" una propria attestazione SOA. Di conseguenza, nel caso di cessione di ramo d'azienda, *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 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 (si afferma nella stessa decisione) 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



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

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.

Da quanto sopra deriva, quindi, 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.

In coerenza con tale assunto, è da escludere l’estensione – nei casi in esame – dell’orientamento formatosi in ordine all’istituto della verifica triennale, secondo cui deve essere consentita l’ultravigenza dell’attestato di qualificazione scaduto, nel caso in cui l’impresa abbia presentato tempestivamente la domanda di rinnovo o verifica (rispettivamente almeno 90 e 60 giorni prima della scadenza) (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 18 luglio 2012, n. 27; Autorità pareri prec. n. 129/2014, n. 43/2014 in tema di revisione triennale). Tale possibilità presuppone, infatti, una continuità soggettiva tra le attestazioni che, nel caso in esame, come già osservato, è esclusa dal necessario accertamento della SOA e dal successivo rilascio del nuovo attestato.

Le stesse motivazioni conducono a ritenere non condivisibili le considerazioni espresse dalla società istante in ordine alla possibilità per il soggetto divenuto possessore dei requisiti, di partecipare alle gare d’appalto, nelle more del procedimento del rilascio del nuovo attestato, sulla base delle attestazioni dell’impresa incorporata per fusione o scissione. Il richiedente sottolinea al riguardo che la Circolare del Ministero LLPP n. 382/1985 prevedeva una simile possibilità ed inoltre gli articoli 51 e 116 del d.lgs. 163/2006 teorizzano la continuità del subentrante nella posizione contrattuale del cedente.

A tal riguardo sembra sufficiente sottolineare che il quadro normativo e regolamentare attualmente in vigore, come illustrato nel Manuale, non consente una simile possibilità, stante il chiaro disposto dell’art. 76, comma 11, del d.p.r. 207/2010, sopra richiamato, secondo il quale l’esistenza di un contratto di cessione o fusione non ha alcun effetto automatico sull’efficacia o validità delle attestazioni già emesse ed in corso di validità, né ne produce *ex abrupto* di nuove, in quanto *a tal fine risulta indispensabile l’intervento delle SOA*, volto al rilascio di nuova attestazione ed al ridimensionamento o revoca dell’attestazione della cedente.

Alla luce di quanto sopra e con riferimento alla richiesta di parere formulata da codesta società, si osserva conclusivamente che la stessa è tenuta ad acquisire, ai fini del rilascio dell’attestato di qualificazione conseguente alle operazioni societarie indicate in premessa, (anche) la perizia giurata, prevista dall’art. 76, comma 10 del d.p.r. 207/2010.

Ai sensi del comma 11 dello stesso art. 76, le operazioni comportanti la fusione o il trasferimento di azienda o di un suo ramo, non determinano il trasferimento automatico, all’impresa cessionaria, dell’attestato di qualificazione di cui è titolare l’impresa cedente, ma solo la facoltà per



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

la cessionaria di avvalersi, ai fini della qualificazione, dei requisiti posseduti dall'impresa cedente. Pertanto, la possibilità di partecipare alle gare d'appalto, per le imprese interessate dalle predette operazioni societarie, consegue esclusivamente al rilascio del nuovo attestato di qualificazione in capo alla cessionaria ed al ridimensionamento/revoca degli attestati delle imprese cedenti.

Raffaele Cantone