

Prot. n. 331/C/2018

Preg.mi Sigg.
Titolari e/o Legali Rappresentanti
delle Imprese associate
LORO SEDI

Ragusa, 5 Dicembre 2018

Oggetto: **Appalti pubblici: no alla cessione del solo fatturato.**

Nelle gare di lavori d'importo superiore a 20 milioni euro, il requisito del fatturato minimo può essere dimostrato con i bilanci dell'impresa locatrice, a patto che l'atto traslativo abbia interessato un'entità dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica.

La valutazione dell'atto prescinde dall'eventuale autorizzazione ricevuta dal giudice delegato e dal parere del commissario giudiziale, poiché tali atti rispondono a finalità del tutto estranee alla verifica del possesso dei requisiti di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica.

Lo ha deciso il TAR Lombardia con riferimento alla partecipazione ad una procedura di gara per l'affidamento di lavori di riqualificazione stradale, in cui la *lex specialis* chiedeva ai concorrenti di attestare la propria capacità economico-finanziaria dimostrando di aver realizzato una determinata cifra d'affari nei migliori cinque anni del decennio antecedente la data di indizione del bando (Milano, sent. 12 novembre 2018, n. 2546).

Per comprovare il possesso del requisito in questione, l'impresa - avverso cui era stato proposto il ricorso - aveva utilizzato la cifra di affari maturata da un'altra società, con la quale aveva stipulato un contratto definito di "affitto di ramo d'azienda", in ragione del quale «l'affittuario può avvalersi dei requisiti posseduti dall'impresa locatrice se il contratto di affitto abbia durata non inferiore a tre anni» (art. 76, co. 9, del d.P.R. n. 207/2010).

Orbene, secondo il Collegio, il contratto stipulato tra le due imprese, a dispetto del *nomen iuris* adoperato dalle parti, non poteva essere qualificato come affitto di ramo d'azienda, poiché prevedeva la mera consegna della documentazione utile ad una successiva attestazione SOA e la consegna di alcuni beni (in tutto solo sette). Non si trattava pertanto di un trasferimento di una «**entità dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica funzionalizzata allo svolgimento di un'attività** volta alla produzione di beni o servizi».

Infatti, il suddetto contratto limitandosi a elencare individualmente documentazione e beni trasferiti (quasi fosse un noleggjo), non valorizzava la loro funzione unitaria e

strumentale all'esercizio dell'impresa, rendendo dubbio che le parti avessero convenuto il trasferimento in affitto di un vero e proprio ramo d'azienda.

Sotto questo aspetto, non poteva neppure rilevare, in senso contrario, la circostanza che il giudice delegato della procedura di concordato avesse rilasciato un'autorizzazione alla stipula dell'atto traslativo, previa acquisizione del parere favorevole del commissario giudiziale.

Infatti, l'autorizzazione del giudice delegato ed il parere del commissario giudiziale rispondono a finalità del tutto estranee alla verifica del possesso dei requisiti di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica.

A tale proposito è interessante quanto rappresentato dal TAR Campania, che sempre con riferimento ai trasferimenti aziendali ha evidenziato che «*il quadro normativo di riferimento è ispirato dall'intento di realizzare una sintesi coerente ed efficace tra il principio di libera iniziativa economica delle imprese, da un lato, e, dall'altro, dall'interesse del committente pubblico ad instaurare relazioni giuridiche con contraenti in possesso di idonei requisiti di partecipazione e, quindi, affidabili*» (Napoli, Sez. I, sent. 11 luglio 2018, n. 4638, con riferimento ad espetti del d.lgs. 163/2006, non mutati nella sostanza dal d.lgs. 50/2016).

Ciò evidenzia la delicatezza del riscontro di un eventuale trasferimento aziendale degli operatori economici che concorrono alla gara, che impone alla stazione appaltante l'obbligo di effettuare le puntuali verifiche dirette ad accertare il possesso dei requisiti previsti per l'ammissione dell'impresa interessata dalla vicenda modificativa (T.A.R. Puglia, Bari, n. 729/2015; T.A.R. Lazio, Roma, n. 2279/2009).

Tali verifiche sono dirette, in particolare, ad accertare il rispetto del principio della necessaria continuità e/o permanenza dei requisiti necessari per l'ammissione ad una procedura concorsuale delle società interessate alle relative operazioni economiche. Sotto questo profilo, il TAR Campania ha quindi ritenuto che l'attestazione SOA, ottenuta a valle del trasferimento aziendale, sia «*in grado di saldare retroattivamente gli effetti di accertamento del requisito speciale di qualificazione, per come intrinsecamente connesso al complesso aziendale ceduto, al momento dell'intervenuta modifica soggettiva*».

Di contro, nel caso posto all'attenzione del TAR Lombardia, la stazione appaltante ha anticipato la SOA, decidendo che il concorrente non avrebbe potuto utilizzare, ai fini della partecipazione alla gara, la cifra di affari maturata dalla cedente e pertanto doveva essere esclusa, in quanto priva del relativo requisito.

Nell'annullare l'aggiudicazione, veniva disposto il subentro nel contratto nelle more già stipulato, con la precisazione che esso deve operare in relazione alle condizioni originarie, come in tutte le ipotesi di successione a titolo particolare nel rapporto negoziale.

Cordialità

ANCE RAGUSA
II VICE PRESIDENTE
(Geom. Giovanni Bonometti)