



## COMUNICATO DEL PRESIDENTE

8 novembre 2023

Indicazioni alle Stazioni Appaltanti in merito all'ammissibilità delle modifiche soggettive del contratto, nel rispetto del principio di rotazione

In un'ottica di collaborazione e supporto alle stazioni appaltanti, ANAC intende fornire indicazioni circa le ipotesi di modifiche soggettive del contratto, durante la sua esecuzione e in relazione all'applicazione del principio di rotazione.

In particolare, l'articolo 120, comma 1, lettera d) del d.lgs. n. 36/2023, consente la modifica soggettiva del contratto, senza una nuova procedura di affidamento, oltre alle ipotesi di cui ai punti 1) e 3), nei casi di cui al punto 2), ovvero quando: *“all'aggiudicatario succede, per causa di morte o insolvenza o a seguito di ristrutturazioni societarie, che comportino successione nei rapporti pendenti, un altro operatore economico che soddisfi gli iniziali criteri di selezione, purché ciò non implichi ulteriori modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del codice, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 124”*.

L'articolo 49 del d.lgs. n. 36/2023 stabilisce, per i contratti il cui importo è al di sotto della soglia comunitaria, il divieto di affidamento al contraente uscente, nei casi in cui i due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi.

Il principio di rotazione degli affidamenti, in quanto posto a garanzia del rispetto dei principi di concorrenza e di parità di trattamento, costituisce un necessario contrappeso alla discrezionalità riconosciuta alle stazioni appaltanti nei casi in cui possono porre limitazioni in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.



Il principio di rotazione deve quindi considerarsi come una declinazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'articolo 97 della Costituzione, al pari della previsione di cui all'articolo 120 del Codice dei contratti relativa alle modifiche soggettive del contratto, ammesse in quanto espressione del diritto alla libertà di iniziativa economica privata di cui all'articolo 41 della Costituzione.

Ne consegue che tali disposizioni, entrambe portatrici di valori di rango costituzionale, debbono trovare il necessario temperamento nella valutazione posta in essere dal RUP e dalla stazione appaltante al momento del giudizio circa l'ammissibilità della modifica soggettiva del contratto.

In tal senso si evidenzia che, oltre al rispetto del principio di rotazione da attuarsi nella fase prodromica dell'affidamento, la stazione appaltante, in caso di sostituzione del contraente, ha l'onere di effettuare una successiva valutazione accertando che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere l'applicazione del principio di rotazione.

Si intendono, pertanto, fornire alcuni indirizzi di carattere generale alla stazione appaltante per l'accertamento e la valutazione del rispetto di tale principio, con la precisazione che le osservazioni che seguono non devono considerarsi esaustive di tutte le fattispecie che possono venire in rilievo nell'ambito di tale valutazione.

Tra le operazioni di modifica aziendale che comportino una successione nei rapporti pendenti, quelle che potrebbero presentare le maggiori criticità nei termini sopra indicati sono individuate, sulla base della disciplina civilistica, nella cessione di azienda, trasformazione, fusione o scissione di società.

Debbono, infatti, ritenersi esclusi dall'ambito di applicazione dell'art.120, comma 1, lettera d), punto 2) del d.lgs. n. 36/2023 quei negozi che comportano un mutamento solo formale dell'aggiudicatario, quali, ad esempio il mutamento della ragione sociale. In questi casi si avrebbe una modifica soggettiva non sostanziale



che, in analogia a quanto previsto dall'articolo 120, comma 5, d.lgs. n. 36/2023, è sempre consentita.

Tra le modifiche sostanziali che possono incidere sulla sorte del contratto e che devono essere oggetto di attenta valutazione da parte della stazione appaltante rientra, come detto, la cessione di azienda di cui all'articolo 2555 c.c., che comporta il trasferimento di un complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'attività di impresa.

Oltre alla cessione di azienda possono contemplarsi anche le ipotesi di cessione del ramo di azienda e di affitto di azienda.

Come noto, il ramo d'azienda è un insieme di beni dotato di un'autonomia produttiva e funzionalizzato allo svolgimento di una determinata attività imprenditoriale, pertanto il suo trasferimento non può che essere assoggettato alla medesima disciplina prevista per la cessione di azienda, vista la chiara analogia delle due figure.

Altre fattispecie idonee a modificare l'esecutore del contratto sono le figure civilistiche della trasformazione, della fusione e della scissione societaria.

La trasformazione, disciplinata dagli articoli 2498 c.c., consiste in un'operazione mediante la quale si realizza un cambiamento della struttura societaria fra tipi di società di capitali, ovvero un cambiamento da società di capitali in altri enti. L'acquisizione del contratto di appalto in essere costituisce, quindi, una conseguenza naturale ed inevitabile del negozio in parola.

La fusione, ai sensi degli articoli 2504 e seguenti del codice civile, costituisce una successione a titolo universale di un nuovo soggetto nei rapporti facenti capo a due o più società preesistenti che vengono fuse ed estinte. Ne consegue che, pur avvalendosi dei requisiti e delle capacità maturate da ciascuna delle imprese preesistenti, il contratto proseguirà con un nuovo soggetto contraente.

Infine, alla stregua di quanto previsto all'articolo 2506 c.c., per mezzo di un'operazione di scissione, una società assegna l'intero suo patrimonio ad altre



due o più società preesistenti o di nuova costituzione, ovvero parte di essa ad una o più società in funzione di un'esigenza di ristrutturazione e/o di riorganizzazione aziendale.

In tutte queste ipotesi, la stazione appaltante avrà l'onere di verificare che il soggetto subentrante sia legittimato a proseguire l'esecuzione del contratto in sostituzione dell'originario affidatario, acquisendo tutte le informazioni utili alla corretta identificazione dell'operazione aziendale, al fine di escludere che la successione nel contratto violi il principio di rotazione.

Ad esempio, nel caso di cessione di azienda, la sussistenza di una finalità elusiva di detto principio potrebbe ravvisarsi più facilmente nei casi in cui l'operazione non abbia ad oggetto un settore specifico dell'azienda, dotato di sufficiente autonomia operativa e dedicato a specifiche attività aziendali.

In tali casi, infatti, l'operazione potrebbe dissimulare una cessione del contratto, che rimane vietata, e nell'ipotesi di subentro del contraente uscente non invitato in virtù dell'applicazione del principio di rotazione, una violazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 36/2023.

Parimenti nelle categorie giuridiche elencate, si segnalano, ai fini della valutazione circa il possibile effetto elusivo dell'operazione, alcuni elementi che potrebbero risultare indici sintomatici di una violazione.

Ad esempio, la stazione appaltante potrà tener conto della fase dell'esecuzione del contratto in cui sia intervenuto il subentro – se ad inizio contratto oppure al termine dello stesso –, oppure verificare la tipologia, il settore e l'area merceologica nelle quali il contraente subentrante abbia operato in precedenza.

Ciascuno di questi elementi non è di per sé idoneo a fondare il giudizio circa la lesione del principio di rotazione ma, insieme agli altri elementi di indagine raccolti dalla stazione appaltante rispetto alla fattispecie concreta esaminata, costituisce un indice a fronte del quale la stessa è tenuta ad effettuare gli idonei approfondimenti.



*Il Presidente*

*Avv. Giuseppe Busia*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 22 novembre 2023

Il Segretario, Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente