

6 novembre 2008

Oggetto : di ramo di azienda ex art. 116 D. Lgs. n. 163/06 relativo al servizio di pulizia.

In esito a quanto richiesto con note nn. proc. 20070001344/SAC del 30.08.08 e 17.10.2008, si comunica che il Consiglio nell'adunanza del 5-6 novembre 2008 ha approvato le seguenti considerazioni.

1. Quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento .

L'art. 51 del codice disciplina le vicende soggettive del candidato, dell'offerente e dell'aggiudicatario, in particolare la cessione, l'affitto dell'azienda o di un ramo d'azienda, ovvero la trasformazione, fusione o scissione della società candidata, offerente o aggiudicataria.

L'art. 116 del codice dei contratti pubblici disciplina le vicende soggettive dell'esecutore del contratto, in particolare il trasferimento della posizione del contraente a seguito di cessione di azienda, ovvero di trasformazione, fusione o scissione della società esecutrice.

Dunque, la prima fattispecie afferisce alle vicende modificative soggettive fino alla stipulazione del contratto (art. 51), l'altra (art. 116) riguarda la fase esecutiva, successiva alla stipulazione del contratto.

Una fattispecie particolare è costituita dall'ipotesi di esecuzione anticipata dell'appalto in caso di urgenza ex art. 11, comma 13, del codice: in proposito, si è ritenuto che, in caso di vicende modificative soggettive, debba trovare applicazione l'art. 116 del codice anche in assenza di formale stipulazione del contratto.

La questione prospettata dall'istante trova inquadramento giuridico nell'art. 116 citato, trattandosi di subentro di un nuovo soggetto a seguito di cessione di ramo d'azienda in corso di esecuzione del contratto d'appalto dei servizi di pulizia.

L'art. 116 del codice dei contratti ha sostanzialmente ripreso la disciplina dettata dagli artt. 35 e 36 della legge n. 109 del 1994, estendendo l'efficacia della previsione anche agli appalti di servizi e di forniture.

Gli articoli 1406 -disciplinante la cessione del contratto- e 2558 -disciplinante la successione nel contratto di azienda- del codice civile costituiscono la normativa di riferimento per la disciplina di diritto comune: secondo detta ultima previsione, in particolare, "l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale", sancendo dunque, salvo patto contrario, una sorta di subentro automatico dell'impresa cessionaria nel contratto con l'eccezione dei contratti stipulati "intuitu personae".

Anteriormente alla disciplina dettata dalla legge n. 109 del 1994, le vicende modificative dell'assetto organizzativo-aziendale dell'appaltatore che si fossero verificate in pendenza dell'esecuzione del contratto di appalto non erano espressamente disciplinate.

Occorre, sul punto, evidenziare che l'art. 18, comma 2, della legge n. 55 del 1990, recante "Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale" sanciva il divieto generale di cessione del contratto, con sanzione espressa di nullità per la violazione dello stesso.

In merito alla disciplina applicabile alle vicende soggettive modificative, il Consiglio di Stato (Sez. II, parere 3 febbraio 1993, n. 53) ha ritenuto che, nella ricostruzione dei rapporti tra art. 1406, l'art. 2558, del codice civile e l'art. 18 della legge n. 55 del 1990, il contratto di appalto di lavori pubblici, stante la natura personale dello stesso, non poteva essere fatto rientrare, ai sensi dell'art. 2558 citato, nel novero dei negozi acquisibili dall'impresa cessionaria unitamente all'azienda.

Come sopra accennato, la legge n. 109 del 1994 ha dettato ex artt. 35 e 36 una disciplina che ha temperato il predetto divieto, consentendo alle imprese esecutrici di opere pubbliche, al ricorrere delle condizioni ivi previste e previa necessaria valutazione dei requisiti di carattere soggettivo ed oggettivo in capo al subentrante, la cessione d'azienda, gli atti di trasformazione, fusione e scissione, nonché il trasferimento e l'affitto d'azienda.

Anche a seguito di detta modifica normativa, un orientamento giurisprudenziale più restrittivo -con particolare riferimento alle questioni relative all'applicabilità di detta disciplina anche agli appalti di forniture e servizi ed alle variazioni intervenute nel corso della gara- ha sostenuto il principio generale di immodificabilità del contraente pubblico, ai sensi dell'art. 18, co. 2, legge n. 55 del 1990, in deroga alle norme di diritto comune di cui agli artt. 1406 e 2558 del codice civile (si cfr. parere Consiglio di Stato, sez. III, 5 luglio 1994, n. 649; Sez. V, sentenza 13 maggio 1995, n. 761; Sez. IV, sentenza 11 febbraio 1999, n. 150).

Successivamente, la giurisprudenza prevalente ha ritenuto che l'art. 35 citato della legge n. 109 del 1994 ha valenza di carattere generale alla stessa stregua del principio di tendenziale immodificabilità dell'appaltatore, consentendo, quindi, l'applicazione estensiva o analogica alle vicende soggettive modificative riguardanti gli appalti di servizi e forniture (Sez. V, sentenza 20 maggio 2002, n. 2718; Sez. V, 26 aprile 2005, n. 1873).

