



.....OMISSIS.....

Oggetto

.....OMISSIS.....- Finanza di progetto – realizzazione impianti fotovoltaici presso autorimessa comunale e scuola elementare – modifica soggettiva dell’esecutore - richiesta di parere.

UPREC-CONS-129-2024-FC

FUNZ CONS 51/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 16 luglio 2024, acquisita al prot. Aut. n. 83586, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 9 ottobre 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d’appalto o di concessione, fatto salvo l’esercizio dell’attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269/2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Con la nota sopra indicata, l’Amministrazione comunale rappresenta di aver affidato in project financing, all’impresaOMISSIS....., a seguito di bando del 31 marzo 2008, i lavori di realizzazione di impianti fotovoltaici sulla copertura dell’autorimessa comunale e della scuola elementare del Comune, con corrispettivo costituito dalla cessione dei certificati verdi ottenibili dall’energia prodotta dagli impianti. L’Amministrazione rappresenta, inoltre, che nel corso dell’esecuzione del contratto, è stato sottoscritto un accordo bonario con l’affidatario, volto a superare le riserve espresse da quest’ultimo e a riequilibrare il piano economico-finanziario dell’operazione; tale accordo bonario, nei termini descritti nell’istanza, è stato approvato con delibera G.M. n. 20/2013. Per l’attuazione di tale delibera, l’impresa affidataria ha proposto all’ente di cedere il diritto a sottoscrivere l’acquisizione del diritto di superficie su un terreno comunale, per la realizzazione di altro impianto fotovoltaico, ad una società terza, l’impresaOMISSIS....., condizionata all’assegnazione, da parte diOMISSIS....., degli incentivi su immobili di proprietà pubblica ai sensi del d.m. 5 maggio 2011. Successivamente, l’Amministrazione comunale ha richiesto a tale ultima società la documentazione relativa al subentro all’impresaOMISSIS..... – a seguito di cessione del ramo di azienda - nell’esecuzione del predetto impianto. AncheOMISSIS....., in data 27 gennaio 2023, avrebbe richiesto, per i profili di competenza, la documentazione relativa alla predetta operazione societaria. Alle istanze documentali del Comune, sopra indicate, la societàOMISSIS..... non ha dato riscontro, mentre avrebbe comunicato aOMISSIS..... che il trasferimento del diritto a sottoscrivere l’acquisizione del diritto di superficie su un terreno comunale per la realizzazione di un impianto fotovoltaico, costituirebbe un atto privatistico tra le parti, estraneo alla materia dei contratti pubblici e quindi alla relativa disciplina

normativa; dunque, l'affidatarioOMISSIS..... non avrebbe ceduto un ramo d'azienda alla predetta societàOMISSIS.....

Per quanto sopra, l'Amministrazione comunale chiede all'Autorità di esprimere avviso in ordine alla riconducibilità della predetta "cessione" alla disciplina dei contratti pubblici, richiedendo quindi la stessa, per la sua conformità a tale disciplina, una cessione di ramo di azienda dall'affidatario del contratto alla cessionaria o se, al contrario, tale cessione ricada nell'ambito di un rapporto privatistico tra le parti, come tale estranea al Codice dei contratti pubblici.

Al fine di esprimere avviso sul quesito posto e fornire un indirizzo generale sullo stesso, con riguardo ai profili di competenza di questa Autorità, si osserva in via preliminare che la questione sollevata attiene alla fase di esecuzione di un contratto pubblico, nella forma della finanza di progetto, affidato a seguito di gara indetta con bando del 31 marzo 2008, quindi disciplinata *ratione temporis* dal d.lgs. 163/2006, anche per la fase esecutiva (come chiarito con Comunicato del Presidente dell'11 maggio 2016 e con parere Funz Cons 13/2023).

La modifica soggettiva dell'appaltatore/concessionario, intervenuta durante l'esecuzione delle prestazioni contrattuali, va quindi ricondotta nell'ambito della disciplina dettata in materia dal Codice dei contratti pubblici.

A tal riguardo deve evidenziarsi che così come i sistemi di affidamento degli appalti pubblici e delle concessioni, sono tipici e definiti nella disciplina di settore, pertanto non è consentito derogare agli stessi - tenuto conto che la disciplina in materia è dettata in recepimento di direttive comunitarie e posta a tutela dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità - allo stesso modo e nel rispetto degli stessi principi, i contratti di appalto e le concessioni possono essere modificati, senza una nuova procedura di affidamento, esclusivamente nei casi disciplinati dal predetto Codice.

Come più volte evidenziato dall'Autorità, infatti «il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto, ciascuno con una propria autonomia e peculiare funzione nell'economia della procedura (il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando, di norma in relazione agli aspetti tecnici, anche in funzione dell'assumendo vincolo contrattuale), ... costituiscono nel complesso la *lex specialis* di gara ed hanno natura vincolante per concorrenti e stazione appaltante (...)» (Delibera Anac n. 159/2021 - prec 23/2021/S e precedenti ivi richiamati). Pertanto, le previsioni della *lex specialis* non possono essere disattese né dagli operatori economici né dalla stazione appaltante, imponendo la corrispondenza fra l'appalto messo in gara e quello eseguito, in ossequio ai principi richiamati nell'art. 2 del d.lgs. 163/2006.

Il Codice contempla tuttavia una deroga ai principi sopra enucleati, in casi specifici e tassativi, fissati dalle norme del d.lgs. 163/2006, applicabili alla fase di esecuzione del contratto di appalto/concessione, quali disposizioni di stretta interpretazione, trattandosi di una deroga al principio dell'evidenza pubblica (Comunicato del Presidente del 21 marzo 2021; pareri Funz Cons n. 26/2022, n. 49/2022, n. 51/2022, n. 4/2023, n. 7/2023, delibera n. 63/2022- AG1/2022, delibera n. 265/2022-AG 5/2022; in tal senso anche Cons. Stato n. 6848/2023).

Tali casi, con riguardo alle vicende soggettive dell'esecutore, sono enucleati dal d.lgs. 163/2006 agli articoli 116 e 156-159 riferiti, rispettivamente, alle modifiche soggettive dell'appaltatore e del concessionario.

Più in dettaglio, l'art. 116 stabilisce che «le cessioni di azienda e gli atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ai soggetti esecutori di contratti pubblici non hanno singolarmente effetto nei confronti di ciascuna stazione appaltante fino a che il cessionario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, non abbia proceduto nei confronti di

essa alle comunicazioni previste dall'articolo 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 11 maggio 1991, n. 187, e non abbia documentato il possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal presente codice».

L'art. 156, dispone, invece, che è consentito al concessionario costituire una società di progetto per l'esecuzione del contratto che subentra «nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione. Tale subentro non costituisce cessione di contratto», aggiungendo al comma 3 che per effetto di tale subentro la società di progetto diventa la concessionaria a titolo originario e sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione concedente. «Il contratto di concessione stabilisce le modalità per l'eventuale cessione delle quote della società di progetto, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società e a garantire, nei limiti di cui sopra, il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. L'ingresso nel capitale sociale della società di progetto e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche e altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione possono tuttavia avvenire in qualsiasi momento».

Infine, l'art. 159 disciplina il caso della risoluzione del rapporto concessorio per motivi attribuibili al soggetto concessionario, prevedendo la possibilità, per gli enti finanziatori, al fine di evitare tale risoluzione contrattuale, di designare una società che subentri nella concessione al posto del concessionario, alle condizioni dettate dalla norma.

Il d.lgs. 163/2006, ammette quindi, nei casi e nei limiti previsti dalle norme citate, i mutamenti soggettivi dell'esecutore di un contratto pubblico che seguano (in particolare) a ristrutturazioni societarie (art. 116) o a costituzione della società di progetto/cessione di quote della stessa (art. 156) o a sostituzione del concessionario da parte degli enti finanziatori (art. 159).

Sembra utile sottolineare al riguardo che nel campo di applicazione dell'art. 116 vanno ricompresi anche la cessione del ramo d'azienda e l'affitto della stessa, ancorché non espressamente previsti dalla norma. Ciò in quanto «l'art. 116 del codice dei contratti non prevede espressamente la cessione di ramo di azienda ovvero dell'affitto della stessa, così come, invece, previsto dall'art. 51 del codice stesso per la fase anteriore alla stipulazione del contratto. Sul punto, si ritiene che, in base alla "ratio" sottesa ad entrambi gli istituti e per esigenza di sistematicità del quadro normativo di riferimento, l'art. 116 trovi applicazione anche in relazione a dette fattispecie negoziali, applicando la stessa disciplina della cessione d'azienda nel suo complesso» (parere AG 35/2008 e delibera n. 328/2016). La modifica soggettiva contemplata dalla norma è comunque subordinata «alla verifica - da parte dell'ente appaltante - del perdurare, in capo al nuovo soggetto, dei medesimi requisiti già accertati in sede di gara in capo all'aggiudicatario. (...)». Con l'ulteriore precisazione per cui l'art. 116 del Codice dei contratti, è da intendersi quale norma di eccezione, quindi di stretta interpretazione, al principio generale di divieto di cessione di contratti pubblici dettata dall'art. 118, 1° comma, D.Lgs. 163/2006 (...) e la violazione di tale divieto comporta la nullità del contratto» (deliberazione n. 20/2013).

