



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 5138 del 2014, proposto dalla s.a.s. Serena Costruzioni di Franco A. Mallamaci & C., in persona del suo legale rappresentante “pro tempore”, rappresentata e difesa dagli avvocati Ennio De Vita, Sabato Criscuolo e Roberto Colagrande, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Carmine De Vita in Roma, Via Gallia, n. 122;

contro

La s.r.l. Robertazzi Costruzioni, in persona del suo legale rappresentante “pro tempore”, rappresentata e difesa dall’avv. Vincenzo Cestaro, con domicilio eletto presso l’avv. Leopoldo Fiorentino (studio Carlini) in Roma, piazza Cola di Rienzo, 92;

nei confronti di

Comune di San Gregorio Magno, n. c. ;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Campania, Sez. di Salerno -Sez. I, n. 962/2014, concernente l’affidamento di lavori di approvvigionamento e potenziamento energetico degli elettrodotti in località Vadurso;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio della società Robertazzi Costruzioni;

Vista l’ordinanza collegiale della sezione n. 3129/2014 di rigetto della domanda di sospensione dell’esecutività della sentenza, presentata dall’appellante;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del 16 dicembre 2014 il cons. Marco Buricelli e uditi per le parti l’avvocato Gianluca Calderara, su delega dell’avv. Roberto Colagrande per l’appellante, e l’avvocato Vincenzo Cestaro per l’appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con avviso del 4 febbraio 2013, il Comune di San Gregorio Magno (SA) ha indetto una gara d’appalto per la realizzazione di lavori di approvvigionamento e di potenziamento energetico degli elettrodotti in località Vadurso, per un importo a base d’asta di € 948.582,57, oltre agli oneri di sicurezza.

La società Serena Costruzioni (in seguito anche Serena) ha partecipato alla procedura classificandosi seconda in graduatoria, mentre la società Robertazzi Costruzioni (più avanti anche Robertazzi) si è collocata al terzo posto.

In seguito all'esclusione dalla gara della prima graduata (cioè della s.r.l. Artelettra, disposta per irregolarità contributive), la Serena Costruzioni è stata dapprima individuata come aggiudicataria provvisoria e quindi, dopo la verifica del possesso dei requisiti, con determina n. 8 del 17 gennaio 2014 del responsabile dell'UTC, è stata dichiarata aggiudicataria in via definitiva.

La Robertazzi, pertanto, seconda classificata, - avvedutasi della circostanza che la Serena, per la partecipazione alla gara, aveva stipulato un contratto di avvalimento con la S.A.T.M.E. per la categoria OG 10 classifica III e per la classificazione SOA da quest'ultima posseduta in ordine a tale requisito, e che nel frattempo la SATME non possedeva più tale requisito avendo, nel frattempo, in data 24 gennaio 2014, sostituito il certificato SOA suindicato con il certificato n. 9090, rilasciato sempre dalla società AXSOA, nel quale sono presenti esclusivamente le ctg. OG 11 e OG 3I, con un ridimensionamento, quindi, dell'attestazione, e uno scorporo della ctg. OG 10 III, requisito indispensabile per partecipare alla gara "de qua", in data 12 febbraio 2014 ha fatto presente tale accadimento al Comune, con invito a provvedere.

Nell'inerzia dell'Amministrazione la Robertazzi, - con atto notificato il 17 febbraio 2014 ha proposto ricorso al TAR Campania –Salerno, chiedendo l'annullamento della determina di aggiudicazione definitiva n. 8 del 17 gennaio 2014 e la condanna del Comune al risarcimento dei danni, e deducendo violazione di legge ed eccesso di potere sotto svariati profili.

L'Amministrazione comunale, con nota in data 3 marzo 2014, ha fatto presente che la ditta SATME aveva ceduto il ramo d'azienda alla ditta Elettrica 3B s.r.l. l'11 novembre 2013 e che la SOA Quadrifoglio aveva comunicato in data 7 febbraio 2014 alla Elettrica 3B l'avvio dell'istruttoria per il rilascio dell'attestazione SOA.

Con nota del 13 marzo 2014, il Responsabile dell'UTC comunale ha comunicato alla Robertazzi che in data 26 febbraio 2014 la società Serena aveva fatto pervenire al Comune l'attestazione SOA per la categoria OG10 -III della Ditta Elettrica 3B: ritenendo conservati in capo all'aggiudicataria le condizioni e i requisiti relativi alla procedura di gara, la stazione appaltante ha rigettato la richiesta della Robertazzi di annullare la citata determina n. 8/2014.

Avverso le note comunali suindicate la Robertazzi ha proposto motivi aggiunti.

