

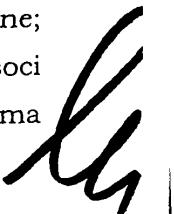
sull'organizzazione aziendale e sulla produzione delle imprese di costruzione, nonché sulla loro capacità operativa ed economico-finanziaria.

E' fatto divieto alle SOA, pena la decadenza dell'autorizzazione, di erogare servizi di qualsiasi natura ad operatori economici, direttamente ovvero a mezzo di società collegate o di società in virtù di rapporti contrattuali. La composizione e la struttura organizzativa delle SOA deve assicurare, anche in presenza di eventuali situazioni di controllo o di collegamento, individuate secondo quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile, il rispetto del principio di indipendenza di giudizio e l'assenza di qualunque interesse commerciale, finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori.

Le SOA devono dichiarare e adeguatamente documentare, entro quindici giorni dal loro verificarsi, le eventuali circostanze che possano implicare la presenza di interessi idonei ad influire sul requisito dell'indipendenza.

Non possono svolgere attività di attestazione le SOA:

- a) che si trovano in stato di fallimento, liquidazione, concordato preventivo, o qualsiasi altra situazione equivalente secondo la legislazione vigente;
- b) che sono soggette a procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni;
- c) che non sono in regola con gli obblighi fiscali, contributivi ed assistenziali previsti dalla vigente legislazione o abbiano commesso gravi violazioni debitamente accertate delle norme in materia di sicurezza e degli obblighi derivanti dai rapporti di lavoro;
- d) qualora nei confronti dei propri amministratori, legali rappresentanti, soci diretti o indiretti, direttori tecnici e del personale di cui all'articolo 67, comma 2, sia pendente un procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione prevista dall'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956 n. 1423, o sussista una delle cause ostative previste dell'articolo 10 della legge 31 maggio 1965 n. 575 (ora art. 6 e art. 67 del decreto legislativo n. 159 del 2011 - n.d.r.), ovvero nei cui confronti sia stato emanato un provvedimento da cui derivi il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione;
- e) qualora nei confronti dei propri amministratori, legali rappresentanti, i soci diretti o indiretti, o i direttori tecnici e del personale di cui all'articolo 67, comma



2, sia stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, ovvero di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale per qualsiasi reato che incida sulla affidabilità morale o professionale, o per delitti finanziari; f) qualora gli amministratori, i legali rappresentanti, i soci diretti o indiretti, i direttori tecnici e il personale di cui all'articolo 67, comma 2, si siano resi responsabili di errore professionale grave formalmente accertato; g) qualora gli amministratori, i legali rappresentanti, i soci diretti o indiretti, i direttori tecnici e il personale di cui all'articolo 67, comma 2, abbiano reso false dichiarazioni o fornito falsa documentazione in merito alle informazioni loro richieste o all'assenza di situazioni idonee a pregiudicare il requisito dell'indipendenza o abbiano utilizzato con dolo o colpa grave documentazione dell'impresa, di cui agli articoli 78 e 79, non veritiera.

Ai fini del controllo e della vigilanza sulla composizione azionaria delle SOA, sulla persistenza del requisito dell'indipendenza e l'assenza delle condizioni di cui all'articolo 64, comma 6, l'Autorità può richiedere, indicando il termine per la risposta non superiore a dieci giorni, alle stesse SOA e alle società ed enti che partecipano al relativo capitale azionario ogni informazione riguardante i nominativi dei rispettivi soci e le eventuali situazioni di controllo o di collegamento, secondo quanto risulta dal libro dei soci, dalle comunicazioni ricevute e da ogni altro dato a loro disposizione.

I soggetti ammessi a partecipare alle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici relativi a lavori nonché le regioni e le province autonome non possono possedere, a qualsiasi titolo, direttamente o indirettamente, una partecipazione al capitale di una SOA.

Di qui l'attenzione alla compagine delle SOA , alla loro proprietà.

Chiunque, a qualsiasi titolo, intenda acquisire o cedere, direttamente o indirettamente, una partecipazione azionaria in una SOA, deve manifestare tale intenzione alla SOA stessa, allegando la documentazione richiesta al fine del rilascio del nulla osta da parte dell'Autorità.



La SOA, valutata l'esistenza dei presupposti di legittimità dell'operazione di cessione azionaria, invia all'Autorità la richiesta di nulla osta al trasferimento azionario.

La richiesta di nulla osta è necessaria anche per i trasferimenti azionari all'interno della compagine sociale esistente.