Tali considerazioni in ordine agli artt. 116 e 156 del d.lgs. 163/2006, si saldano al «consolidato orientamento "secondo cui le qualificazioni richieste dal bando debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità" (Ad. Plen., n. 8/2015), anche se relative ad un contratto di project financing (Cons. St., V, 3608/2018; cfr. anche Delibera ANAC 737/2020). Pertanto, non è condivisibile l'argomentazione della concessionaria privata secondo cui le modifiche endosocietarie non assumono rilevanza esterna. Infatti, nell'ambito della contrattualistica pubblica,

anche con riferimento ad un contratto di project financing, i requisiti generali e speciali, oggetto di verifica durante la fase di affidamento, devono permanere inalterati nel corso della fase di esecuzione, anche in occasione di eventuali modifiche soggettive medio tempore intervenute» (delibera n. 18/2021-Fasc 2629/2018, relativa alla modifica soggettiva del concessionario di un project financing).

Dunque, in termini generali, i rapporti tra stazione appaltante e appaltatore/concessionario sono regolati dal Codice, il quale consente modifiche soggettive dell'esecutore durante lo svolgimento delle prestazioni contrattuali, in casi specifici e tassativi disciplinati dal Codice stesso, (come peraltro confermato dalla disciplina intervenuta nel tempo che ha limitato ai casi previsti dagli artt. 120 e 189 del d.lgs. 36/2023, la modifica soggettiva dell'appaltatore e del concessionario), con mantenimento in capo all'esecutore dei requisiti di partecipazione alla gara e purché tali modifiche non siano finalizzate ad eludere la disciplina imperativa regolante la partecipazione ad una pubblica gara.

Pertanto, in risposta al quesito posto, deve ribadirsi che le modifiche apportate ai contratti pubblici in corso di esecuzione, non costituiscono una mera vicenda privatistica tra le parti ma sono soggette alla disciplina dettata dal Codice dei contratti pubblici.

Tra tali variazioni può rientrare la modifica soggettiva dell'esecutore del contratto anche derivante da ristrutturazioni societarie, purché nel rispetto dei limiti e delle condizioni fissate dalle norme sopra richiamate. Va inoltre sottolineato che anche con riferimento ad un contratto di project financing, i requisiti generali e speciali verificati in capo all'aggiudicatario, devono permanere inalterati nel corso della fase di esecuzione, anche in occasione di eventuali modifiche soggettive medio tempore intervenute (delibera n. 18/2021 cit.), pertanto la stazione appaltante è tenuta ad effettuare tutte le verifiche necessarie per accertare il mantenimento dei predetti requisiti in capo all'appaltatore/concessionario per il quale sia intervenuta una modifica soggettiva in corso di esecuzione del contratto.

Sembra utile sottolineare, infine, che l'Autorità in diverse pronunce ha fornito utili indicazioni sull'istituto dell'accordo bonario, come disciplinato *ratione temporis* dall'art. 240 del d.lgs. 163/2006 (quale via ordinaria per la risoluzione delle controversie in corso d'opera al raggiungimento delle riserve di un importo pari al 10% del valore del contratto), indicando i presupposti per il ricorso allo stesso e il relativo procedimento, illustrando altresì le differenze intercorrenti tra tale istituto e la transazione di cui all'art. 239 dello stesso Codice e chiarendo che «la conclusione di un accordo transattivo tra amministrazione aggiudicatrice ed appaltatore al fine di tacitare le pretese avanzate da quest'ultimo in sede giurisdizionale in cambio di un nuovo affidamento di lavori, determina un grave vulnus agli equilibri concorrenziali. Le procedure di affidamento sono, infatti, rigorosamente soggette alla normativa comunitaria e nazionale a tutela della libera concorrenza e non possono essere oggetto di scambi transattivi in termini di "affidamento lavori/rinuncia alle liti" (Deliberazione AVCP n. 10 del 19/03/2008)» (delibera n. 593/2020; determinazione n. 5/2007; anche Delibera n. 31 del 20 gennaio 2016).

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, alla stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente