

Appalti pubblici: qualificazione SOA della subentrante in gara

29 Maggio 2015

E' possibile sottoscrivere un contratto di appalto anche quando sia cambiata l'ausiliaria dell'aggiudicatario a seguito di una cessione d'azienda, a patto che la subentrante nel rapporto di avvalimento sia in possesso di idonea attestazione SOA.

Questa è la conclusione cui giunge la Sezione V del Consiglio di Stato che, con la sentenza 16 gennaio 2015, n. 70, ha escluso la sussistenza di un automatismo nella continuità dei rapporti giuridici tra cedente e cessionario o tra precedente e nuova gestione.

La sentenza rappresenta un'occasione per un approfondimento sulla disciplina delle cessioni in corso di gara, secondo il seguente ordine logico:

1. inquadramento normativo,
2. orientamento precedente,
3. trasferimento dei requisiti,
4. soluzione di continuità,
5. eventuali ulteriori verifiche,
6. tempi di attestazione.

1. Inquadramento normativo

Il Codice dei Contratti disciplina l'istituto dell'avvalimento, che prevede, come noto, la possibilità, per un operatore economico di partecipare ad una gara, dimostrando la sussistenza dei requisiti di qualificazione richiesti da una stazione appaltante, attraverso i mezzi e le capacità di un'altra impresa (art. 49, comma 1, del D.lgs. n. 163/2006).

La giurisprudenza ha posto ben pochi limiti all'avvalimento, qualora rispetti le condizioni previste dall'art. 49 del Codice e, per gli appalti di lavori, dall'art. 88, comma 1 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento sui contratti pubblici) che stabilisce l'obbligo di indicare "in modo determinato e specifico" nel contratto di avvalimento le risorse e i mezzi prestati (cfr. Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici nella determinazione n. 2/2012).

Codice e Regolamento nulla prevedono in caso di subentro di un terzo nel contratto di avvalimento, seppure il primo affronta la problematica delle operazioni societarie che coinvolgono l'aggiudicatario/esecutore.

In particolare, il Codice agli artt. 51 e 116, rispettivamente disciplinanti i casi di successione durante la gara (la c.d. fase pubblicistica) e durante l'esecuzione del contratto (la c.d. fase privatistica), si preoccupa di imporre alla stazione appaltante una verifica dell'idoneità del soggetto subentrante, ai fini della stipulazione/esecuzione del contratto di appalto.

In particolare, l'art. 51 consente al cessionario (affittuario, soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione) di un soggetto, a sua volta, candidato o concorrente, di essere ammesso alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, solo "previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante" (cfr. anche la previgente Circolare Ministero LL.PP. n. 382/1985).

A fronte del principio assoluto di immodificabilità soggettiva dei concorrenti, il suddetto articolo ammette il subentro di altro soggetto nella posizione di partecipante ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico, a condizione che la stazione appaltante venga messa a conoscenza della cessione, sì da consentirle le verifiche sull'idoneità soggettiva ed oggettiva del subentrante, tra cui, per i lavori di importo superiore a 150.000 euro, il possesso di una qualificazione SOA coerente con l'esecuzione dell'opera (Cons. St., sez. VI, 6 aprile 2006, n. 1873 e Cons. St., sez. V, 9 giugno 2008, n. 2794).

Nel caso affrontato dalla citata sentenza n. 70/2015, il Consiglio di Stato, superando ogni eventuale dubbio modificabilità dell'ausiliaria a seguito di cessione di ramo, si concentra sulla verifica dell'idoneità del soggetto subentrante.

Al riguardo, si ricorda che nel caso di operazioni societarie, ai fini della qualificazione della cessionaria (e eventualmente della cedente), deve farsi riferimento alla disciplina dell'art. 76, comma 9 del Regolamento e all'articolato procedimento - basato su 4 indicatori - elaborato dall'Autorità nazionale anticorruzione, A.N.AC., con il Manuale sulla qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro (cfr. news del 17 dicembre 2014, del 24 e 29 ottobre 2014).