Si intendono acquisite o cedute indirettamente le partecipazioni azionarie trasferite tramite società controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, società fiduciarie, o comunque tramite interposta persona. L'Autorità, entro sessanta giorni dalla comunicazione, può vietare il trasferimento della partecipazione quando essa può influire sulla correttezza della gestione della SOA o può compromettere il requisito dell'indipendenza a norma dell'articolo 64, comma 4; il decorso del termine senza che l'Autorità adotti alcun provvedimento equivale a nulla osta all'operazione.

In caso di richieste istruttorie il termine rimane sospeso per una sola volta fino al relativo adempimento.

Il trasferimento della partecipazione, una volta avvenuto, è comunicato all'Autorità e alla SOA entro quindici giorni.

Non solo, quindi, la proprietà delle SOA è disciplinata in forma da garantire un accentuato controllo pubblico sulla cessione di quote azionarie o su fusioni e/o incorporazioni, ossia su tutte quelle operazioni straordinarie involgenti modifiche soggettive dell'assetto proprietario dietro lo schermo anonimo delle azioni e del mutamento della loro titolarità, ma anche i dipendenti devono rispondere a specifici requisiti di legge.

L'organico minimo delle SOA è costituito:

da un direttore tecnico laureato in ingegneria, o in architettura, abilitato all'esercizio della professione da almeno dieci anni, iscritto, al momento dell'attribuzione dell'incarico, al relativo albo professionale, assunto a tempo indeterminato e a tempo pieno, dotato di adeguata esperienza almeno quinquennale nel settore dei lavori pubblici maturata in posizione di responsabilità direttiva, nell'attività di controllo tecnico dei cantieri (organizzazione, qualità, avanzamento lavori, costi) o di valutazione della capacità economico - finanziaria delle imprese in relazione al loro portafoglio ordini, ovvero nella attività di certificazione della qualità; il medesimo direttore tecnico deve dichiarare, nelle forme

previste dalle vigenti leggi, di non svolgere analogo incarico presso altre SOA;

b) da tre laureati, di cui uno in ingegneria o architettura, uno in giurisprudenza ed uno in economia e commercio, assunti a tempo indeterminato e a tempo pieno, in possesso di esperienza professionale almeno triennale attinente al settore dei lavori pubblici;

c) da sei dipendenti, in possesso almeno del diploma di scuola media superiore, assunti a tempo indeterminato e a tempo pieno.

Anche le dotazioni oggettive devono essere controllate: le SOA devono disporre di attrezzatura informatica per la comunicazione delle informazioni all'Osservatorio conforme al tipo definito dall'Autorità.

Lo svolgimento da parte delle SOA dell'attività di attestazione della qualificazione è subordinato alla autorizzazione dell'Autorità.

La SOA presenta istanza di autorizzazione, corredata dai seguenti documenti, idonei a consentirne una rapida radiografia da parte del soggetto titolare del potere di vigilanza (atto costitutivo e statuto sociale; elencazione della compagine sociale e dichiarazione circa eventuali situazioni di controllo o di collegamento; organigramma della SOA, comprensivo del curriculum dei soggetti che ne fanno parte; dichiarazione del legale rappresentante, nei modi e con le forme previsti dalle vigenti leggi, circa l'inesistenza delle situazioni previste dall'articolo 64, comma 6, in capo alla SOA, ai suoi amministratori, legali rappresentanti o direttori tecnici e del personale di cui all'articolo 67, comma 2, etc)

L'Autorità deve iscrivere in apposito elenco le società autorizzate a svolgere l'attività di attestazione e ne assicura la pubblicità per il tramite dell'Osservatorio.

Esiste, quindi, uno stretto raccordo tra l'AVCP e le SOA : l'Autorità, sulla base delle attestazioni trasmesse dalle SOA ai sensi dell'articolo 70, comma 6, cura la formazione su base regionale, con riferimento alla sede legale dei soggetti qualificati, di elenchi delle imprese che hanno conseguito la qualificazione ai sensi dell'articolo 40 del codice ovvero ai sensi dell'articolo 50 del codice. Tali elenchi sono resi pubblici tramite l'Osservatorio.

Esistono canoni comportamentali posti a presidio dell'attività demandata alle SOA che ne accentuano il profilo pubblico in forma non revocabile in dubbio

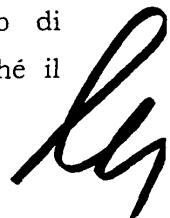
Nel svolgimento della propria attività le SOA devono comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza; acquisire le informazioni necessarie dai soggetti da qualificare ed operare in modo da assicurare adeguata informazione; agire in modo da garantire imparzialità ed equo trattamento; assicurare e mantenere l'indipendenza richiesta dalle disposizioni del codice ; verificare la veridicità e la sostanza delle dichiarazioni, delle certificazioni e delle documentazioni, di cui agli articoli 78 e 79, presentate dai soggetti cui rilasciare l'attestato, etc)

Esistono, altresì, poteri di indagine e verifica: nello svolgimento della propria attività di qualificazione, le SOA acquisiscono i dati di carattere economico-finanziario, quali i bilanci nonché le informazioni sulle variazioni organizzative e sulle trasformazioni della natura giuridica delle imprese, anche dalla banca dati della camera di commercio, industria e artigianato, con ampio riconoscimento di veri e propri poteri istruttori, talmente delicati da non risultare delegabili.