2. Con la sentenza in epigrafe, pronunciata ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., il Tar di Salerno, nella resistenza del Comune e della controinteressata, ha accolto il ricorso della Robertazzi – compensando le spese di lite- e, per l'effetto, ha annullato gli atti impugnati sul rilievo che, "all'esito della cessione del ramo d'azienda effettuata dalla società ausiliaria SATME, la società aggiudicataria era risultata temporaneamente priva della prescritta qualificazione, ottenuta solo all'esito del successivo conseguimento di attestazione SOA da parte della subentrante Elettrica 3B (di guisa che dalla data dell'11 novembre 2013 fino al 26 febbraio 2014 erano, di fatto, venuti meno i requisiti oggetto di avvalimento che avevano legittimato l'aggiudicazione provvisoria a favore della controinteressata)", e "che il possesso continuato della qualificazione per la categoria OG 10 classifica III era, anche a termini di bando, requisito necessario per l'aggiudicazione, palesandosi la acclarata soluzione interinale di continuità preclusiva dell'aggiudicazione definitiva e la stipula del successivo contratto".

3. Con ricorso notificato il 17 giugno 2014 e depositato in segreteria il 19 giugno 2014, la società Serena Costruzioni ha proposto appello.

Ad avviso dell'appellante, che ha dedotto violazione degli articoli 49 e 51 del d. lgs. n. 163/2006 e dell'art. 2498 cod. civ. , la temporanea assenza della qualificazione SOA per la categoria OG10 – classifica III, rilevata dal giudice di primo grado, non sussisterebbe, dovendo ricavarci, dall'art. 2498 cod. civ. e dall'art. 51 del d. lgs. n. 163/2006, il principio in base al quale la cessione del ramo di azienda implica la "continuità dei rapporti giuridici", ossia la "continuità della gestione".

Nell'appello si sostiene che vi sarebbe continuità tra la precedente e la nuova gestione imprenditoriale, con il subingresso del cessionario nella generalità dei rapporti, attivi e passivi,

facenti capo al cedente, ivi compresi i titoli e le referenze che derivano dallo svolgimento dell'attività propria del ramo ceduto.

L'appellante ritiene in particolare che vi sia continuità tra la precedente attestazione SOA rilasciata alla SATME e quella in seguito ottenuta dalla Elettrica 3B che, non a caso, ha iniziato a produrre i suoi effetti dal 26 febbraio 2014, vale a dire dal giorno successivo a quello di scadenza del termine di efficacia dell'attestazione SOA di SATME.

L'appellante ha concluso chiedendo l'accoglimento del ricorso e, in riforma della sentenza impugnata, il rigetto del ricorso di primo grado.

Resiste la società Robertazzi.

Con ordinanza n. 3129/2014, l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza è stata respinta, sul rilievo che "le doglianze contenute nel gravame non appaiono scalfire le argomentazioni contenute nella sentenza appellata, di cui si invoca la sospensione, anche in ragione di quanto espressamente previsto dal primo periodo del comma 11 dell'art. 76, d.P.R. n. 207/2010, in ordine alla necessità che le SOA accertino quali requisiti sono trasferiti al cessionario con l'atto di cessione".

All'udienza del 18 dicembre 2014 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

4. Ritiene la Sezione che l'appello sia infondato e vada respinto: va infatti condivisa la ragione posta a base della ordinanza resa dalla sezione nella fase cautelare ex art. 98 c.p.a., là dove, ai fini della reiezione dell'istanza di sospensiva ex art. 98 cit., è stato fatto richiamo all'art. 76, comma 11, del d.P.R. n. 207/2010, in ordine alla necessità che le SOA accertino quali requisiti sono trasferiti al cessionario con l'atto di cessione (l'art. 76, comma 11, cit. prevede che "ai fini dell'attestazione di un nuovo soggetto, nell'ipotesi in cui lo stesso utilizzi l'istituto della cessione del complesso aziendale o di un suo ramo, le SOA accertano quali requisiti di cui all'articolo 79 sono trasferiti al cessionario con l'atto di cessione. Nel caso in cui l'impresa cedente ricorra alla cessione del complesso aziendale o di un suo ramo, la stessa può richiedere alla SOA una nuova attestazione, riferita ai requisiti oggetto di trasferimento, esclusivamente sulla base dei requisiti acquisiti successivamente alla cessione del complesso aziendale o del suo ramo").

La norma sopracitata onera l'azienda che ceda un proprio ramo di richiedere alla SOA una nuova attestazione. A seguito di tale richiesta, la società di attestazione instaura un nuovo procedimento di valutazione dei requisiti oggetto di trasferimento e di quelli acquisiti successivamente allo stesso, che si conclude, sussistendone le condizioni, con il rilascio alla cedente della nuova attestazione di qualificazione.

Tale disciplina trova applicazione anche nel caso inverso, nel quale a voler avvalersi dell'attestazione di qualificazione della cedente sia non la cedente stessa ma la cessionaria. Anche in questo caso dovrà essere richiesta una nuova attestazione, che tenga conto dei requisiti maturati dalla cessionaria attraverso l'incorporazione del ramo d'azienda.

Ad avviso del collegio, l'attestazione di qualificazione rilasciata da una SOA non è cedibile, dato che viene rilasciata al termine di un procedimento istruttorio diretto ad accertare il possesso dei requisiti previsti dalla legge in capo al solo soggetto giuridico che l'ha richiesta.

