

L'atto di cessione di singoli beni e risorse non comporta automaticamente cessione di ramo d'azienda e dei requisiti di qualificazione

di Gianluca Angelini

Data di pubblicazione: 8-11-2016

Si dubita che ricorra cessione di ramo d'azienda piuttosto che di singoli autonomi rapporti contrattuali e limitati trasferimenti di beni e di risorse , senza l'esposizione di una specifica autonomia funzionale e produttiva degli stessi , atta a consentire ex se l'esercizio di un'attività economica che caratterizza un complesso aziendale o ramo di essa , e che in assenza di una formalizzata perizia giurata ex art.76,comma 10, del dpr n.207 del 2010, atta a consentire la valutazione della consistenza dell'oggetto del trasferimento , lo stesso atto è comunque idoneo ad essere utilizzato ai fini della qualificazione.

Dunque, non ogni trasferimento di ramo aziendale comporta, anche se il cedente non perde la consistenza che gli ha consentito di ottenere le attestazioni Soa, l'automatica decadenza dalla loro titolarità.[\[1\]](#)

[\[1\]](#) Contra, Consiglio di Stato Sezione IV n.811,812, 813 del 2916; Sezione III, n.5573 del 2014

Guida alla lettura.

La sentenza in esame ha una portata innovativa in ordine ad una differente interpretazione da parte della Sezione giudicante rispetto al precedente orientamento giurisprudenziale offerto sul tema.

Rileva, innanzitutto, il *focus* offerto dalla più rilevante giurisprudenza amministrativa in ordine al

contratto di cessione di ramo d'azienda, per cui viene precisato che trattasi di contratto riconducibile alle prescrizioni dell'art. 2556 e dell'art. 2112, sesto comma, c.c. e la cui esegesi segue le regole ordinarie degli artt. 1362 e segg. c.c., ricercando anzitutto la comune intenzione delle parti, anche al di là del significato letterale delle parole, e interpretando le varie clausole contrattuali non isolatamente, ma nel senso che emerge dal complesso dell'atto.

Solo allorché questa esegesi c.d. soggettiva, incentrata sulla volontà delle parti^[1], non dia risultati perché la volontà dei contraenti non risulta manifestata in modo chiaro soccorrono in via sussidiaria le regole della c.d. esegesi oggettiva di cui agli artt. 1366-1370 c.c.

L'azienda – come recita l'art. 2555 c.c. – consiste in una pluralità di beni unificata da un'attività, e cioè attività di organizzazione, a sua volta qualificata in senso finalistico, e cioè predisposta per l'esercizio dell'impresa. Da ciò discende pacificamente la possibilità di negozi che abbiano a oggetto l'azienda quale entità produttiva autonoma distinta dagli stessi beni aziendali singolarmente considerati.

Questa concezione unitaria dell'azienda come oggetto di diritti e di possibili negozi giuridici è sempre stata unanimemente riconosciuta oltre che dal legislatore (artt. 2556, 2561, 2562 c.c.) anche dalla giurisprudenza, che è pervenuta da ultimo all'affermazione che l'azienda può essere oggetto di acquisto non solo a titolo derivativo, ma anche a titolo originario e cioè per usucapione^[2] (Identiche considerazioni possono farsi riguardo al ramo di azienda che, all'interno di un complesso aziendale maggiore, ne mantiene autonomamente le medesime caratteristiche di organizzazione e attitudine all'esercizio dell'impresa).

La giurisprudenza, da ultimo, ha correttamente ricondotto la nozione del ramo di azienda all'art. 2112, quinto comma, c.c., il quale, ancorché dettato a tutela dei diritti dei lavoratori, si dà carico di definire puntualmente la fattispecie riconducibile alla cessione di ramo di azienda, definito come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità^[3].

L'art. 2112, quinto comma, c.c. prevede inoltre che il ramo di azienda va identificato come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento.