Qualora tale procedimento non sia stato completato con successo, la SOA lo segnala all'Autorità anche ai sensi dell'art. 71 del Regolamento. Diversamente la

SOA rilascia una nuova attestazione.

2. Orientamento precedente

La questione della possibilità per la stazione appaltante di sottoscrivere il contratto di appalto, nonostante il mutamento dell'ausiliaria del soggetto aggiudicatario, è stata già affrontata in passato dall'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, che ha ritenuto non sostituibile l'impresa della quale il concorrente intende avvalersi (cfr. Deliberazione n. 220 del 28 Giugno 2007).

La posizione dell'Autorità traeva fondamento da quella giurisprudenza, antecedente all'entrata in vigore del codice dei contratti, che aveva escluso la cedibilità dello status di concorrente ad una gara di appalto, perché di natura "personale", per concludere a favore dell'inefficacia dell'eventuale cessione della posizione di ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, e di conseguenza sulla legittimità dell'esclusione dell'impresa ausiliata non più qualificata (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 13 maggio 1995, n. 761).

In tali casi, infatti, secondo l'Autorità, il concorrente neppure avrebbe potuto invocare l'applicazione delle ipotesi derogatorie di cui agli artt. 51 e 116, perché rappresentando ipotesi eccezionali di stretta interpretazione, potevano applicarsi al solo aggiudicatario, non all'ausiliaria.

3. Trasferimento dei requisiti

La Sezione V del Consiglio di Stato ammette la possibilità di cedere la posizione di garante nell'avvalimento, ciò tuttavia non esime la stazione appaltante da un controllo sui requisiti generali e speciali della nuova ausiliaria, beneficiaria dell'operazione societaria.

In particolare, qualora sia prevista la qualificazione SOA, lo stesso Consiglio ribadisce che l'attestato non è cedibile, dato che viene rilasciato 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 (cfr. anche TAR Lazio, Sentenza, Sez. III, 24/03/2015, n. 4531).

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, nonché la qualificazione della cessionaria.

L'esistenza di un contratto di cessione o fusione non ha alcun effetto automatico

sulla qualificazione, ma a tal fine risulta indispensabile l'intervento della SOA, che è il soggetto, titolare di una funzione pubblicistica, deputato al rilascio di nuova attestazione al cessionario, sulla base dei requisiti che sono stati trasferiti al cessionario con l'atto di cessione (art. 76, comma 11, del D.P.R. n. 207/2010).

In tal caso, la cedente può ottenere dalla SOA di riferimento una nuova attestazione di qualificazione sulla base dei restanti requisiti e di quelli nel frattempo maturati, o la semplice cancellazione dell'attestazione, che perde comunque efficacia dalla data di stipulazione dell'atto di cessione.

La necessità di aprire una nuova procedura di attestazione comporta che, nel caso in cui l'impresa cessionaria non sia già qualificata, sussiste un arco temporale in cui entrambi i soggetti interessati dalla cessione rimangono privi di qualificazione.

Identica problematica nasce in caso di affitto (che da Regolamento non deve avere durata inferiore a 3 anni), conferimento, fusione e incorporazione di azienda o di un suo ramo, perché anche in questi casi non avviene alcun trasferimento dell'attestazione SOA.

E', invece, impossibile avvalersi, ai fini della qualificazione, dei requisiti dell'impresa comodante (cfr. Manuale SOA su art. 76, comma 9, D.P.R. 207/2010).

4. Soluzione di continuità

A fronte della disciplina sopra illustrata, il Consiglio di Stato superando qualsiasi dubbio sulla modificabilità soggettiva dell'ausiliaria, chiarisce gli effetti della discontinuità nella qualificazione sull'aggiudicazione.

Nel caso in esame, infatti, l'impresa aggiudicataria era priva di idonea qualificazione, poiché l'ausiliaria/cessionaria - date alla mano - aveva conseguito la qualificazione tardivamente, ossia in data successiva all'aggiudicazione stessa.

Al riguardo, sussiste un ben preciso orientamento secondo cui, in applicazione del principio del favor participationis, cioè del principio volto a favorire la più ampia partecipazione nei procedimenti di evidenza pubblica, deve essere consentita l'ultravigenza della SOA scaduta all'impresa che ha presentato tempestivamente la domanda di rinnovo o verifica, ossia rispettivamente almeno 90 e 60 giorni prima della scadenza (cfr. Parere A.V.C.P. n.16 del 30/01/2014 e Consiglio Di Stato, Adunanza Plenaria, Sentenza n. 27 del 18.07.2012, in tema di revisione triennale).

Il rilascio di un nuovo attestato SOA, infatti, certifica che l'impresa non solo non ha

mai perso quei requisiti in passato già valutati e certificati positivamente ma che, indubitabilmente, “li ha mantenuti anche nel periodo di rilascio della novella certificazione” (TAR Sicilia – Catania, Sez. I, sent. 04 marzo 2013, n. 704).

In coerenza con tale orientamento, ne è derivata l’idea di una surrettizia “saldatura” del periodo decorrente dalla scadenza fino all’esito positivo della domanda di rinnovo e/o verifica triennale, che ha efficacia retroattiva ex tunc, sempre che tali atti sopraggiungano prima della data fissata dal provvedimento di aggiudicazione definitiva per stipula del contratto di appalto (cfr. Parere A.V.C.P. n.16 /2014 cit.).

La “saldatura” presuppone, tuttavia, una continuità soggettiva tra le attestazioni, che nel caso in esame si sarebbe dovuta verificare tra l’ausiliaria cedente e cessionaria, tanto che nelle proprie memorie difensive l’aggiudicataria aveva fatto riferimento agli artt. 2498 cod. civ. e 51 del Codice, per invocare il principio in base al quale la cessione del ramo di azienda implica la “continuità dei rapporti giuridici”, ossia la “continuità della gestione”.

Ebbene, il Consiglio di Stato, alla luce del quadro normativo di riferimento (come sopra illustrato) nega però tale possibilità, rimarcando al contrario il verificarsi di una “soluzione di continuità” nel possesso dell’attestato di qualificazione.

Infatti, secondo il giudice amministrativo, nel caso in esame è determinante ad escludere qualsiasi continuità il necessario vaglio della SOA, che deve accertare (se e) quali requisiti sono stati trasferiti al cessionario con l’atto. E sino tale accertamento il concorrente ausiliato non può fruire né dell’attestazione della cessionaria né di quella della cedente.

Appare dunque corretta la tesi secondo la quale dal momento della cessione del ramo d’azienda si è verificata una “soluzione di continuità” nel possesso dell’attestato di qualificazione ossia una “interruzione preclusiva” dell’aggiudicazione della gara a e della stipulazione del contratto con l’impresa (cfr., tra tante, parere AVCP n. 75/2012 delibera dell’Autorità n. 61 del 7 giugno 2011 e Parere n. 103 del 21/05/2014).

In questo caso, non ha neppure alcun effetto sanante la tardiva qualificazione della subentrante, perché, mancando qualsiasi automatismo nel passaggio della SOA, è e rimane illegittima l’aggiudicazione di una gara di appalto ad un concorrente che sia risultato, anche solo temporaneamente privo, della prescritta qualificazione.

Secondo il Consiglio di Stato tale requisito, che risponde ad esigenze di certezza e

funzionalità del regime di qualificazione obbligatoria, avrebbe imposto al concorrente di dimostrare al momento dell'aggiudicazione l'idoneità dell'ausiliaria al subentro nel contratto di avvalimento.

In mancanza della suddetta dimostrazione, è legittima l'esclusione dell'impresa aggiudicataria.

5. Ulteriori verifiche

In linea di principio, la cessione (del ramo) d'azienda comporta una successione tra soggetti nelle posizioni attive e passive sussistenti, inclusa quella derivante dal contratto di avvalimento.

Ne consegue che la cessione non dovrebbe, salvo diversa pattuizione, compromettere l'impegno a mettere a disposizione i mezzi e le risorse per l'esecuzione dell'appalto, che, nel frattempo, sono traslati dall'ausiliaria ad un soggetto terzo.

Ciò nonostante, si è dell'avviso che la sentenza in commento non sia esaustiva sull'argomento, perché si limita a stabilire la necessità di un controllo formale dell'attestazione SOA della nuova ausiliaria, senza approfondire in concreto gli effetti della cessione (di ramo) sul contenuto del contratto di avvalimento.

Infatti, in parziale analogia a quanto previsto dall'art. 51 del codice e in coerenza con l'indicazione specifica dei mezzi e delle risorse di cui all'art. 88 del Regolamento, sembrerebbe opportuno che la stazione appaltante ammettesse il concorrente alla stipula del contratto, solo a seguito di un più completo un subprocedimento.

Ciò al fine di accertare, dopo la verifica della SOA, che nell'atto di cessione dell'ausiliaria sia previsto il passaggio, in capo al nuovo soggetto ausiliario, degli stessi requisiti, mezzi e obblighi che caratterizzavano l'originario contratto d'avvalimento.

In mancanza di questi controlli, non è provato che il nuovo soggetto ausiliario sia in grado di fornire le stesse garanzie dell'ausiliario cedente e, di conseguenza, sarebbe messa a rischio la capacità del concorrente di eseguire l'opera appaltata.

6. Tempi di attestazione

In estrema sintesi, il giudice amministrativo chiarisce che non sussiste alcun

impedimento ad ammettere un cambiamento dell'ausiliaria, a valle di una cessione, qualora questa non abbia comunque influito negativamente sulla qualificazione dell'impresa ausiliaria.

Ciò detto, il problema si sposta sulla fattività di una qualsiasi cessione in gara, poiché oltre al citato problema di soluzione di continuità, la SOA richiede tempo.

Indipendentemente dal soggetto che si qualifica (ausiliaria o concorrente), la SOA, dopo la stipula del contratto con l'impresa istante e la verifica dei requisiti di qualificazione, compie la procedura di rilascio entro 90 giorni dalla stipula del contratto, seppure per chiarimenti o integrazioni documentali la procedura può arrivare fino a 180 giorni, trascorsi i quali la SOA è tenuta a rilasciare l'attestazione o comunque il diniego di rilascio della stessa (art. 76 del Regolamento).

Giacché nel caso di cessione si aggiungono ai normali controlli, l'elaborazione e successiva analisi di una perizia giurata, nonché l'applicazione dei 4 indicatori di vitalità e consistenza elaborati dall'ANAC, appare difficile che la nuova attestazione arrivi in tempo utile.

Al riguardo, non si può che concordare con quest'ultima Autorità laddove evidenzia, con riferimento all'articolo citato, che "in base alle tempistiche dei procedimenti di rilascio di nuova attestazione o di integrazione della precedente, appare difficile, in un caso del genere e cioè in corso di procedura di selezione del contraente, che la cessione possa essere utilizzata anche ai fini dell'ottenimento della qualificazione necessaria a partecipare a quella gara" (cfr. Manuale SOA cit.).

Ciò è ancor più vero qualora l'oggetto del trasferimento sia un ramo d'azienda, che può presentare ulteriori elementi di criticità che impediscano il passaggio via SOA dei requisiti a quello automatico dei rapporti in corso (Sez. Lavoro, Sentenza 27 maggio 2014, n. 11832 e Manuale SOA cit.).

In questo caso, infatti, la verifica della consistenza del complesso aziendale ceduto, presuppone che il ramo non sia stato costituito in occasione della cessione, poiché questo deve esistere e operare prima dell'operazione societaria. Lo stesso ramo deve, inoltre, rappresentare un "complesso aziendale idoneo a consentire all'impresa avente causa la spendita dei relativi requisiti quello caratterizzato da una capacità produttiva attuale che consenta al successore di proseguire nell'attività aziendale già avviata senza necessità di una ricostituzione" (cfr. Manuale sulla qualificazione SOA e art. 2112 cod. civ.).