Per l'espletamento delle loro attività istituzionali, infatti, le SOA non possono ricorrere a prestazioni di soggetti esterni alla loro organizzazione aziendale. Le SOA sono comunque responsabili di ogni attività espletata in maniera diretta e indiretta in nome e per conto delle stesse.

Ogni attestazione di qualificazione o di suo rinnovo nonché tutte le attività integrative di revisione o di variazione, sono soggette al pagamento di un corrispettivo determinato, in rapporto all'importo complessivo ed al numero delle categorie generali o specializzate cui si richiede di essere qualificati, secondo le formule di cui all'allegato C - parte I. Per i consorzi stabili, il corrispettivo spettante alle SOA per ciascuna attività è ridotto del cinquanta per cento; per le imprese qualificate fino alla II classifica di importo, il corrispettivo spettante alle SOA per ciascuna attività è ridotto del venti per cento.

Anche le modalità operative sono rigorosamente controllate, esiste, in altri termini, un sistema che prevede il controllo dei controllori : le SOA trasmettono all'Autorità, entro quindici giorni dal loro rilascio, le attestazioni secondo le modalità previste dall'articolo 8, comma 7.del DPR nr. 207/2007 , e comunicano all'Autorità, entro il termine di dieci giorni, l'avvio del procedimento di accertamento del possesso dei requisiti nei confronti delle imprese nonché il relativo esito.



L'Autorità, ai sensi dell'articolo 6, comma 7, lettera m), del codice, vigila sul sistema di qualificazione, e a tale fine, anche effettuando ispezioni, anche senza preavviso, o richiedendo qualsiasi documento ritenesse necessario, controlla che le SOA operino secondo le procedure, anche di controllo interno, presentate in sede di richiesta di autorizzazione ed approvate dall'Autorità stessa, e, soprattutto abbiano un comportamento che elimini qualsiasi possibilità di conflitti di interesse;

rilascino le attestazioni nel pieno rispetto dei requisiti stabiliti nell'articolo 63
La interrelazione strettissima che il sistema ha voluto creare tra gli operatori del settore degli appalti pubblici; le SOA; l'Autorità di Vigilanza dei contratti pubblici dimostra , quindi, un dato incontrovertibile : la finalità fondamentale è stata quella di consentire un accentuato effettivo controllo, con il presidio di un sistema sanzionatorio più che rigido per tutti i soggetti coinvolti.

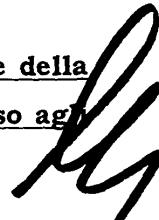
In questa prospettiva la connotazione privata dei soggetti di attestazione sfuma: si è voluta la loro esistenza per consentire controlli effettivi, la cui operatività all'interno dello Stato, o degli altri enti pubblici competenti non era razionale ipotizzare, senza correlativamente pensare ad un enorme aggravio di spesa, anche con riguardo alla necessità di stabile coinvolgimento di operatori tecnici, mezzi e strutture.

Gli oneri relativi alle singole procedure ricadono, invece, con il meccanismo ora detto, sui privati istanti.

Il "contratto" che il privato stipula con la SOA elimina per la struttura statale le spese ora dette, ma si risolve nell'esercizio di poteri di controllo in tutto e per tutto parificati a quelli di un soggetto pubblico, capace di agire con efficacia costitutiva e con effetti restrittivi nella sfera giuridica dei destinatari, in ossequio alle regole di terzietà e legalità che connottano i soggetti per status soggettivo scevri e imparziali.

L'operatore economico, sottoponendosi al controllo della SOA , stipula un accordo, e per disposizione di legge (art. 76 DPR 207/2007) un contratto, che si inserisce in un regime assolutamente vincolistico: vi è in sintesi un obbligo della società a contrarre con chiunque ne faccia richiesta, osservando la parità di trattamento tariffaria.

Tale obbligo è legislativamente previsto, nel senso che l'attestazione della SOA è una prestazione il cui conseguimento è essenziale per l'accesso agli



appalti pubblici ; ed implica, però, disamine da compiersi secondo criteri valutativi posti nel pubblico interesse: si può parlare di attestazione abilitativa.

La violazione dei doveri di legge per un verso si tradurrebbe in un inadempimento, verso l'utente, di un'obbligazione contrattuale (dal momento che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto a risarcire il danno, a meno che non provi che l'inadempimento o il ritardo siano dipesi da fatto a lui non imputabile).

Ad un tempo una simile condotta violativa determinerebbe verso lo Stato (che fonda in capo alla SOA un potere di verifica in condizioni di oligopolio, o di mercato controllato, e in regime di abilitazione) e verso le stazioni appaltanti, più in generale , una responsabilità aquiliana (dal momento che qualunque fatto doloso o colposo che rechi ad altri un danno ingiusto obbliga chi lo ha commesso al risarcimento del danno)

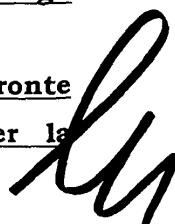
La problematica è simile - sul piano patologico - a quella degli inadempimenti , o degli inesatti adempimenti, delle società di revisione: anche in questo caso è l'obliterazione dei doveri imposti dalla legge da parte di soggetti abilitati ad agire a tutela del mercato, a fronte di una pluralità indistinta di utenti contraenti.

Tutto quanto appena chiarito spiega perché il sistema di qualificazione è attuato da organismi di diritto privato di attestazione, appositamente autorizzati dall'Autorità e perchè l'attività di attestazione è esercitata, per legge, nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori.

Le SOA, nell'esercizio dell'attività di attestazione per i soggetti esecutori di lavori pubblici, svolgono funzioni di natura pubblicistica, anche agli effetti dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20 (con conseguente astratta configurabilità della responsabilità contabile degli operatori e competenza della Corte dei Conti).

Ancora: in caso di false attestazioni dalle stesse rilasciate si applicano gli articoli 476 e 479 del codice penale.

Nel caso che è oggi in contestazione la dazione di somme di denaro a fronte della violazione sistematica dei canoni di istituto, e quindi per la



realizzazione di contegni contrari ai doveri d'ufficio, ha condotto anche alla contestazione di fatti di corruzione ex artt. 319 – 321 c.p.

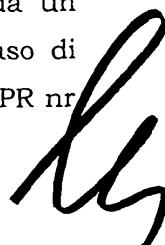
Ben poco interessa che non si siano previste specifiche fattispecie incriminatrici penali nel codice degli appalti – com’è avvenuto negli altri settori economici normativamente controllati, nella prospettiva del governo dell’economia, del credito e del mercato delle garanzie fideiussorie, ad esso correlate – dal momento che **i richiami normativi operati consentono la configurazione di reati propri, con ogni conseguenza sullo status degli attori (si veda sul punto il richiamo all’art. 1, legge nr. 20/1994 già citato).**

L’illiceità della provvista accumulata sotto il profilo fiscale, oltre che per l’aspetto dell’attribuzione soggettiva della proprietà e della ricezione da parte di soggetti terzi estranei rispetto ai fatti di falso e corruzione da cui sono derivati i flussi finanziari acquisiti, implica responsabilità per reati tributari; per trasferimento fraudolento di valori e per riciclaggio , in una cornice organizzata che consente al Pubblico Ministero di contestare, e al Giudice di ritenere, la fattispecie associativa.

Né la ricostruzione – come meglio si vedrà – può ritenersi eccessiva negli esiti, attesa l’entità degli interessi in gioco, oltre che dei profitti illecitamente conseguiti dagli indagati, e la capacità delle condotte tenute di incidere in un ambito delicatissimo della vita socio – economica, la cui scorretta gestione è suscettibile di ledere l’assetto patrimoniale non solo degli enti pubblici, ma anche della compagine imprenditoriale, sotto il profilo dell’obliterazione della corretta concorrenza, e dell’esposizione dei soggetti passivi, o danneggiati, all’illecito accesso alla contrattazione di soggetti non solo non legittimi, ma finanche connotati – dato il settore – dalla penetrazione della criminalità.

Si consideri che nel caso di specie lo schema concettuale è quello del commercio da parte dell’organo che la legge vuole di controllo, ossia da parte della SOA, dei requisiti essenziali per partecipare agli appalti, riconosciuti alle imprese esecutrici dei lavori pubblici da parte delle stazioni appaltanti,.

Tale dato riveste assoluta essenzialità, ove si rifletta sulla circostanza – che meglio si approfondirà - che i certificati in parola possono transitare da un soggetto giuridico all’altro, operante in materia di appalti pubblici, in caso di cessione di ramo d’azienda (si veda sul punto, infra, l’art 76, comma IX DPR nr 207/2007).



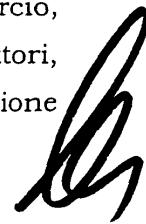
E' proprio questo snodo - la cessione del ramo d'azienda - ad introdurre, nella sua attuale forma operativa, un vulnus nella circolazione dei requisiti essenziali per la partecipazione agli appalti pubblici che la legge vorrebbe certificati ad opera di soggetti aventi status e doveri di tipo pubblicistico, quali sono nel disegno legislativo le SOA.

Ed infatti, è fatto divieto alle SOA, pena la decadenza dell'autorizzazione, di erogare servizi di qualsiasi natura ad operatori economici, direttamente ovvero a mezzo di società collegate o di società in virtù di rapporti contrattuali, per evitare qualsivoglia commistione, o, peggio, conflitto di interesse. La composizione e la struttura organizzativa delle SOA deve assicurare, anche in presenza di eventuali situazioni di controllo o di collegamento, individuate secondo quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile, il rispetto del principio di indipendenza di giudizio e l'assenza di qualunque interesse commerciale, finanziario che possa determinare comportamenti non scevri e non imparziali o, peggio, discriminatori.

Lo statuto deve 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.

Esiste, infine, uno stretto raccordo tra l'AVCP e le SOA : l'Autorità, sulla base delle attestazioni trasmesse dalle SOA ai sensi dell'articolo 70, comma 6, cura la formazione su base regionale, con riferimento alla sede legale dei soggetti qualificati, di elenchi delle imprese che hanno conseguito la qualificazione ai sensi dell'articolo 40 del codice ovvero ai sensi dell'articolo 50 del codice. Tali elenchi sono resi pubblici tramite l'Osservatorio.

In tale prospettiva devono leggersi i poteri di indagine e verifica previsti dal legislatore: nello svolgimento della propria attività istituzionale di qualificazione insuscettibile di delega a soggetti esterni all'organizzazione aziendale, le SOA acquisiscono i dati di carattere economico-finanziario, quali i bilanci nonché le informazioni sulle variazioni organizzative e sulle trasformazioni della natura giuridica delle imprese, anche dalla banca dati della camera di commercio, industria e artigianato, con ampio riconoscimento di veri e propri poteri istruttori, talmente delicati da non risultare delegabili a soggetti esterni all'organizzazione aziendale.



Il collegamento appena detto rende ancora più inquietanti i fatti di penale rilievo ascritti ai soggetti gestori dell'AXSOA, e comunque intorno ad essa operanti: non di controllo pare essersi trattato, ma di mercimonio e, per di più, di mercimonio idoneo a proiettare in astratto ombre sull'Autorità di controllo.

.....

La cessione di azienda in generale.

La cessione di ramo d'azienda in particolare .

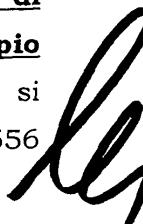
La cessione di azienda o di ramo di azienda che ha qualifica SOA (art. 76 DPR nr. 207/2007)

L'art. 2556 cc – nel testo modificato dalla legge 12 agosto 1993 – così stabilisce:

1. Per le imprese soggette a registrazione, i contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà o il godimento dell'azienda devono esser provati per iscritto, salva l'osservanza delle forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda o per la particolare natura del contratto.
2. I contratti di cui al primo comma, in forma pubblica o per scrittura privata autenticata, devono esser depositati per l'iscrizione nel registro delle imprese , nel termine di trenta giorni, a cura del notaio rogante o autenticante.

La norma, quindi, non richiede una forma ad substantiam, ossia non prescrive una forma a pena di nullità dell'atto, potendo risultare bastevole la forma scritta ad probationem tantum. Per il secondo comma ,poi, la forma richiesta ad probationem tantum – l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata – vale a fini pubblicitari, per preconstituire un titolo idoneo per l'espletamento della pubblicità presso il Registro delle Imprese (obbligo a carico del notaio rogante).

Va, quindi, escluso che il legislatore in sede di riforma dell'art 2556 si sia spinto fino ad imporre una forma negoziale obbligata, per finalità di trasparenza a tutela di interessi di ordine pubblico, derogando al principio generale della libertà della forma: se tale fosse stata la volontà del legis , si sarebbe dovuto intervenire sul primo e non sul secondo comma dell'art 2556



citato, così imponendo la forma solenne a pena di validità per il negozio di trasferimento, e non prescrivere una forma finalizzata solo agli adempimenti pubblicitari (cd forma integrativa)

Ciò non toglie che ogni qualvolta la legge prescriva l'iscrizione nel Registro delle Imprese , vi sia un vero e proprio obbligo a carico delle parti di provvedervi, in quanto l'attuazione delle forme di pubblicità risponde ad un interesse di tipo pubblico.

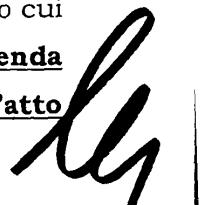
Di ciò si trae conferma dalla disposizione dell'art. 2190 cc, che stabilisce che qualora un'iscrizione obbligatoria non sia stata richiesta, neppure dopo apposito invito, il Registro delle Imprese vi provvede d'ufficio; e dalla disposizione dell'art. 2194 cc, che a sua volta stabilisce che la mancata richiesta di iscrizione nei modi e nei termini stabiliti dalla legge, è punita con apposita ammenda amministrativa.

Quindi il legislatore del 1993 – da un lato ha confermato la distinzione tra imprese soggette ad obbligo di iscrizione nel Registro delle Imprese e imprese non soggette a tale obbligo (art. 2083 cc), dall'altro, per esigenze di trasparenza connesse a interessi di ordine pubblico, ha imposto alle parti di procedere per tramite del notaio , con atto pubblico o scrittura privata autenticata, con obbligo di deposito nel Registro delle Imprese nei successivi trenta giorni. Regole diverse valgono oggi per il trasferimento delle quote sociali in forza della riforma del 2008. Bisogna, però, escludere che la pubblicità prevista per l'atto di trasferimento della proprietà o del godimento di un'azienda sia quello di risolvere il conflitto tra più aventi causa dall'unico cedente, sicchè la priorità dell'acquisto andrà vagliata non già in base all'art 2556 cc , ma in base ai distinti regimi di pubblicità della circolazione dei singoli beni aziendali.

Per i beni immobili viene in rilievo il criterio della priorità della trascrizione ex art 2644 cc; per i mobili registrati, ancora il criterio della priorità della trascrizione ex art 2668 cc; per i beni mobili non registrati la priorità del possesso di buona fede ex art 1155 cc.

Forme peculiari per debiti, crediti, brevetti e marchi.

Escluso, poi, che l'iscrizione possa risolvere il conflitto tra più acquirenti dell'azienda, ai sensi dell'art. 2193 cc rimane fissa la regola generale secondo cui l'iscrizione del trasferimento della proprietà o del godimento dell'azienda rende l'atto opponibile ai terzi (presunzione iuris et de iure) , mentre l'atto



non iscritto non può essere opposto ai terzi a meno che non si provi che ne abbiano avuto conoscenza (presunzione iuris tantum).

L'iscrizione , in sintesi, determina l'opponibilità dell'atto, mentre , per regola generale, la carenza di iscrizione determina l'inopponibilità dell'atto : si tratta in sintesi di una **pubblicità con efficacia dichiarativa.**

Il sistema delineato dal **legislatore del 1993** , la pubblicità è stata concepita come finalizzata a perseguire interessi di carattere e di ordine pubblico : **tutte le vicende modificative dal lato soggettivo della proprietà o del godimento dell'azienda devono documentarsi per atto notarile - lato sensu inteso: atto pubblico o scrittura privata autenticata - e devono trasciversi nel Registro delle Imprese.**

L'atto è circondato per i cospicui effetti che gli sono coessenziali, di **peculiare solennità.**

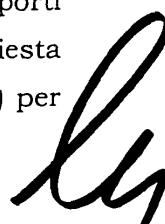
In relazione al particolare rilievo che l'ordinamento riconosce all'intervento del notaio, caratterizzato da terzietà e imparzialità, **l'attività di indagine della volontà delle parti e la connessa attività di informazione e chiarimento** in ordine al contenuto e agli effetti del contratto devono esplicarsi **anche nel caso** in cui l'atto venga redatto nella forma della **scrittura privata autenticata** .

Alla forma ora detta, infatti, **la legge 28 novembre 2005, nr. 246 ha esteso in maniera espressa l'applicabilità dell'art. 28 legge not. , ossia il cuore della responsabilità notarile**, con previsione anche dell'obbligo di conservazione per le scritture soggette a pubblicità commerciale.

Ad abundantiam va rimarcato che ai sensi dell'art 46 codice deontologico, il Consiglio Nazionale del Notariato raccomanda il ricorso all'atto pubblico.

Le evidenti finalità vincolistiche del legislatore del 1993 vengono in rilievo con riguardo agli obblighi del notaio rogante nella cessione d'azienda.

La questione se la cessione dell'azienda implichì la necessità della descrizione analitica di tutte le sue componenti o se bastino formule sintetiche è stata risolta nel senso che l'azienda possa esser ceduta facendosi consistere la descrizione unitaria e onnicomprensiva anche nella sola indicazione dei singoli beni, rapporti ed elementi che la compongono, salvo che più analitica descrizione sia richiesta dalla natura dei beni trasferiti (immobili; mobili registrati; marchi e brevetti) per



la realizzazione delle formali pubblicità, o sia richiesta dalla natura dell'atto (ad esempio per l'ipotesi di donazione ex art 782 cc).

In sintesi , va da sé che per i beni immobili si dovranno accertare ed indicare i dati catastali, per le richieste formalità pubblicitarie presso i RR.II..

Più complessa la fattispecie di donazione di azienda, nella quale appare non necessaria, e forse anche dubbia, la necessità dell'indicazione per ciascuno dei beni del loro valore, dal momento che in caso di azienda i beni facenti parte del complesso donato perdono la loro individualità valoristica per essere considerati nella loro connessione funzionale ed economica.

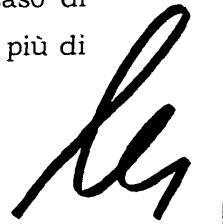
Il valore del tutto - quale complesso economico organizzato e funzionante – il più delle volte non corrisponde affatto alla sommatoria del valore di ogni singolo bene o elemento , e il richiamo ad ogni singola entità potrebbe apparire addirittura fuorviante , tanto da dover descrivere in atto i singoli elementi , ma con indicazione di un valore globale..

In tutti gli altri casi l'indicazione dei beni componenti l'azienda non è strettamente necessaria con riguardo alle esigenze di forma e pubblicità, e quindi di efficacia del contratto, sicchè potrà procedersi ad una mera allegazione all'atto di appositi inventari o elenchi descrittivi, al fine di garantire maggiore certezza nell'individuazione delle componenti aziendali . con ogni conseguenza quanto alla certezza dell'oggetto e alla conseguente validità del contratto.

Va da sé che la descrizione specifica dei beni è invece assolutamente necessaria nel caso della cessione di un ramo di azienda e ciò ai fini dell'esatta individuazione dell'entità trasferita.

Come per il caso di affitto di azienda o di ramo di azienda – ai fini della precisazione dei confini oggettivi dell'obbligo di restituzione gravante a carico dell'affittuario, è necessari indicare i beni ceduti, così nel caso di cessione di ramo d'azienda l'indicazione del titolare, dell'attività, dell'ubicazione non sono sufficienti, dal momento che alcuni beni ben possono essere utilizzati per l'esercizio dell'azienda nel suo complesso , ossia per i vari rami di cui l'azienda si compone.

Ne deriva la necessità di analitica indicazione dei beni trasferiti, in caso di cessione di ramo d'azienda, per ragioni in certo senso identitarie, assai più di quanto non avvenga per la cessione dell'azienda nella sua interezza.



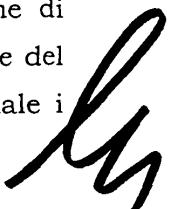
Ex se, ontologicamente, la cessione del ramo d'azienda è una sottospecie parziale di un'ipotesi di trasferimento di entità fluttuanti e imprecise: si consideri che l'azienda è un bene a dimensione dinamica, non statica, sicchè , ad esempio, la vendita è incompatibile concettualmente – quanto a garanzia del pagamento – con il patto di riserva di proprietà , atteso che il valore del bene dedotto finisce con il dipendere dall'attività altrui, ed è suscettibile di azzeramento in caso di cattiva gestione dell'acquirente (specie se è costituito in gran parte dall'avviamento) , con grave pregiudizio del creditore alienante.

La vaghezza che connota la materia diviene evidente solo che si consideri che esistono aziende costituite dal solo avviamento (così, quando i beni sono di terzi, e l'acquirente non intende subentrare nei relativi contratti d'affitto); che l'azienda può essere un bene senza avviamento; che l'avviamento secondo la prevalente giurisprudenza è una “qualità dell'azienda” e secondo l'orientamento minoritario è un “bene immateriale suscettibile di rapporti separati dall'azienda stessa”, sino ad arrivare all'ipotesi, essenziale per la presente inchiesta, di cessione di azienda non integrata da cessione di beni come il know how, e di documenti comprovanti l'effettuazione di attività strumentali all'acquisizione del saper fare dedotto in atto come oggetto della cessione, e come strumento di qualificazione a fini SOA.

La vulnerazione del sistema di garanzia e controllo previsto dal codice degli appalti e dal DPR 207/2007 trova il suo humus giuridico nell'evoluzione ampliativa della giurisprudenza sulla cessione del ramo d'azienda, che ad avviso di chi scrive è divenuto un istituto che in concreto ha conosciuto fini di frode alla legge, o profili di abuso del diritto.

Un primo settore nel quale la giurisprudenza della Corte di legittimità ha posto un freno allarmato – preoccupandosi di moralizzare e strutturare il settore dando alle modifiche soggettive che lo sostanziano una concretezza e un'effettività spesso del tutto manchevoli – è quello dei rapporti di lavoro.

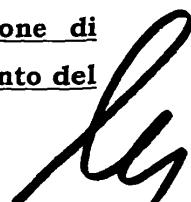
Secondo Cassazione civile , sez. lavoro, 4 dicembre 2012, nr. 21711, Pres. Roselli, Rel Balestrieri, “in materia di trasferimento di ramo d'azienda, tanto la normativa comunitaria (direttive CE nr. 98/50 e 2001/23) quanto la legislazione nazionale (art 2112 cc, sostituito dall'art. 23 d.lgs. nr. 276/2003) perseguono il fine di evitare che il trasferimento si trasformi in semplice strumento di sostituzione del datore di lavoro, in una pluralità di rapporti individuali, con altro sul quale i



lavoratori possano riporre minore affidamento sul piano sia della solvibilità sia dell'attitudine a proseguire con continuità l'attività produttiva. La citata direttiva del 1998 mira ad ottenere che il ramo d'azienda oggetto del trasferimento costituisca entità economica con propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati per un'attività economica, essenziale o accessoria, e, analogamente , l'art. 2112, comma V cc si riferisce alla parte d'azienda intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata. Deve, quindi, trattarsi di un'entità economica organizzata in modo stabile e non destinata all'esecuzione di una sola opera (cfr. Corte Giustizia CE 24 gennaio 2002 C - 51/00) ovvero di un'organizzazione quale legame funzionale che renda le attività dei lavoratori interagenti e capaci di tradursi in beni o servizi determinati "

Di assoluta evidenza la ricerca di un'effettività del bene trasferito, che deve avere la connotazione di complesso di elementi connotati da autonomia organizzativa ed economica, ma soprattutto avvinti da una loro oggettiva funzionalità sistematica. Ricerca che mira ad espungere dal mondo dei traffici commerciali quelle spartizioni di aziende reali in frode ai lavoratori e non sostenute dalla causa economico – giuridica propria della cessione del ramo d'azienda, e capaci , ove riversate sul terreno del trasferimento di imprese con attestazioni SOA, di consentire una completa elusione della funzione attestativo – abilitativa del controllo, prevista in funzione del pubblico interesse, per risolversi nel trasferimento, o meglio nel mercimonio di documenti attestante una capacità economico – imprenditoriale in realtà inesistente.

Le prerogative istruttorie e di controllo proprie delle SOA , cui sono correlate le caratteristiche di indipendenza che devono esser proprie di chi opera nelle strutture ora dette, proprio perché tese all'esplicazione di una funzione valutativa nel pubblico interesse, si infrangono contro una giurisprudenza che consente di ravvisare la cessione di ramo d'azienda , essenziale ai sensi dell'art 15 DPR nr. 34/2000 e dell'art. 76, comma IX DPR nr. 207/2007 , anche solo nella cessione del "bene immateriale dell'avviamento suscettibile di rapporti separati dall'azienda stessa", sino ad arrivare all'ipotesi, essenziale per la presente inchiesta, di cessione di azienda, non integrata da cessione di beni, consistente nel trasferimento del



mero know how, e di documenti comprovanti l'effettuazione di attività strumentali all'attestazione di qualificazione SOA.

E' ben vero che il citato art. 76 appare circostanziato e dettagliato nelle prescrizioni, ma è altresì vero che la vaghezza dell'oggetto del trasferimento può esser tale da porre le basi giuridiche per rendere l'intera operazione meramente cartacea e priva di qualsivoglia effettiva attitudine certificativa, ossia per eludere in pieno la norma e per obliterare il sistema di controllo.

Sul punto la norma recita : “9. In caso di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento di azienda o di un suo ramo, il nuovo soggetto puo' avvalersi per la qualificazione dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine. Nel caso di affitto di azienda l'affittuario puo' avvalersi dei requisiti posseduti dall'impresa locatrice se il contratto di affitto abbia durata non inferiore a tre anni.

10. Nel caso di cessione del complesso aziendale o del suo ramo, il soggetto richiedente l'attestazione presenta alla SOA perizia giurata redatta da un soggetto nominato dal tribunale competente per territorio.

11. 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 puo' 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.

12. Gli atti di fusione o di altra operazione di cui al comma 9 sono depositati dalle imprese, entro trenta giorni, presso l'Autorita' e la camera di commercio, industria e artigianato per l'iscrizione nel registro delle imprese ai sensi dell'articolo 2556 del codice civile.”

Senonchè, ciascuno intende che il controllo appena configurato - che doveva costituire la prestazione dedotta nel contratto stipulato dall'impresa istante con la SOA con cadenza periodica, così da sistematizzare il controllo e sottrarlo all'Albo Nazionale Costruttori, astrattamente si vanifica.

Può esser così consentito l'accesso a gare a chi abbia approntato i documenti acquisendoli con un ramo d'azienda, senza contemporaneamente dotarsi sul