Siffatto costruito normativo e giurisprudenziale aveva portato il massimo Consesso amministrativo a fondare un orientamento giurisprudenziale per cui *“..sia connaturale alla cessione di ramo di azienda il trasferimento non già di singoli cespiti, ma di un complesso di beni e diritti organizzato per l'esercizio dell'impresa e idoneo a generare profitti.*

Si è anche osservato come le clausole generali contenute nell'atto di cessione avvalorano il nomen juris dell'atto perché l'elencazione degli elementi trasferiti di cui in contratto e nella perizia di stima viene espressamente dichiarata elencazione non tassativa, laddove invece si dichiara che il ramo è ceduto nella universalità di tutti i beni e i rapporti giuridici attivi e passivi che lo compongono”.

Quindi, non v'è contraddizione qualora, a seguito della cessione di componenti d'un ramo di azienda, gli originari requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria siano

perduti dal cedente senza per questo essere acquistati dal cessionario. Si può allora verificare che lo smembramento del ramo d'azienda dia luogo a due entità minori della precedente, ciascuna delle quali non possieda per intero detti requisiti o, comunque, che si abbia, come nella specie una diminuzione del complesso aziendale, tale da far perdere una parte degli specifici requisiti originari.[\[4\]](#)

Ebbene, con la sentenza in esame singolare è la conclusione del Collegio nel momento in cui testualmente dichiara di preferire, pur conscia del diverso orientamento giurisprudenziale, , alla luce delle specifiche e più puntuali acquisizioni probatorie e documentali, l'analitica disamina del contratto oggetto del contendere, seguito da un atto di precisazione, e la conseguente conclusione secondo la quale con esso non sono stati trasferiti i requisiti della cedente che sono alla base del possesso delle categorie OG11 e OG 11, occorrenti per la gara di che trattasi, posto che il contratto ha avuto ad oggetto soltanto il trasferimento di singoli beni e requisiti.

Dall'esame della documentazione in atti si ricava, infatti, che il contratto ha determinato "il trasferimento di singoli cespiti , dettagliatamente indicati negli allegati che lo compongono e formulati sulla base di apposita perizia giurata, parimenti compresa nel documento".

si dubita che in tale contratto vi sia stata cessione di ramo d'azienda piuttosto che di singoli autonomi rapporti contrattuali e limitati trasferimenti di beni e di risorse ,” senza l'esposizione di una specifica autonomia funzionale e produttiva degli stessi , atta a consentire ex se l'esercizio di un'attività economica che caratterizza un complesso aziendale o ramo di essa , e che in assenza di una formalizzata perizia giurata ex art.76,comma 10, del dpr n.207 del 2010, atta a consentire la valutazione della consistenza dell'oggetto del trasferimento , lo stesso atto è comunque inidoneo ad essere utilizzato ai fini della qualificazione”.

Non è senza significato del resto che ancora oggi il cessionario non ha ottenuto le qualificazioni in questione in virtù del medesimo contratto.

Non può peraltro non avere valore decisivo, a dire del Collegio , atteso il suo effetto vincolante, in mancanza di interventi repressivi o sospensivi dell'Avcp, l'esito della positiva verifica triennale dell'originaria attestazione effettuata dall'organismo di qualificazione, che anzi ha ribadito come con il contratto in esame non vi è stata alcuna soluzione di continuità nel possesso da parte del cedente dell'attestazione necessaria per la partecipazione alla gara.

Conclude il Collegio, come non solo non merita condivisione la tesi della società appellante secondo la quale ogni trasferimento di ramo aziendale comporta comunque, anche se il cedente non perde la consistenza che gli ha consentito di attere le attestazioni Soa, l'automatica decadenza dalla loro titolarità.

Ma anche che tale argomento, anche a non considerare che non riceve alcun supporto dall'art.76 del dpr n.207/2010, non solo appare in contrasto con la disciplina delle competenze in tema di attestazioni e di accertamento dei requisiti di qualificazione, ma anche con il principio del *favor participationis* di cui l'istituto dell'avvalimento è espressione, ponendo limiti ad esso con l'introduzione di un effetto decadenziale automatico non previsto sulla

società ausiliaria quando essa dovesse effettuare una cessione di ramo d'azienda anche quando questa dovesse essere successiva all'avvalimento.

[1] Cass. civ., sez. lav., 12 novembre 2008, n. 27021, Cass. civ., sez. lav., 20 febbraio 2008, n. 4342, Cass. civ., sez. II, 10 dicembre 2008, n. 29029

[2] Cass. civ. ss. uu., 5 marzo 2014, n. 5987.

[3] Cass. civ. sez. III, 30 giugno 2015, n. 13319.

[4] Cons. St., VI, 25 maggio 2012 n. 3056

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3470 del 2016, proposto da:

Comune di Como, in persona del sindaco in carica , rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Antonietta Marciano, Chiara Piatti, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri 5;

contro

Nelsa Srl in proprio e quale Mandataria Capogruppo del costituendo Rti, con Cpl Concordia Soc.Cooperativa in persona del legale rappresentante., rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Alessandra Sandulli, Marco Sella, Addolorata Detta Doris Mansueto, Giannalberto Mazzei con domicilio eletto presso Giannalberto Mazzei in Roma, via Giuseppe Cuboni n. 12; e nei confronti di

-Acsm Agam Spa in proprio e in qualità di Capogruppo Mandataria del costituendo Rti, con Menutencoop Facility Managment s.p.a. e Eurenergy s.r.l. , in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Patrizio Leozappa, Pier Giuseppe Torrani, Giuseppina Incorvaia, con domicilio eletto presso Patrizio Leozappa in Roma, via Giovanni Antonelli, 15;

Siram Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Clarich, Mauro Pisapia, con domicilio eletto presso Marcello Clarich in Roma, viale Liegi, 32;

per la riforma della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE IV n. 00491/2016, resa tra le parti, concernente affidamento servizio energia comprendente fornitura di combustibile, gestione, conduzione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti termici

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Nelsa Srl in proprio e quale Mandataria Capogruppo Rti e di Acsm Agam Spa in proprio e in Qualità di Capogruppo Mandataria del costituendo Rti e di Siram Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 settembre 2016 il Cons. Sandro Aureli e uditi per le parti gli avvocati Paolo Caruso su delega dell'avvocato Maria Antonietta Marciano, Maria Alessandra Sandulli, Addolorata Detta Doris Mansueto, Marcello Clarich, Mauro Pisapia,

Giuseppina Incorvaia,;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La sentenza in epigrafe della quale il Comune appellante, resistente in primo grado, chiede la riforma, riguarda l'appalto relativo al servizio energia da effettuare in tutti gli immobili ad esso appartenenti aggiudicato definitivamente al raggruppamento temporaneo di imprese costituito da Nelsa s.r.l. e da CPLI Concordia con provvedimento n.425/RG del 12 marzo 2015, successivamente revocato in autotutela dal Comune di Como con determinazione n.758 del 2015.

Con la detta decisione il primo giudice ha accolto il ricorso proposto da quest'ultimo raggruppamento per ottenere l'annullamento del predetto provvedimento adottato in autotutela e di conseguenza ha annullato il predetto provvedimento di revoca adottato dal Comune di Como.

La revoca dell'aggiudicazione definitiva è stata adottata a seguito delle contestazioni sollevate dal RTI appellante, collocatosi al secondo posto della graduatoria , e dopo la richiesta di chiarimenti all'aggiudicataria RTI Nelsa s.r.l. e CPLI Concordia) sull'effettiva disponibilità delle qualificazioni oggetto dell'avvalimento con Siram da essa utilizzate.

Tale disponibilità veniva esclusa rilevando che dopo la stipula del contratto d'avvalimento Siram aveva in data 28 dicembre 2012 ceduto alla società Gestione Integrata srl il ramo d'azienda comprensivo del diritto di utilizzare le qualificazioni SOA OG11 classe VI e OG1 classe III, messe a disposizione del raggruppamento temporaneo che si era aggiudicato la gara che di conseguenza, non aveva in realtà i requisiti essenziali per la partecipazione ad essa.

La sentenza appellata, esclusi i vizi del procedimento conclusosi con l'impugnato provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, analizzato il contenuto del contratto intervenuto tra Siram e Gestione Integrata srl ha escluso che esso avesse determinato le condizioni per poter affermare che Siram era stata privata delle proprie predette qualificazione SOA, avendone pattuito il trasferimento. del trasferimento delle predette qualificazioni.

Con la sentenza in esame il primo giudice ha inoltre ritenuto (punto 5) "Parimenti fondata la censura diretta a contestare l'affermazione di genericità del contratto di avvalimento stipulato tra Nelsa srl e Siram spa"

Con l'appello in esame il Comune di Como appellante , e resistente in primo grado, ha contestato radicalmente le argomentazioni esposte nella sentenza impugnata, criticandone lo svolgimento con il supporto di precedenti specifici di questo Consiglio, sia in relazione al ritenuto contenuto del contratto intervenuto il 28 dicembre 2012 tra Siram spa e Gestione

Integrata srl sia in rapporto al profilo prioritario della impossibilità giuridica del mantenimento delle dette qualificazioni come conseguenza del fatto stesso che il contratto ha determinato il mutamento dell'assetto aziendale in virtù del quali esse erano state rilasciate, con la conseguenza ulteriore, a cui non sfugge neppure una lettura non strettamente letterale dell'art.76, co.11, del d.p.r. n.207/2010, che neppure successive e necessariamente nuove attestazioni dell'Organismo di certificazione sul mantenimento dei requisiti necessari per ottenere la conferma delle precedenti qualificazioni può evitare determinandosi comunque la discontinuità nel possesso delle stesse, che peraltro non possono neppure essere oggetto di "autocertificazione" della società interessata al loro mantenimento. Deduce infine il comune appellante la nullità della sentenza impugnata per violazione dell'art.112 del c.p.c. richiamata dall'art.39 del c.p.a. avendo esaminato, respingendola, la censura sulla genericità dell'avvalimento di Siram spa a Nelsa srl, ancorchè tale censura non fosse stata da alcuno ritualmente edotta.

Si sono costituite in giudizio per chiedere il rigetto del ricorso sia la Nelsa srl , in proprio e come mandataria, sia Siram spa..

Si è costituita anche Acsm Agam Spa in proprio e in qualità di Capogruppo Mandataria del costituendo Rti per chiedere l'accoglimento del gravame del Comune.

Ha depositato memoria sia Nelsa s.r.l. che Sirame con cui hanno controdedotto analiticamente all'appello del Comune di Como, ribadendo conclusivamente la richiesta del suo rigetto.

All'udienza del 29 settembre 2016 fissata per la discussione la causa è stata trattenuta in decisione.

L'appello è infondato.

A tal riguardo la Sezione, consapevole del contrario orientamento espresso in alcune decisioni di questo Consiglio ampiamente commentate dalla parti (set.Sezione IV n.811,812, 813 del 2916; Sezione III, n.5573 del 2014) ,ritiene tuttavia di dover condividere e far propria, alla luce delle specifiche e più puntuali acquisizioni probatorie e documentali, l'analitica disamina del contratto intervenuto il 28 12.2012 tra Siram spa e Gestione integrata srl, (preceduto dall'accordo Quadro del 5 12.2012, e seguito dall'atto di precisazione del 24 luglio 2013) e la conseguente conclusione secondo la quale con esso non sono stati trasferiti i requisiti della prima che sono alla base del possesso delle categorie OG11 e OG 11, occorrenti per la gara di che trattasi, posto che il contratto ha avuto ad oggetto soltanto il trasferimento di singoli beni e requisiti.

Dall'esame della documentazione in atti si ricava, infatti, che il contratto ha determinato "il trasferimento di singoli cespiti , dettagliatamente indicati negli allegati che lo compongono e formulati sulla base di apposita perizia giurata, parimenti compresa nel documento".

Si tratta di conclusione che riceve indiretta ma autorevole conferma nella nota del 10 aprile 2014 dell'Avcp (oggi ANAC), dove si dubita che in tale contratto vi sia stata cessione di ramo d'azienda piuttosto che di singoli autonomi rapporti contrattuali e limitati trasferimenti di beni e

di risorse ,” senza l’esposizione di una specifica autonomia funzionale e produttiva degli stessi , atta a consentire ex se (a Gestione Integrata srl; aggiunta di questo giudice) l’esercizio di un’attività economica che caratterizza un complesso aziendale o ramo di essa , e che in assenza di una formalizzata perizia giurata ex art.76,comma 10, del dpr n.207 del 2010, atta a consentire la valutazione della consistenza dell’oggetto del trasferimento , lo stesso atto è comunque idoneo ad essere utilizzato ai fini della qualificazione”.

Non è senza significato del resto che ancora oggi Gestione Integrata srl non ha ottenuto le qualificazioni in questione in virtù del contratto con Siram spa.

Non può peraltro non avere valore decisivo , atteso il suo effetto vincolante, in mancanza di interventi repressivi o sospensivi dell’Avcp, l’esito della positiva verifica triennale dell’originaria attestazione effettuata da Protos (oggi SOA Group) in data 7 novembre 2013, con la quale il medesimo organismo di attestazione ha in sostanza confermato quanto già ritenuto con determinazione del 31 luglio 2013 su richiesta dell’Avcp, e dove ha ribadito che con il contratto in esame non vi è stata alcuna soluzione di continuità nel possesso da parte di Siram dell’attestazione necessaria per la partecipazione alla gara bandita per l’affidamento del servizio calore dal Comune di Como.

Non revocabile in dubbio che Protos SOA mediante la detta verifica triennale non ha dato luogo ad una rinnovazione ex nunc della validità del precedente certificato ma ha attestato la sua perdurante validità, considerazione quest’ultima che contiene anche una critica all’argomento secondo il quale la società ausiliaria del Raggruppamento aggiudicatario non poteva autocertificare il possesso della qualificazioni che avrebbe perduto.

Ancora una volta ci si trova quindi alla presenza di determinazioni che sono state successivamente ribadite da Protos SOA) oggi (SOA Group) con nota in atti del 29 luglio 2015, ad esito di ulteriore verifica chiesta da Avcp, per effetto della sentenza sfavorevole a Siram spa pronunciata da questo Consiglio (Sez. III n.5573/2014).

Discende da quanto esposto in precedenza che non merita condivisione la tesi della società appellante secondo la quale ogni trasferimento di ramo aziendale comporta comunque, anche se il cedente non perde la consistenza che gli ha consentito di ottenere le attestazioni Soa, l’automatica decadenza dalla loro titolarità.

Senonché tale argomento, anche a non considerare che non riceve alcun supporto dall’art.76 del dpr n.207/2010, non solo appare in contrasto con la disciplina delle competenze in tema di attestazioni e di accertamento dei requisiti di qualificazione, ma anche con il principio del *favor participationis* di cui l’istituto dell’avvalimento è espressione, ponendo limiti ad esso con l’introduzione di un effetto decadenziale automatico non previsto sulla società ausiliaria quando essa dovesse effettuare una cessione di ramo d’azienda anche quando questa dovesse essere successiva all’avvalimento.

Per completezza d’esame va infine osservato che sull’esito di accoglimento contenuto nella sentenza appellata non ha alcuna influenza, effetto di cui per la verità non dubitano neppure i resistenti, la parte in cui il primo giudice afferma essere “fondata la censura diretta a

contestare l'affermazione di genericità del contratto di avvalimento stipulato tra Nelsa srl e Siram spa" non avvedendosi che tale censura non è stata da alcuno proposta.

Il dispositivo della sentenza di primo grado rimane, invero, logicamente e giuridicamente sorretto dalla sola parte motiva di essa che è stata sviluppata prima dell'esame della censura relativa alla genericità del detto avvalimento, svolgimento quest'ultimo che deve pertanto essere ritenuto *inutiliter datum*.

L'appello in conclusione deve essere respinto.

La novità della questione trattata consente la compensazione delle spese anche di questo grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere