

Trattative private: offerte anomale

Determinazione del 16 maggio 2002

(G.U. n. 128 del 3 giugno 2002)

Premesso

Sono pervenuti all'Autorità numerosi quesiti riguardanti l'applicabilità della procedura di esclusione automatica di cui all'articolo 21, comma 1-bis, della legge n. 109/1994 e s.m. alle gare informali che precedono l'affidamento a trattativa privata.

Considerato

L'articolo 21, comma 1-bis, ultimo periodo, della legge n. 109/1994 e s.m. dispone: «Relativamente ai soli appalti di lavori pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria, l'amministrazione interessata procede alla esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore a quanto stabilito ai sensi del primo periodo del presente comma. La procedura di esclusione automatica non è esercitabile qualora il numero delle offerte valide risulti inferiore a cinque.»

Pur essendo inserita in un articolo esclusivamente dedicato all'asta pubblica ed alla licitazione privata, detta disposizione ha fatto nascere perplessità circa la sua applicazione anche nel caso di trattativa privata, questione che ha carattere generale.

Preliminarmente va osservato che la *ratio* della disciplina delle offerte anomale è quella di tendere al contemperamento di due interessi: l'opportunità di assicurare all'amministrazione l'aggiudicazione al prezzo più basso e l'esigenza di impedire che offerte troppo esigue, apparentemente idonee a realizzare il maggior risparmio di spesa, risultino in realtà poco convenienti, determinando irregolarità nell'esecuzione e contenzioso spesso ampio e costoso.

Il meccanismo di esclusione delle offerte ritenute incongrue costituisce pertanto principio di carattere generale, volto a garantire la serietà del procedimento e posto a garanzia dell'amministrazione in applicazione del più generale principio secondo cui le parti, nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo la buona fede.

Il diniego di assegnazione per eccessivo ribasso, infatti, tende al perseguimento dell'interesse pubblico per la corretta esecuzione delle opere, dovendosi evitare che le imprese, indotte ad elevare in misura abnorme i ribassi per assicurarsi i lavori, tendano poi a riequilibrare il sinallagma contrattuale frapponendo difficoltà in fase esecutiva, con inevitabili ricadute in termini di corretta realizzazione delle opere e di rispetto dei tempi contrattuali; il meccanismo di esclusione delle offerte anomale risulta pertanto coerente

Sezione Quarta

ri, della parità di trattamento dei concorrenti nonché della continuità della gara) tende ad assicurare il prezzo più congruo garantendo nel contempo la procedura da interventi estranei o favoritismi.

La trattativa privata può essere impiegata soltanto in casi particolari e, ai sensi dell'articolo 24, comma 5, della legge n. 109/1994 sopra citata, deve essere preceduta da gara informale o ufficiosa; questa disposizione ha l'intento di procedimentalizzare anche la trattativa privata.

Pur se la giurisprudenza amministrativa è da tempo orientata ad applicare alle cosiddette gare informali tutti i principi (*par condicio*, segretezza delle offerte e così via) elaborati con riferimento alle gare ad evidenza pubblica, ed anche se la giurisprudenza penale ritiene configurabile anche nelle gare informali il reato di turbativa d'asta, tuttavia va evidenziato che il meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale è da mettere in relazione con l'aggiudicazione da effettuarsi sulla base delle offerte dei concorrenti senza alcun intervento di valutazione, fatto salvo per gli appalti sopra soglia comunitaria mentre, nel caso di trattativa privata, diritti ed obblighi per l'amministrazione e per il privato scaturiscono solo con la formale stipulazione del contratto. Alla conclusione delle gare non è, infatti, attribuito l'effetto di aggiudicazione e quindi il valore di conclusione del contratto, bensì solo quello di individuazione del miglior offerente, con il quale la pubblica amministrazione andrà poi a definire il contratto, con un'ampia discrezionalità di valutazione circa il corrispettivo.

Occorre peraltro considerare che l'articolo 78 del DPR n. 554/1999, al comma 3, prevede: «la stazione appaltante negozia il contratto con l'impresa che ha offerto le condizioni più vantaggiose, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'aggiudicazione di appalti di uguale importo mediante pubblico incanto o licitazione privata, sulla base della documentazione esibita dall'impresa prescelta.». Detta norma va interpretata nel senso che le condizioni più vantaggiose sono valutate discrezionalmente dalla stazione appaltante e comunque senza applicare le procedure delle offerte anomale e che solo l'impresa prescelta, e non anche tutte quelle partecipanti, deve documentare i propri requisiti di qualificazione, rispondendo tale dettato normativo ad esigenze di snellezza e celerità della procedura.

Dalle considerazioni svolte segue che nei casi di gara informale che precede gli appalti a trattativa privata non sussistono le condizioni per l'applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale.

**Determinazione integrativa della determinazione n. 16/23
del 5 dicembre 2001 in ordine ai requisiti per la partecipazione
alle gare di appalto e di concessione di lavori pubblici**

Determinazione del 29 maggio 2002

(G.U. n. 141 del 18 giugno 2002)

Con la determinazione n. 16/23 del 5 dicembre 2001, questa Autorità, in risposta a richieste di chiarimenti da parte di alcune stazioni appaltanti e nell'intento di far conseguire un'interpretazione uniforme delle norme, ha dato indicazioni in merito al contenuto di quelle, unitariamente e coerentemente interpretate, relative ai requisiti occorrenti alle imprese per la partecipazione alle gare di appalto e di concessione dei lavori pubblici e la stipulazione dei relativi contratti. Nella determinazione indicata è stata data risposta anche a possibili dubbi interpretativi in ordine ai comportamenti delle stazioni appaltanti riguardanti concrete fattispecie specificamente individuate e sono state inoltre indicate linee operative cui intendeva attenersi l'Autorità nella definizione della organizzazione del Casellario informatico delle imprese qualificate, al fine di renderlo coerente con le norme e garantire in pieno la finalità di pubblicità e trasparenza cui esso è preordinato.

Successivamente, tuttavia, sono stati formulati ulteriori quesiti da parte di altre stazioni appaltanti in ordine all'individuazione ed all'accertamento dei requisiti occorrenti per la partecipazione alle gare di appalto ed alle conseguenze del mancato riscontro degli stessi, ed in particolare ai comportamenti da tenere nei confronti delle imprese le cui autodichiarazioni circa il possesso dei requisiti medesimi, rese nella domanda di partecipazione alle gare, non trovano riscontro nelle disposte verifiche e relativi accertamenti; il che rende opportuno fornire ulteriori precisazioni in merito al problema in esame, innanzitutto ribadendo che gli affidamenti relativi all'esecuzione dei lavori pubblici possono essere disposti esclusivamente in favore di soggetti in possesso di predefiniti ed accertati requisiti di tipo economico-finanziario e tecnico-organizzativo i quali siano, altresì, moralmente e professionalmente affidabili, e che funzionale alla pubblicizzazione dei dati incidenti su tali requisiti è l'Osservatorio dei lavori pubblici istituito presso l'Autorità per vigilanza sui lavori pubblici.

Va poi ribadito che per le gare di appalto di importo superiore a 150.000 euro l'accertamento relativo al possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria è demandato a soggetti terzi (S.O.A.) rispetto alle stazioni appaltanti, appositamente autorizzati ai sensi del regolamento di cui al DPR 25 gennaio 2000, n. 34. Soggetti i quali, non si limitano a certificare l'idoneità tecnica dell'impresa, cui è strettamente correlata l'attestazione di qualificazione da essi rilasciata, dal momento che, per il rilascio dell'attestazione medesima, verificano anche che non ricorrano situazioni, a quella data, di incompatibilità morale e professionale che precludono la partecipazione

Sezione Quarta

alle gare e quali specificamente elencate dall'articolo 17 del detto DPR n. 34/2000. Con il rilievo ulteriore che il legittimo conseguimento dell'attestazione di qualificazione importa una presunzione di idoneità dell'impresa implicante una generale capacità giuridica della stessa alla stipulazione dei contratti di appalto e di concessione dei lavori pubblici, sia pure limitata alla durata triennale dell'efficacia dell'attestazione. E di tale idoneità è data divulgazione attraverso l'iscrizione dell'impresa qualificata nel relativo registro informatico istituito presso l'Osservatorio per i lavori pubblici ai sensi degli articoli 11 e 27 del DPR n. 34/2000. Iscrizione che è disposta sulla base di informazioni direttamente fornite dalle S.O.A. dopo il rilascio dell'attestazione di qualificazione e previa validazione da parte dell'Autorità dei dati trasmessi in via informatica con quelli contenuti nei documenti inviati contestualmente in via cartacea; e sulla quale iscrizione l'Autorità ha ritenuto di poter intervenire, con le necessarie annotazioni, esclusivamente nel caso in cui le S.O.A. medesime non apportino le dovute modifiche alle attestazioni rilasciate conseguenti alla constatazione successiva al suo rilascio di fatti e circostanze i quali fanno ritenere che la stessa è stata conseguita irregolarmente per quanto riguarda categorie e classifiche, ovvero nella mancanza dei previsti necessari presupposti di tipo oggettivo e soggettivo. Per le tipologie di gare in esame, quindi, le stazioni appaltanti «non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi» da quelle indicate in detto DPR n. 34/2000 e nella considerazione che «l'attestazione di qualificazione (ove legittimamente conseguita) rilasciata a norma del regolamento (medesimo) è sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria» (art. 1, co. 2, DPR indicato). Unica eccezione è prevista per i bandi di gara relativi ad appalti di «importo a base di gara superiore ad euro 20.658.276 (40 miliardi di lire) ... per le imprese stabilite in altri Stati aderenti all'Unione europea» (art. 3, co. 6, 7, detto regolamento). Per le gare di appalto relative a lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, invece, la verifica relativa al possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria oltre che di quelli soggettivi, ove l'impresa non abbia già conseguito l'attestazione di qualificazione, spetta direttamente alle stazioni appaltanti le quali, tuttavia, dovranno provvedervi con le medesime modalità previste dal regolamento indicato per società organismi di attestazione e di cui ai titoli III e IV regolamento medesimo. In base alle considerazioni svolte precedentemente, va quindi ulteriormente ribadito che, relativamente ai requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, ove l'impresa concorrente sia in possesso di attestazione di qualificazione, non è consentita alle stazioni appaltanti alcuna possibilità di pretendere alcuna ulteriore documentazione per la comprova del requisito richiesto.

Tuttavia, il possesso dell'attestazione di qualificazione, se è sufficiente alla dimostrazione dei requisiti di idoneità tecnica ed economica del concorrente, non basta a far ritenere provato l'ulteriore requisito di idoneità morale e professionale dell'imprenditore che, oltre che alla data del rilascio dell'attestazione di qualificazione, deve permanere sino alla data di stipulazione del contratto. Tale idoneità si ricollega al mancato verificarsi di fatti e circostanze suscettibili di continua modificazione e la cui insussistenza va verificata

Determinazioni

dinamicamente in occasione anche di ogni singola gara secondo i criteri indicati dall'articolo 75 del regolamento 21 dicembre 1999, n. 554, quale introdotto dal DPR 30 agosto 2000, n. 412. Da tenere presente, poi, che il Casellario informatico delle imprese qualificate è funzionale alla pubblicizzazione anche di tali specifici dati che sono anch'essi, ai sensi dell'articolo 27, comma 1, del DPR n. 34/2000, trasmessi dalle stazioni appaltanti ed ai sensi del successivo comma 4 del medesimo articolo, messi «a disposizione di tutte le stazioni appaltanti per l'individuazione delle imprese nei cui confronti sussistono cause di esclusione dalle procedure di affidamento di lavori pubblici».

Ribadite dette considerazioni di carattere generale e passando all'esame più specifico dei quesiti formulati, va altresì rilevato che, ai sensi dell'articolo 27, comma 2, del DPR n. 34/2000, nel Casellario informatico delle imprese qualificate vanno, tra l'altro, inseriti: gli «eventuali provvedimenti di esclusione dalle gare ai sensi dell'art. 8, comma 7, della legge adottati dalle stazioni appaltanti» (lett. r) e le «eventuali falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, accertate in esito alla procedura di cui all'articolo 10, comma 1-*quater* della legge» (lett. s). Va rilevato, poi, che in base al disposto di cui al più volte richiamato articolo 75 del DPR n. 554/1999, tra le ipotesi che precludono la partecipazione alle gare di appalto, vi è quella relativa al fatto di avere, nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara «risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici» (lett. h). Ed in proposito va precisato che l'indicazione del dato di cui all'articolo 75, comma 1, lettera h), del detto DPR n. 554/99, nella fase di avvio del Casellario informatico delle imprese qualificate, va ugualmente inserita anche dopo la scadenza dell'anno successivo alla data in cui è stata resa la falsa dichiarazione, assumendo lo stesso rilevanza con riferimento alle gare indette entro l'anno e per le quali non sia stato ancora stipulato il relativo contratto.

Quanto detto in precedenza consente poi di ritenere che vi sia l'obbligo per le stazioni appaltanti di comunicare all'Autorità di vigilanza, affinché ne venga fatta annotazione nel Casellario delle imprese qualificate, di entrambe le indicate ipotesi di falsa dichiarazione; obbligo che, peraltro, per quanto riguarda la segnalazione delle false dichiarazioni in ordine ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, trova anche specifica enunciazione nell'articolo 10, comma 1-*quater*, della legge n. 109/1994 indicata. Dalle dette norme si rileva, inoltre, ai sensi dell'articolo 8, comma 7, della legge n. 109/1994 e successive modificazioni, indipendentemente dall'iscrizione del dato nel Casellario informatico, la sussistenza in capo alle stazioni appaltanti del potere di esclusione dalle successive gare da esse indette — e per un periodo compreso tra tre e sei mesi — delle imprese nei cui confronti sia stata adottata la sanzione dell'esclusione per false dichiarazioni in merito ai requisiti di carattere generale, laddove, invece, per le altre stazioni appaltanti, perché possa applicarsi tale sanzione, occorre attendere che il dato risulti annotato nel Casellario informatico delle imprese.

Sezione Quarta

Sulla base delle svolte considerazioni si può, pertanto, concludere che le stazioni appaltanti, come già indicato nei bandi tipo pubblicati sul supplemento ordinario n. 18 della G.U. n. 23 del 28 gennaio 2002, dopo aver verificato sulla base della documentazione contenuta nelle offerte, il rispetto:

- a) della completezza e della correttezza formale delle offerte e della documentazione ed in caso negativo provvedendo ad escluderle dalla gara;
- b) dell'assenza di offerte di concorrenti che sono fra di loro in situazione di controllo ed in caso positivo provvedendo ad escluderli entrambi dalla gara;
- c) del divieto per i consorziati — per conto dei quali i consorzi di cui all'articolo 10, comma 1, lettere b), c), della legge n. 109/94 e successive modificazioni hanno indicato che concorrono — di presentare offerte in qualsiasi altra forma ed in caso positivo provvedendo ad escludere il consorzio dalla gara;

debbono procedere, sulla base delle dichiarazioni presentate dai concorrenti, delle certificazioni dagli stessi prodotte e dai riscontri rilevabili dai dati eventualmente presenti nel Casellario delle imprese qualificate istituito presso l'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici, ad una immediata verifica circa il permanere, al fine dell'ammissione alla gara, del possesso dei requisiti d'ordine generale da parte dei concorrenti nonché, per le gare di importo inferiore a euro 150.000, alla verifica anche del possesso dei requisiti di cui all'articolo 28 del DPR n. 34/2000 da parte dei concorrenti che non possiedono l'attestazione di qualificazione.

Con riferimento, poi, ai requisiti d'ordine generale, dal momento che l'assenza nel Casellario delle imprese qualificate di indicazioni di preclusione alla partecipazione alle gare di appalto non costituisce prova assoluta circa la non sussistenza di cause di esclusione dalle stesse, le stazioni appaltanti, ove lo ritengano necessario, possono effettuare, ulteriori verifiche della veridicità delle dichiarazioni rese dai concorrenti. Il controllo deve essere effettuato senza che, ai sensi dell'articolo 71 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, ne derivi un aggravio probatorio per i concorrenti, e, pertanto, richiedendo direttamente agli uffici che ne sono in possesso (Tribunali, Prefetture, Inps, Inail, Casse edili, Uffici finanziari, Camera di Commercio ecc.) le relative certificazioni. I concorrenti le cui dichiarazioni devono essere verificate possono essere individuati con sorteggio oppure secondo criteri discrezionali. I criteri da applicare per la verifica sono stabiliti dalle stazioni appaltanti tenendo anche conto delle considerazioni ed indicazioni fornite dall'Autorità nella citata determinazione 16/23 del 2001, che comunque vanno ritenute di massima e non esaustive. Qualora, a giudizio della stazione appaltante, dalle verifiche effettuate non risulti confermato il possesso dei requisiti d'ordine generale, oppure, con riferimento alle gare di importo inferiore a euro 150.000 per i concorrenti che non posseggono l'attestazione di qualificazione, confermato il possesso dei requisiti di cui all'articolo 28 del DPR n. 34/2000, la stazione appaltante stessa procede all'esclusione dalla gara dei concorrenti ed alla conseguente escussione della cauzione provvisoria nonché a segnalare, ai sensi dell'articolo 10, comma 1-*quater* della legge n. 109/94 e successive modificazioni per

Determinazioni

i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, e dell'articolo 27, comma 1, del DPR n. 34/2000, il fatto all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

L'Autorità adotta, ai sensi di quanto previsto dalle norme vigenti nonché sulla base del procedimento di contestazione previsto dalla determinazione 16/23 del 2001, gli eventuali provvedimenti sanzionatori di propria competenza, compreso l'inserimento nell'elenco su base regionale delle imprese qualificate e nell'elenco delle imprese per le quali l'Autorità ha assunto misure provvedimentali che sono entrambe presenti nel Casellario informatico delle imprese qualificate, delle informazioni sulle cause di esclusione dalle gare di appalto e di concessione di lavori pubblici venute in evidenza.

L'Autorità, sulla base delle suesposte considerazioni in diritto, dispone:

- a) i responsabili unici del procedimento, ove un concorrente sia stato escluso dalla partecipazione ad una gara di appalto o di concessione di lavori pubblici per la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di cui all'articolo 28 del DPR 21 gennaio 2000, n. 34, oppure per la sussistenza di una delle cause di esclusione dalle gare di appalto e di concessione di lavori pubblici previste dall'articolo 75 del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 e successive modificazioni, devono, entro 10 giorni dalla data del provvedimento di esclusione, segnalare il fatto all'Autorità;
- b) la mancata comunicazione dell'esclusione oppure il ritardo della comunicazione è sanzionabile ai sensi dell'articolo 4, comma 7, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni;
- c) la stazione appaltante con proprio provvedimento stabilisce che il concorrente escluso da una gara non può partecipare, per un periodo che può essere previsto da tre a sei mesi, ad altre gare indette dalla medesima stazione appaltante; l'esclusione dalle altre gare ha effetto comunque fino all'adozione del provvedimento dell'Autorità relativo all'inserimento o meno, ai sensi dell'articolo 75, comma 1, lettera h), del DPR n. 554/1999 e s.m., nel Casellario informatico delle imprese qualificate del divieto per un anno — decorrente dalla data di scadenza per la presentazione dell'offerta relativa alla gara per la quale è stata accertata la falsità della dichiarazione — di partecipazione alle gare di appalto o di concessione di lavori pubblici indette da qualsiasi stazione appaltante.

**Criteria che le S.O.A. debbono seguire
in ordine al rilascio dell'attestazione di qualificazione
di una impresa cessionaria di una azienda o di un ramo di azienda**

Determinazione del 5 giugno 2002
(G.U. n. 143 del 20 giugno 2002)

Considerato in fatto

Sono stati richiesti all'Autorità chiarimenti in ordine al rilascio dell'attestazione di qualificazione di un soggetto cessionario di un'azienda o di un ramo di azienda nonché ad aspetti connessi a tale problema.

In particolare un consorzio ASI della Sardegna — premesso di aver ricevuto da una impresa, aggiudicataria di un contratto di appalto, una comunicazione con la quale la stessa impresa lo informava di aver ceduto un ramo di azienda che comprendeva oltre al trasferimento di mezzi e attrezzature anche la cessione di tre contratti di appalto, uno dei quali stipulato con esso consorzio — chiede all'Autorità se, essendo stato il contratto stipulato prima dell'entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione ma la cessione avvenuta dopo, l'impresa cessionaria debba documentare la propria qualificazione attraverso il possesso di una attestazione rilasciata da una S.O.A. oppure la verifica della qualificazione debba essere effettuata direttamente dal consorzio sulla base della documentazione presentata dalla impresa cessionaria.

Altro quesito riguarda la possibilità della qualificazione di nuove imprese che dimostrano il possesso dei prescritti requisiti attraverso quelli posseduti da imprese acquisite, qualora esse non abbiano ancora approvato e depositato un bilancio. Si chiede, cioè, se il requisito del capitale netto [art. 18, co. 2, lett. c), DPR 25 gennaio 2000, n. 34] possa, in ogni caso, ritenersi posseduto dato che il capitale di una nuova società è certamente integro.

Sono stati inoltre richiesti chiarimenti da parte di una S.O.A. in ordine ai criteri e alle procedure da seguire per il rilascio dell'attestazione di qualificazione nel caso di una impresa che abbia stipulato un contratto di affitto di una azienda o di un suo ramo, tenuto conto che nella determinazione dell'Autorità n. 6 del 2001 è prevista l'applicazione anche a tale caso delle disposizioni che si riferiscono alla cessione di azienda o di un suo ramo.

L'Autorità ha acquisito gli avvisi della Commissione consultiva di cui all'articolo 8, comma 3, legge 11 febbraio 199, n. 109 e successive modificazioni nonché all'articolo 5 del DPR n. 34/2000, espressi nella seduta del 17 aprile 2002, sulla cui base svolge le seguenti:

Considerazioni in diritto

Va precisato che l'ordinamento del settore dei lavori pubblici contiene due disposizioni in ordine al problema della cessione di aziende, della fusione di aziende e del trasferimento di rami di aziende. La prima (art. 35, l. n.109/94 e successive modificazioni) disciplina l'effetto di tali circostanze

Sezione Quarta

sui contratti di appalto in corso di esecuzione; la seconda (art. 15, co. 9, DPR n. 34/2000) disciplina la possibilità per il nuovo soggetto di avvalersi, ai fini della qualificazione, dei requisiti del soggetto cedente.

Per stabilire quali debbano essere i criteri e le procedure da seguire per dare attuazione a tali disposizioni è necessario in primo luogo ricostruire le nozioni civilistiche di azienda, ramo di azienda e trasferimento di azienda. L'ordinamento (art. 2555 c.c.) definisce l'azienda come «il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa». La nozione di ramo di azienda, invece, non ha una definizione normativa, essendo frutto di elaborazioni dovute alla dottrina e alla giurisprudenza. La possibilità di distinguere in rami l'azienda, comunque, è condizionata da:

- a) esercizio di più attività imprenditoriali da parte dell'imprenditore mediante un'unica organizzazione di impresa (*risorse, persone, attrezzature*);
- b) un'articolazione dell'organizzazione in sotto-organizzazioni corrispondenti alle diverse attività, tale per cui ne esista una per ciascuna di queste.

È soltanto in presenza di entrambe queste circostanze che si può parlare di azienda suddivisa in rami e, di conseguenza, ipotizzare che l'imprenditore possa enuclearne uno per trasferirlo ad altri.

Affinché si abbia trasferimento di un ramo di azienda, è dunque necessario individuare preliminarmente quale attività — autonoma dalle altre che l'imprenditore eserciti — si intende trasferire e poi quale parte del complesso dei beni organizzati, cioè quale sotto-organizzazione, funzionale a quella attività, verrà trasferita, in modo che l'attività già esercitata dall'imprenditore che trasferisce il ramo di azienda possa continuare ad essere esercitata dal soggetto al quale il ramo di azienda viene trasferito.

Questo risultato può essere conseguito soltanto se il trasferimento ha ad oggetto la sotto-organizzazione nel suo complesso ed in quanto tale e non, invece, se il trasferimento ha ad oggetto gli stessi beni ma considerati singolarmente. Il vincolo funzionale e di destinazione che caratterizza il complesso dei beni organizzati conferisce infatti ai beni stessi un valore aggiunto non altrimenti conseguibile, in quanto verrebbe meno se venisse meno quel vincolo. Invece di un'azienda, si avrebbe soltanto una pluralità di beni smembrati.

Oggetto del trasferimento di azienda o di un suo ramo saranno dunque alcuni beni materiali e altri immateriali, unitariamente considerati proprio perché tra loro funzionalmente organizzati: attrezzature (edifici, macchinari), *know how* (brevetti, esperienza acquisita), avviamento (clientela), rapporti giuridici (crediti, debiti). Tra questi ultimi, meritano un cenno particolare i contratti che non abbiano carattere personale (art. 2558 c.c.), nei quali — se non è «pattuito diversamente» (art. 2558 c.c.) — subentra l'acquirente a qualunque titolo dell'azienda (o di un suo ramo), salva la facoltà dell'altro contraente di recedere per giusta causa e salva la disciplina speciale vigente per i contratti dei quali è parte la pubblica amministrazione. Ciò che le parti hanno convenuto, infatti, produce effetti immediati per i contraenti medesimi ma, a tutela dei terzi, è disposto che nei confronti di costoro il contratto possa anche non produrre alcun effetto, ove sussistano determinate circostanze. A maggior tutela del terzo che abbia natura giuridica di

Determinazioni

pubblica amministrazione, poi, vige la disciplina speciale della quale si dirà in prosieguo.

Il richiamo della norma ad una eventuale diversa pattuizione che intervenga tra cedente e cessionario richiama l'attenzione dell'interprete sull'importanza del testo del contratto che viene stipulato dalle parti e, in particolare, sul suo oggetto. Affinché si abbia trasferimento di un ramo di azienda, infatti, il contratto deve essere redatto in modo tale che da esso risulti senza incertezze che il cedente, avendo enucleato nella sua attività produttività un filone che non intende più curare, trasferisce *in toto* quanto aveva considerato funzionale a quel filone di attività. Quanto all'acquirente, l'oggetto dell'acquisto potrà costituire lo strumento per la sua unica attività futura oppure potrà andare a confondersi con il complesso dei beni che già possiede.

Inteso come si è visto, il trasferimento di azienda (o di un suo ramo) produce un complesso di effetti. Tra questi, assume qui un particolare rilievo il fatto che, proprio per effetto della cessione, il cessionario può trovarsi ad essere titolare di alcuni dei requisiti già posseduti dal cedente. Sul piano civilistico, infatti, la titolarità di determinati requisiti segue quella dell'azienda («complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa», secondo il citato art. 2555 c.c.). Ciò non significa, tuttavia, che un requisito possa essere considerato alla stregua di un bene organizzabile insieme ad altri ai fini della produzione. Sempre sul piano civilistico, infatti, la titolarità di un requisito si consegue in quanto si sia titolare di un'impresa dotata di determinate caratteristiche e, di conseguenza, la titolarità di un requisito non può essere oggetto di alienazione. Il suo trasferimento avrà luogo automaticamente — salva la normativa in materia di lavori pubblici — se ed in quanto verrà trasferita la titolarità di quel complesso di beni che ne costituisce il presupposto.

Il tema dei requisiti di un'impresa è di decisiva importanza per l'esecuzione di lavori pubblici. In questo settore, infatti, l'idoneità di un'impresa ad eseguirli è regolata dalla puntuale disciplina dettata dal DPR n. 34/2000. L'ordinamento prevede che organismi di diritto privato (S.O.A.), autorizzati ad operare dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e sottoposti alla vigilanza dell'Autorità stessa (art. 14 DPR n. 34/2000) attestino l'esistenza nelle imprese che intendono operare nel settore dei lavori pubblici di particolari requisiti.

Le circostanze che formano oggetto della verifica sono, tra altre, la sussistenza di requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari desunti da alcuni elementi stabiliti dalla legge, tra i quali, ai fini che qui interessano, assumono rilievo:

- a) l'esperienza acquisita in lavori di determinato tipo ed importo eseguiti nel quinquennio antecedente la data di sottoscrizione del contratto con la S.O.A. (art. 22, co. 1, DPR n. 34/2000), dimostrata mediante certificati di esecuzione dei lavori rilasciati dalle stazioni appaltanti;
- b) la dotazione di determinate e quantificate risorse, che la legge individua come indici di adeguata capacità (referenze bancarie, cifra d'affari in lavori, attrezzature, direzione tecnica, organico medio annuo).

Come esito positivo della verifica della sussistenza di tali circostanze e della misura in cui ciascuna di esse ricorre, la S.O.A. rilascia all'impresa sottopo-

Sezione Quarta

sta a verifica attestazioni di qualificazione differenziate per categorie di lavori e per importo (art 3; artt. 15-28 DPR n. 34/2000), che costituiscono mezzo di prova necessario e sufficiente nei confronti delle stazioni appaltanti, nel senso che queste ultime devono limitarsi a richiedere l'attestazione e a verificare che sia stata rilasciata da non più di tre anni (art. 15, co. 5, DPR n. 34/2000), senza poter procedere ad ulteriori riscontri circa la sussistenza dei prescritti requisiti in capo all'impresa che ha presentato l'attestazione (salvo quanto è disposto per i lavori di importo superiore a € 20.658.276).

L'attestazione di qualificazione che una S.O.A. abbia rilasciato ad un'impresa, come si è visto, ha un'efficacia limitata nel tempo a tre anni, durante i quali la S.O.A. che ha rilasciato l'attestazione non compie ulteriori verifiche circa la permanenza dei requisiti di ordine speciale in capo all'impresa alla quale l'attestazione è stata rilasciata. Se durante il periodo di efficacia dell'attestazione intervengono modifiche oggettive che incidono sulla sussistenza dei predetti requisiti, quindi, tale circostanza non rileva ai fini della partecipazione alle gare e dell'esecuzione dei lavori.

Assumono invece rilevanza le modificazioni soggettive che intervengano durante il periodo di efficacia, se riguardano un'impresa impegnata nell'esecuzione di un contratto di appalto. È il caso, ad esempio, delle operazioni di fusione, di scissione, di trasferimento dell'azienda o di un ramo di questa. Si tratta di operazioni i cui effetti sono regolati, come si è osservato, dalle norme del codice civile (art. 2558), che prevedono a favore del contraente di un contratto di appalto ceduto la facoltà di recedere dal contratto stesso ma in presenza di una giusta causa.

Diversa è la posizione del contraente ceduto che sia committente di un lavoro pubblico, in ragione della sua natura giuridica o del ruolo che svolge, secondo quanto stabilito dalla normativa vigente. Fermo restando che nel settore dei lavori pubblici il soggetto aggiudicatario non può cedere il contratto (art. 18, co. 2, l. 19 marzo 1990, n. 55), la successione nella posizione dell'aggiudicatario è consentita, in linea di principio, se è effetto di operazioni di fusione, di scissione, di trasformazione societaria o anche di cessione di azienda o di un ramo di questa.

L'efficacia della novazione soggettiva dell'aggiudicatario nei confronti del committente è tuttavia subordinata, in primo luogo, alla comunicazione alla stazione appaltante della intervenuta modifica soggettiva dell'aggiudicatario (art. 1 DPCM 11 maggio 1991, n. 187) con l'indicazione anche dei requisiti posseduti dal nuovo soggetto (art. 35, co. 1, l. n. 109/94) e, in secondo luogo, alla non opposizione della stazione appaltante, da esprimersi nel termine massimo di sessanta giorni dalla data della comunicazione, al subentro del nuovo soggetto (art. 35, co. 2, l. n. 109/94), in quanto questi risulti privo dei requisiti prescritti dalla normativa speciale (art. 10-*sexies* l. 31 maggio 1965, n. 575).

La seconda delle due circostanze non pone alcun problema. Va invece esaminata la prima disposizione, secondo la quale il nuovo soggetto deve documentare i propri requisiti. La disposizione va peraltro letta unitamente alla disposizione dell'ordinamento (art. 15, co. 9, DPR n. 34/2000) che dispone, in caso di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento di una azienda o di un suo ramo, che per la qualificazione il nuovo sogget-

Determinazioni

to ha la facoltà di avvalersi dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine. In particolare, merita attenzione l'espressione «può avvalersi», contenuta nella disposizione, che sta chiaramente ad indicare come al nuovo soggetto sia riconosciuta la facoltà di avvalersi o anche, se del caso, di non avvalersi dei requisiti già spettanti al cedente.

La titolarità dei requisiti non è quindi un fatto automatico, in quanto si trasmette al cessionario soltanto se questo sia a ciò interessato. Occorre, però, domandarsi se è sufficiente, affinché la trasmissione abbia luogo, la sola manifestazione di volontà del cessionario di avvalersi dei requisiti del cedente. La risposta non può essere positiva, in quanto le nuove disposizioni stabiliscono che la disamina della documentazione volta a verificare la sussistenza dei requisiti degli esecutori dei lavori pubblici spetta, fatto salvo il periodo transitorio (1° gennaio 2000 - 31 dicembre 2001), esclusivamente agli organismi di attestazione autorizzati a svolgere tale attività dall'Autorità.

Occorre, però, stabilire come si debba procedere nel caso che la modifica dell'aggiudicatario avvenga nel periodo di vigenza del nuovo sistema ma l'appalto sia stato indetto e aggiudicato prima dell'entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione. Va stabilito se in questo particolare caso è possibile che la verifica del possesso dei requisiti sia effettuata direttamente dalla stazione appaltante sulla base delle regole previgenti oppure se la dimostrazione debba avvenire comunque mediante presentazione dell'attestazione rilasciata da una S.O.A. La risposta non può essere positiva, in quanto — come prima osservato — a partire dal 1° gennaio 2002 è condizione necessaria e sufficiente per la partecipazione alle gare il possesso dell'attestazione di qualificazione.

Va osservato, sulla base delle suddette disposizioni, che il rilascio dell'attestazione di qualificazione ad un cessionario è subordinata alla verifica della sussistenza di alcune circostanze a cura della S.O.A. incaricata dal cessionario di rilasciare la suddetta attestazione di qualificazione.

Una prima circostanza da verificare è quella che si sia perfezionato il contratto mediante il quale è stato trasferito quel complesso di beni organizzati (azienda o ramo di questa) la cui titolarità implica il possesso dei requisiti dei quali il nuovo soggetto intende avvalersi. Il semplice fatto che il contratto sia stato stipulato non è tuttavia di per sé sufficiente a conferire al nuovo soggetto la titolarità dei requisiti di cui si tratta. Occorre infatti che mediante quel contratto i contraenti abbiano effettivamente proceduto ad un trasferimento di azienda o di un ramo di essa, circostanza che sussiste se il cedente ha trasferito *in toto* la propria organizzazione o una sotto-organizzazione e non singole sue parti e se, per effetto di tale trasferimento, ne sia rimasto privo. Non si avrebbe infatti un trasferimento di azienda se, ad esempio, i contraenti avessero inteso cedere uno o più contratti di appalto in corso di esecuzione o anche determinate attrezzature o altre risorse già facenti capo all'azienda ceduta.

A riguardo va considerato, in particolare, che l'espressione «trasferimento di ramo d'azienda relativo al settore lavori pubblici» implica seri dubbi interpretativi circa l'effettiva volontà delle parti, tanto che per ricostruirla si possono soltanto formulare ipotesi.

Sezione Quarta

Una prima ipotesi è che all'azienda ceduta facessero capo più attività, tra le quali quella delle costruzioni, e che le parti abbiano inteso cedere tutto quanto occorre a svolgere questa attività. Se così è, l'espressione «trasferimento di ramo d'azienda relativo al settore lavori pubblici» è impropria e la S.O.A. incaricata dal cessionario di rilasciargli la qualificazione incontrerà difficoltà nell'accertare la sussistenza di quelle circostanze in presenza delle quali il cessionario «può avvalersi» della qualificazione già spettante al cedente. A questo scopo sarebbe stato invece necessario che il contratto avesse avuto ad oggetto il trasferimento del «ramo di azienda relativo alle costruzioni», che evidentemente riguarda tutta l'attività costruttiva, a nulla rilevando che venga svolta su incarico di soggetti pubblici o privati, dal momento che alla qualificazione oggettiva dei lavori è indifferente la natura giuridica del committente. Dal punto di vista della produzione, infatti, realizzare una scuola per incarico di un soggetto pubblico non è cosa diversa dal realizzare un edificio di abitazione per incarico di un soggetto privato, essendo identiche le prestazioni richieste ed essendo necessario in entrambi i casi disporre di un uguale «complesso di beni», inteso come combinazione di risorse materiali e umane, in particolare tecniche.

Un'altra possibile ipotesi è che l'oggetto del trasferimento sia la parte (ramo) di un'azienda finalizzata esclusivamente all'attività di costruzioni, il cui titolare abbia voluto trasferire un sotto-settore produttivo caratterizzato esclusivamente o in larghissima prevalenza dalla committenza pubblica. Anche in questo caso, l'espressione «trasferimento di ramo d'azienda relativo al settore lavori pubblici» risulta impropria e la S.O.A. incaricata dal cessionario di rilasciargli la qualificazione dovrà affrontare difficoltà ancora maggiori che nel primo caso.

In ogni caso, per aversi un effettivo trasferimento di ramo di azienda, dunque, dall'azienda originaria dovrà essere stata enucleata quella sotto-organizzazione che, pur costituendone una parte, abbia una composizione, un'organicità, una qualità ed un'efficienza tali da poterla rendere, anche in tale sua nuova configurazione, un «complesso dei beni organizzati ... per l'esercizio dell'impresa», di cui alla norma del codice civile. Occorre quindi accertare ciò che le parti hanno effettivamente ceduto e ciò che il cedente ha trattenuto per sé, per arrivare a stabilire, di conseguenza, quali siano i requisiti dei quali il cessionario possa avvalersi e quali altri spettino tuttora al cedente.

Alla S.O.A. incaricata di rilasciare l'attestazione al cessionario del ramo di un'azienda deve, pertanto, competere anche provvedere affinché sia di conseguenza modificata l'attestazione a suo tempo rilasciata al cedente, per adeguarla alla mutata situazione. Se così non fosse, infatti, si verificherebbe una situazione assurda, in cui un'unica organizzazione aziendale conferirebbe la titolarità dei requisiti di legge a due distinti soggetti: il suo «vecchio» e il suo «nuovo» titolare.

Alle stesse conclusioni si perviene peraltro anche in applicazione del principio secondo il quale, al fine di documentare l'esperienza acquisita dall'impresa, il certificato di aver eseguito un determinato lavoro può essere utilizzato una sola volta, seppure per categorie diverse ma in misura tale che la somma degli importi riferiti a ciascuna categoria non superi l'importo totale del lavoro al quale il certificato si riferisce. Tale principio, sotteso a

Determinazioni

tutta la disciplina della qualificazione, è stato chiarito dall'Autorità con il Comunicato del 6 luglio 2001, inviato a tutte le S.O.A.

Quanto al soggetto che, avendo ceduto l'azienda o un suo ramo, non sia più qualificato per operare nel settore dei lavori pubblici o sia qualificato per categorie diverse da quelle originarie, cioè per categorie residuali dopo la cessione, qualora voglia nuovamente qualificarsi vi potrà procedere ma soltanto sulla base di requisiti da esso acquisiti successivamente alla cessione o sulla base di certificati di lavori eseguiti da altre imprese di cui sia stato responsabile uno dei propri direttori tecnici (art. 18, co. 14, DPR n. 34/2000).

Da ultimo, per tornare alla fattispecie in ordine alla quale è stato sollevato il quesito dal consorzio ASI della Sardegna, si rileva che, essendo l'atto di trasferimento di azienda stato stipulato il 21 dicembre 2001, il termine di sessanta giorni dalla comunicazione dell'avvenuto trasferimento, entro il quale il cessionario deve documentare i propri requisiti, scade certamente dopo il 1° gennaio 2002, data di entrata in funzione a regime del sistema unico di qualificazione disposto dal DPR n. 34/2000. Ne consegue che nei confronti della stazione appaltante la documentazione dei requisiti deve essere presentata con le modalità disposte dallo stesso provvedimento, cioè mediante attestazione rilasciata da una S.O.A. autorizzata.

Quanto al quesito relativo ai criteri e alle procedure da seguire per il rilascio dell'attestazione di qualificazione ad una impresa sulla base di un contratto di affitto di azienda o di un ramo di azienda, va osservato che poiché non è possibile impiegare più volte i requisiti, come prima è stato precisato, è necessario accertare che il contratto di affitto sia annotato ai sensi del codice civile (art. 2556, co. 2) alla competente Camera di commercio e riportato nel relativo certificato, in modo di rendere impossibile una duplicazione di contratti di affitto ed, inoltre, occorre accertare che il soggetto proprietario dell'azienda non sia a sua volta qualificato; in caso positivo, poi, occorre che tale qualificazione sia ritirata o ridotta con le stesse procedure previste nel caso di cessione, fusione di azienda o di un ramo di azienda.

Al fine di garantire i principi di uniformità di comportamento e di libera concorrenza fra gli operatori, l'Autorità, tenuto conto delle considerazioni in diritto svolte, dispone che le S.O.A., per il rilascio dell'attestazione di qualificazione ad un'impresa che intende essere qualificata utilizzando i requisiti di una azienda o di un ramo di azienda da essa acquisito debbano seguire i seguenti criteri e le seguenti procedure:

- a) l'attestazione di qualificazione deve essere rilasciata al cessionario soltanto se risulta dagli atti che vi sia stata una effettiva cessione di un complesso di beni organizzati qualificabili come ramo di azienda e dei connessi requisiti che hanno consentito l'eventuale precedente qualificazione;
- b) l'attestazione di qualificazione deve essere rilasciata al cessionario sulla base anche del ramo di azienda acquisito ma soltanto dopo che sia stata revocata o ridimensionata l'attestazione al suo tempo rilasciata al cedente attraverso il rilascio di una nuova attestazione che tenga conto soltanto dei requisiti non ceduti;

Sezione Quarta

- c) il rilascio di una nuova o di una prima attestazione di qualificazione ad un'impresa che ha ceduto l'azienda o un ramo di azienda può essere effettuato soltanto sulla base del possesso di requisiti diversi da quelli che hanno consentito il rilascio dell'attestazione all'impresa cessionaria;
- d) la cessione di un'azienda o di un ramo di azienda comporta il trasferimento degli eventuali contratti stipulati con riferimento all'attestazione di qualificazione posseduta dall'impresa cedente, con l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 35, commi 1, 2 e della legge 11 febbraio 1994 e successive modificazioni;
- e) la S.O.A. che stipula un contratto con un'impresa la cui idoneità deriva in tutto o in parte dall'acquisto di una azienda o di un suo ramo ne informa senza indugio l'Autorità trasmettendo, oltre alla prescritta comunicazione in ordine al contratto da essa stipulato con il cessionario, anche copia del contratto fra impresa cedente e impresa cessionaria;
- f) qualora la S.O.A. incaricata dal cessionario a rilasciare l'attestazione di qualificazione sia la stessa che a suo tempo aveva rilasciato l'attestazione di qualificazione all'impresa cedente, deve procedere alla modifica, secondo quanto previsto alla precedente lettera b), o al ritiro di questa attestazione prima di rilasciare quella spettante al cessionario;
- g) qualora la S.O.A. incaricata dal cessionario di rilasciare l'attestazione di qualificazione sia diversa da quella che aveva rilasciato l'attestazione di qualificazione al cedente, deve, prima di rilasciare l'attestazione al cessionario, procedere alla verifica dell'avvenuto adeguamento, secondo quanto previsto alla precedente lettera b), o revoca della attestazione rilasciata al cedente ed a questo scopo deve mettersi in contatto tramite l'Autorità con l'altra S.O.A.

**Chiarimenti alle S.O.A. in materia di fusione tra S.O.A.,
in materia di fusione tra S.O.A. ed organismi già accreditati
al rilascio di certificazioni del sistema di qualità,
e di partecipazione da parte di una S.O.A. autorizzata
in altra società il cui oggetto sociale non abbia alcuna attinenza
con il settore dei lavori pubblici**

Determinazione del 13 giugno 2002
(G.U. n. 158 dell'8 luglio 2002)

Fatto

Alcune S.O.A. hanno richiesto all'Autorità chiarimenti in ordine:

- a) alla possibilità che una S.O.A. acquisisca un'altra S.O.A. tramite fusione per incorporazione;
- b) alla possibilità che una S.O.A. già autorizzata si fonda con un organismo certificatore di qualità, ovvero che un organismo certificatore di qualità si fonda con una S.O.A.;
- c) alla possibilità per una S.O.A. autorizzata di acquisire una partecipazione azionaria in un'altra società.

L'Autorità ha acquisito l'avviso della Commissione consultiva di cui all'articolo 8, comma 3, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni nonché all'articolo 5 del DPR 25 gennaio 2000 n. 34, avviso espresso nella seduta del 17 ottobre 2001 e sulla cui base svolge le seguenti considerazioni.

Diritto

In primo luogo va osservato che in ordine ai suddetti quesiti vengono in considerazione, quali riferimenti normativi essenziali:

1. l'articolo 7, comma 3, del DPR n. 34/2000, il quale impone che gli statuti delle S.O.A. devono prevedere come «oggetto esclusivo» «lo svolgimento dell'attività di attestazione...e di effettuazione dei connessi controlli tecnici sull'organizzazione aziendale e sulla produzione delle imprese di costruzione, nonché sulla loro capacità operativa ed economico-finanziaria»;
2. l'articolo 7, comma 4, del DPR n. 34/2000, il quale impone «il rispetto del principio di indipendenza di giudizio e l'assenza di qualunque interesse commerciale, finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori»;
3. l'articolo 2361 c.c., il quale prevede che l'assunzione di partecipazioni in altre imprese è vietata qualora «per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dall'atto costitutivo»;
4. l'articolo 8, comma 4, lettera b), secondo periodo, della legge n. 109/94 e s.m., il quale statuisce che nel caso di cumulo, in capo al medesimo organismo, dell'accreditamento alla certificazione dei sistemi di qualità e dell'autorizzazione dall'attestazione di qualificazione per l'esecuzione dei