



Il Presidente

.....OMISSIS.....

**Oggetto:** Servizio raccolta rifiuti –affidatario - affitto ramo d’azienda – art. 106 d.lgs. 50/2016 – richiesta di parere.

**FUNZ. CONS. 28/2022**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 25 marzo 2022, acquisita al prot. Aut. n. 22370, si rappresenta che la funzione consultiva è svolta dall’Autorità nel rispetto delle previsioni del Regolamento del 7 dicembre 2018, consultabile sul sito istituzionale.

In relazione all’oggetto dell’istanza di parere, si comunica di seguito quanto deliberato dal Consiglio nell’adunanza del 6 luglio 2022.

Si evidenzia in primo luogo 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. 160 del 30 marzo 2022.

Quale indicazione di carattere generale sul quesito sottoposto all’attenzione dell’Autorità, riferito alla possibilità, per l’affidatario dell’appalto in oggetto, di procedere ad affitto di ramo d’azienda nei termini indicati nell’istanza, si richiama in via preliminare l’art. 105, comma 1, del d.lgs. 50/2016, ai sensi del quale «(...) A pena di nullità, *fatto salvo quanto previsto dall’articolo 106, comma 1, lettera d)*, il contratto non può essere ceduto, non può essere affidata a terzi l’integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera (...)».

Il Codice, in continuità con la previgente disposizione dell’art. 118 del d.lgs. 163/2006, ribadisce all’art. 105 citato, il divieto di cessione del contratto d’appalto, facendo salva tuttavia l’applicazione dell’art. 106, comma 1, lett. d) del d.lgs. 50/2016, dedicato alla variazione del contratto d’appalto in corso di esecuzione conseguente (anche) a riorganizzazioni societarie dell’appaltatore.

In particolare, il citato art. 106, stabilisce al comma 1 che «Le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall’ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende. I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti (...) d) se un nuovo contraente sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l’appalto a causa di una delle seguenti circostanze: 1) una clausola di revisione inequivocabile in conformità alle disposizioni di cui alla lettera a); 2) all’aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l’applicazione del presente codice; 3) nel caso in cui l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori».

Nei casi indicati al comma 1 dell'art. 106 del Codice, pertanto, sono ammesse le modifiche ad un contratto d'appalto durante il periodo della sua efficacia, purché le stesse non siano "sostanziali", ossia non alterino considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuito (comma 4). In particolare, come chiarito dalla norma «...fatti salvi i commi 1 e 4, una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte: a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione; b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale; c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto; d) se un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d)».

La norma si pone in continuità con le previsioni dell'art. 72 della direttiva 24/2014/UE, la quale sottolinea, inoltre, al considerando 110) che «[...], in corso d'esecuzione del contratto, in particolare qualora sia stato aggiudicato a più di un'impresa, l'aggiudicatario dell'appalto dovrebbe poter subire talune modifiche strutturali dovute, ad esempio, a riorganizzazioni puramente interne, incorporazioni, fusioni e acquisizioni oppure insolvenza. Tali modifiche strutturali non dovrebbero automaticamente richiedere nuove procedure di appalto per tutti gli appalti pubblici eseguiti da tale offerente».

L'art. 106 del Codice consente quindi all'appaltatore, entro i limiti del divieto di modifiche sostanziali (art. 106 comma 4 del Codice), di procedere, in corso di esecuzione del contratto, a riorganizzazioni societarie, secondo le previsioni della norma citata.

La disposizione fa riferimento alle "ristrutturazioni societarie", comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, «quale termine in linea generale comprensivo di *tutte le operazioni societarie* ritenute più idonee per garantire la prosecuzione delle prestazioni contrattuali a regola d'arte, con il limite delle condizioni poste dalla norma, ossia il mantenimento in capo all'esecutore dei requisiti di partecipazione alla gara, l'autorizzazione della stazione appaltante e il divieto di modifiche sostanziali. La stessa Autorità, in relazione alla previgente e corrispondente norma dell'art. 116 del d.lgs. 163/2006 ha fornito un'interpretazione estensiva della stessa, volta ricomprendere nel suo campo di applicazione anche la *cessione del ramo d'azienda e l'affitto della stessa*, ancorché non espressamente previsti dalla stessa (parere AG35/2008)» (parere AG 4/2022, riferito alla corrispondente previsione dell'art. 175 del Codice).

Con la disposizione in esame, infatti, «nel segno della maggiore flessibilità della regolamentazione della continuità aziendale» il legislatore ha inteso «agevolare la continuazione dell'esecuzione dei contratti pubblici già stipulati» (Cons. Stato n. 4918/2016). Va inoltre sottolineata «la perdurante esigenza di salvaguardare la libertà contrattuale delle imprese, le quali devono poter procedere alle riorganizzazioni aziendali reputate opportune senza che possa essere loro di pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali hanno partecipato (cfr., al riguardo, Cons. Stato, V, n. 1370/2013, n. 3819/2015)» (in tal senso delibera Anac n. 244/2017).

Si ritiene, quindi, che con l'art. 106 del Codice il legislatore abbia voluto garantire la continuità dei contratti pubblici in corso d'esecuzione e al contempo salvaguardare la libertà di iniziativa economica privata, ammettendo modifiche societarie dell'appaltatore, purché le stesse non implicino altre modifiche sostanziali al contratto e non siano finalizzate ad eludere l'applicazione del Codice (parere AG 4/2022 cit.).

Alla luce di quanto sopra, pertanto, fermo il divieto di cessione del contratto d'appalto (ex art. 105, comma 1, del d.lgs. 50/2016), è consentito all'appaltatore, in corso di esecuzione del contratto stesso, procedere a ristrutturazioni societarie entro i limiti definiti dall'art. 106, comma 1, lett. d) del Codice, con mantenimento in capo all'esecutore dei requisiti di partecipazione alla gara. Le conseguenti variazioni contrattuali, ai sensi della disposizione citata, (i) devono essere autorizzate dal RUP, (ii) non devono implicare altre modifiche sostanziali al contratto e (iii) non devono essere finalizzate ad eludere l'applicazione del Codice.

Sulla base di quanto rappresentato, si rimette, pertanto, a codesta 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*