Tali requisiti possono essere trasmessi ad altra azienda, ma il loro trasferimento implica la cancellazione o quantomeno il ridimensionamento dell'attestazione di qualificazione dell'azienda cedente; nel contempo il cessionario, ossia il soggetto destinatario dei requisiti, viene onerato a richiedere "ex novo" una propria attestazione SOA.

Di conseguenza, nel caso di cessione di ramo d'azienda, né il cedente né il cessionario possono valersi della attestazione di qualificazione posseduta dall'azienda ceduta, pur potendo richiederne una nuova alla società di attestazione.

La nuova attestazione avrà però efficacia solo dopo il suo rilascio, vale a dire dopo che sono stati effettuati tutti i controlli del caso, lasciando l'azienda cessionaria, durante il periodo che intercorre tra l'incorporazione del ramo e l'ottenimento della nuova attestazione SOA, priva dell'attestato di qualificazione.

Nel caso di specie, requisito indispensabile per la partecipazione alla gara era il possesso della categoria OG 10 –III.

Serena Costruzioni aveva ovviato alla carenza del requisito avvalendosi, ex art. 49 del c.c.p., dell’attestazione di qualificazione posseduta dall’ausiliaria SATME.

Dall’11 novembre 2013, vale a dire dalla data in cui SATME ha ceduto il ramo d’azienda a Elettrica 3B, l’attestazione di qualificazione di SATME è stata ridimensionata, mediante lo scorporo della categoria OG 10 -III, requisito indispensabile per la partecipazione alla gara per cui è causa.

Da quel momento e fino al 26 febbraio 2014, data in cui Elettrica 3B ha ottenuto la nuova attestazione, Serena Costruzioni ha inteso avvalersi dei requisiti non più posseduti da SATME per partecipare alla procedura e per la stipula del contratto.

Il fatto che nel dicembre del 2013 Elettrica 3B abbia stipulato un contratto con la SOA al fine di ottenere la propria attestazione di qualificazione, avvalendosi dei requisiti del ramo d’azienda ceduto dalla società SATME, è influente ai fini di causa, così come è influente il fatto che l’attestazione relativa alla categoria OG 10 -III sia stata infine conseguita da Elettrica 3B in data 26.2.2014, in asserita continuità con l’attestazione SATME con scadenza 24 febbraio 2014.

Tale continuità non sussiste –anzi, si è verificata una “soluzione di continuità” nel possesso dell’attestato di qualificazione- dato che, come già evidenziato, e come puntualmente osserva la difesa dell’appellata, non è possibile fruire dell’attestazione SOA della cedente poiché, nel momento della cessione, l’attestazione originaria viene ridimensionata e parametrata agli effettivi requisiti posseduti dalla società cedente.

Nella specie, Serena Costruzioni è dunque rimasta temporaneamente priva del necessario requisito di qualificazione, risultante dall’attestazione di qualificazione in capo alla SATME, a partire dall’11 novembre 2013, data della cessione del ramo d’azienda in favore della Elettrica 3B, e fino al 26 febbraio 2014, data in cui è stata rilasciata ad Elettrica 3B la nuova attestazione di qualificazione.

Pertanto, come ritenuto dal Tar, l’aggiudicazione provvisoria e quella definitiva sono da ritenersi illegittime, dal momento che dall’11 novembre 2013 al 26 febbraio 2014 l’ausiliaria SATME era priva del necessario requisito di qualificazione, mentre Elettrica 3B ha conseguito la nuova attestazione SOA per la ctg. OG 10 –III soltanto a fare data dal 26 febbraio 2014, di tal che Serena Costruzioni “era risultata temporaneamente priva della prescritta qualificazione” ed in modo illegittimo è stato autorizzato dal Comune il subentro di Elettrica 3B, non in possesso dei requisiti richiesti dalla “lex specialis”, avendoli conseguiti solo in data 26 febbraio 2014.

Appare dunque corretta la tesi del Tar secondo la quale dal momento della cessione del ramo d’azienda da SATME a Elettrica 3/B (11 novembre 2013) al 26 febbraio 2014, data del conseguimento dell’attestazione SOA per la ctg. OG 10 –III in capo alla Elettrica 3/B si è verificata una “soluzione di continuità” nel possesso dell’attestato di qualificazione, una “interruzione preclusiva” dell’aggiudicazione della gara a –e della stipulazione del contratto con – Serena Costruzioni.

5. La ricostruzione che precede comporta l’infondatezza del ricorso in appello, basato, come si è detto sopra, su una insussistente, nel caso concreto, continuità dei rapporti giuridici o su una continuità tra precedente e nuova gestione.

L’appello va dunque respinto e per l’effetto va confermata l’impugnata sentenza di accoglimento del ricorso di primo grado.

Tuttavia, le sopra evidenziate peculiarità della controversia appaiono tali da giustificare l’integrale compensazione delle spese del grado di giudizio tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello n. 5138 del 2014, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l’effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese del grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 16 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente
Francesco Caringella, Consigliere
Carlo Saltelli, Consigliere
Manfredo Atzeni, Consigliere
Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/01/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)