Il codice dei contratti pubblici ha definitivamente operato un coordinamento e chiarito il rapporto tra i due principi, riaffermando per un verso il divieto di cessione del contratto ex art. 118, comma 1, facendo al contempo espressamente salva la disciplina sulle modificazioni soggettive dell'appaltatore- esecutore del contratto ex art. 116 del codice stesso.

2. L'art. 116 del codice dei contratti .

2.1 Le fattispecie negoziali relative alle vicende soggettive dell'esecutore del contratto: la cessione del ramo d'azienda.

Per espressa previsione normativa, le fattispecie che possono dar luogo al subentro di un nuovo soggetto nell'esecuzione del contratto sono la cessione di azienda, la trasformazione, la fusione e la scissione di società (art. 116, comma 1).

Sono da ritenersi esclusi dall'ambito oggettivo di applicazione di detta norma i negozi che non comportano alcuna modificazione dell'esecutore, quali il mutamento della ragione sociale, l'acquisto dell'azienda o di un suo ramo da parte dell'esecutore stesso.

La cessione di ramo di azienda comporta il trasferimento del "complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa", così come l'azienda è definita dall'art. 2555 del codice civile.

Per quanto attiene alla nozione di "ramo d'azienda", questa Autorità, nella vigenza della legge n. 109 del 1994, aveva già avuto modo di rilevare, nella determinazione n. 11 del 5 giugno 2002, che non sussiste una definizione normativa e che la stessa è frutto di elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali.

Al contempo, sono state fissate due condizioni affinché possa ritenersi sussistente il ramo d'azienda: a) l'esercizio di più attività imprenditoriali autonome da parte dell'imprenditore mediante un'unica organizzazione di impresa (risorse, persone, attrezzature); b) l'articolazione dell'organizzazione in sotto-organizzazioni funzionali, corrispondenti alle diverse attività imprenditoriali.

Dunque, si è ritenuto che la cessione del ramo d'azienda -avente ad oggetto beni materiali ed immateriali quali attrezzature, know-how, avviamento, rapporti giuridici- potrà configurarsi solo se il trasferimento ha riguardo alla sotto-organizzazione funzionale nel suo complesso e non anche nell'ipotesi in cui vengano trasferiti gli stessi beni, ma considerati singolarmente.

Anche in dottrina e in giurisprudenza è stato rilevato che l'oggetto della cessione deve essere tale da comprendere il trasferimento del complesso di beni, persone e "know-how" in grado di consentire effettivamente l'esercizio dell'impresa da parte del cessionario; ciò al fine di non consentire, da parte delle stazioni appaltanti, l'elusione del divieto di cessione del contratto ex art. 118, co. 1 del codice per il tramite di accurate verifiche circa il ricorrere delle condizioni previste per la cessione del ramo d'azienda.

In particolare, si evidenzia che in giurisprudenza è stata dichiarata la nullità del contratto di cessione di ramo d'azienda in quanto l'oggetto dello stesso era costituito non già da un complesso di beni e di persone organizzato e dotato di autonomia produttiva, ma soltanto "l'avviamento inteso come attitudine, rectius, capacità a stipulare contratti di appalto nel ramo di cui alla qualificazione SOA" posseduta dalla cedente e i relativi "contratti di appalto" già stipulati (si cfr. in tal senso TAR Sicilia, Catania, sez. I, 21 aprile 2005, n. 706).

Occorre, in ultimo, rilevare, quale notazione di carattere sistematico, che l'art. 116 del codice dei contratti non prevede espressamente la cessione di ramo di azienda ovvero dell'affitto della stessa, così come, invece, previsto dall'art. 51 del codice stesso per la fase anteriore alla stipulazione del contratto.

Sul punto, si ritiene che, in base alla "ratio" sottesa ad entrambi gli istituti e per esigenza di sistematicità del quadro normativo di riferimento, l'art. 116 trovi applicazione anche in relazione a dette fattispecie negoziali, applicando la stessa disciplina della cessione d'azienda nel suo complesso.

2.2 Condizioni e requisiti per il subentro del nuovo soggetto nella titolarità del contratto ex art. 116 del codice dei contratti, in particolare per servizi e forniture.

Come sopra già anticipato, a differenza della legislazione previgente, con riferimento alla novazione soggettiva dell'esecutore del contratto nei confronti del committente il codice dei contratti ha previsto una disciplina unica per i settori dei lavori, servizi e forniture, estendendo sostanzialmente

le previsioni di cui agli artt. 35 e 36 della legge n. 109/94.

Pertanto, in primo luogo il soggetto subentrante è tenuto 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, co. 1).

Quest'ultimo aspetto è stato oggetto d'esame di questa Autorità che ha evidenziato come l'effettivo possesso dei requisiti di un'impresa è di decisiva importanza per l'esecuzione dei lavori pubblici (determinazione n. 11 del 5 giugno 2002).

In particolare, sulla scorta della previsione di cui all'art. 15 D.P.R. n. 34 del 2000, è stato evidenziato che in caso di cessione di ramo d'azienda, in ambito di lavori pubblici, il nuovo soggetto subentrante ha facoltà di avvalersi dei requisiti posseduti da cedente, da cui discende che la titolarità dei requisiti non è un fatto automatico, ma che la stessa si acquisisce in caso di manifestazione di volontà in tal senso da parte del cessionario e previa verifica della documentazione prodotta da parte della SOA.

Inoltre, si è rilevato che la SOA, per quanto di competenza, dovrà verificare la sussistenza di alcune condizioni, quale l'effettivo perfezionamento e non la mera stipula del contratto di cessione di ramo di azienda, che comprende il complesso di beni organizzati cui afferisce la titolarità dei relativi requisiti, nonché l'accertamento di ciò che le parti hanno effettivamente ceduto e ciò che il cedente ha trattenuto per sé onde stabilire quali siano i requisiti di cui il cessionario può avvalersi e quali altri, invece, persistano in capo al cedente.

Tutto quanto sopra ribadito, quale osservazione di carattere sistematico si rileva che la previsione relativa "al possesso dei requisiti di qualificazione" di cui all'art. 116, co. 1, del codice, non può intendersi riferita alle sole certificazioni SOA, previste dall'art. 40, e, dunque, afferente ai soli lavori, bensì a tutti i requisiti richiesti ai fini dell'ammissione alla gara per l'aggiudicazione dell'appalto sia di ordine generale (art. 38) sia di ordine speciale, quali quelli relativi all'idoneità professionale (art. 39), alla capacità economico-finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi (art. 41) e alla capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi (art. 42).

Ciò per un duplice ordine di argomentazioni: 1) per quanto concerne i lavori, l'art. 35 della legge n. 109 del 1994 prevedeva che l'impresa subentrante dovesse dimostrare il possesso dei requisiti previsti dagli artt. 8 e 9 della legge stessa, dunque oltre ai requisiti di qualificazione anche dei pertinenti requisiti di partecipazione alla gara; 2) l'art. 51 del codice dei contratti, applicabile ai lavori, servizi e forniture, per quanto attiene alle vicende soggettive della fase pre-esecuzione, fa espressamente riferimento ai requisiti di ordine generale, di ordine speciale, nonché degli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 62 del codice stesso.

Dunque, per quanto concerne il quesito in esame ed, in particolare con riferimento al settore dei servizi e delle forniture, pur non essendo applicabile il sistema di qualificazione previsto e disciplinato per i lavori, occorrerà far riferimento agli stessi requisiti di ordine generale e speciale previsti dal bando di gara ed alla relativa documentazione.

Conseguentemente, oltre al certificato della Camera di Commercio -che risulterebbe già acquisito dall'istante Prefettura- in ordine all'idoneità professionale, per quanto attiene alla capacità economico-finanziaria potranno essere richieste delle idonee dichiarazioni bancarie, i bilanci o estratti di bilanci dell'impresa subentrante, le dichiarazioni concernenti il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi e alle forniture nel settore oggetto del contratto, realizzati negli ultimi tre esercizi o altra documentazione ritenuta idonea dalla stazione appaltante qualora il soggetto subentrante non sia in grado di presentare le referenze richieste, così come previsto dall'art. 41 del codice.

Anche per quanto attiene alla capacità tecnica e professionale potrà essere richiesta la documentazione afferente le previsioni di cui all'art. 42 del codice, in conseguenza della tipicità specifica dell'appalto aggiudicato.

Inoltre, si ritiene che, pur in assenza di un'indicazione specifica nell'art. 116, la stazione appaltante debba richiedere anche l'atto di cessione di ramo d'azienda o, nelle ipotesi di trasformazione, fusione o scissione, degli atti che hanno portato alla variazione dell'assetto aziendale dell'esecutore del contratto, in quanto si tratta di documentazione necessaria per accertare se si sia in presenza di un'effettiva cessione del complesso aziendale nei termini e secondo le condizioni sopra delineate.

In ultimo, si rileva che l'art. 116 non prevede un termine entro il quale il soggetto subentrante debba provvedere agli adempimenti previsti; peraltro, si ritiene che il negozio civilistico di cessione d'azienda fino al completamento delle comunicazioni previste, dovrà ritenersi inefficace nei confronti

della stazione appaltante, con la conseguenza che il soggetto esecutore continuerà ad essere l'impresa cedente dante causa.

Invero, è previsto il termine di sessanta giorni successivi all'invio della documentazione da parte del soggetto subentrante entro il quale la stazione appaltante può opporsi al subentro qualora, ai sensi dell'art. 116, co. 2, "in relazione alle comunicazioni non risultino sussistere i requisiti di cui all'art. 10-sexies della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni".

In merito a detta previsione, si ritiene che la stazione appaltante possa opporsi al subentro non solo nell'ipotesi di mancanza dei requisiti previsti dalla legislazione antimafia in capo al soggetto subentrante, ma anche per la mancanza delle qualificazioni previste dall'art. 116, co. 1 che il soggetto subentrante è tenuto ad attestare, nonché degli ulteriori elementi che consentono di soddisfare i requisiti e le condizioni legittimanti il subentro nell'esecuzione del contratto come sopra descritti.