



.....OMISSIS.....

Oggetto

Affidamento del servizio di vigilanza e videosorveglianza – affitto azienda – artt. 36 e 106 del d.lgs. 50/2016 - richiesta di parere.

FUNZ CONS 31/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 28 aprile 2023 acquisita al prot. Aut. n. 33008, 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 27 giugno 2023, 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. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Il quesito proposto attiene al servizio indicato in oggetto, affidato ad un operatore economico con contratto stipulato in data 27 dicembre 2022. A seguito di affitto d’azienda, all’affidatario è subentrato nell’esecuzione del contratto, altro operatore economico, già affidatario del predetto servizio e non invitato alla procedura di aggiudicazione, nel rispetto del principio di rotazione. La stazione appaltante chiede, quindi, se tale subentro possa di fatto costituire una violazione del predetto principio, invocando a tale fine un chiarimento da parte dell’Autorità.

In relazione a quanto richiesto, sembra opportuno evidenziare in primo luogo e limitatamente agli aspetti di interesse ai fini del parere, che nel sistema normativo disciplinato dal d.lgs. 50/2016, con particolare riguardo all’art. 106, dettato in recepimento degli articoli 72 della direttiva 2014/24/UE, art. 89 della direttiva 2015/25/UE, è consentita la possibilità, nella fase di esecuzione del contratto, di procedere ad una modifica soggettiva dell’esecutore, nei casi indicati al comma 1, lett. d), n.1, 2, 3.

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, secondo i criteri definiti al comma 4 della stessa disposizione.

Il citato art. 106 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; parere Funz Cons 28/2022).

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 repute 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 e conforme giurisprudenza Cons. Stato n. 6216/2019 e n. 8079/2021).

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» (parere Funz Cons 28/2022).

Si aggiunga a quanto sopra che anche il d.lgs. 36/2023 (*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*), in continuità con le previsioni richiamate, conferma all'art. 120, comma 1, lett. d), la possibilità di procedere ad una modifica soggettiva dell'esecutore, nei termini già stabiliti dall'art. 106, comma 1, lett. d) del d.lgs. 50/2016.

Con riguardo al caso di specie, pertanto, può osservarsi che l'affitto d'azienda rientra, in via generale, tra le operazioni societarie ritenute ammissibili in corso di esecuzione del contratto d'appalto, nel rispetto dei limiti e delle condizioni fissate dall'art. 106, comma 1, del d) del d.lgs. 50/2016, come sopra sinteticamente illustrati.

Quanto alla conformità dell'operazione societaria sopra indicata con il principio di rotazione, secondo quanto richiesto nell'istanza di parere, sembra opportuno osservare, in primo luogo, che ai sensi dell'art. 36 (contratti sotto la soglia comunitaria) del Codice «L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto *del principio di rotazione* degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese» (comma 1).

A sua volta, l'art. 1 del d.l. 76/2020, conv. in l.n. 120/2020 (per le procedure indette entro il 30 giugno 2023), nel disciplinare al comma 2, lett. a) e b), i casi in cui la stazione appaltante procede all'affidamento diretto di contratti pubblici o alla procedura negoziata, dispone che lo stesso deve avvenire (tra l'altro) nel rispetto del principio di rotazione.

Anche il d.lgs. 36/2023, conferma all'art. 49, l'obbligo del rispetto del principio di rotazione negli affidamenti di valore inferiore alle soglie comunitarie, stabilendo (tra l'altro) al comma 2 che «In applicazione del principio di rotazione è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi».

Tale principio, quindi, come evidenziato da costante orientamento giurisprudenziale, «costituisce un riferimento normativo "inviolabile" del procedimento amministrativo di affidamento dei contratti sotto soglia, in quanto volto a favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, e così ad evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese e, quindi, di rendite di posizione in capo al gestore uscente (così, da ultimo, Cons. di St., V, 17.3.2021, n. 2292, e tutta la giurisprudenza ivi citata)» (TAR Liguria, 6.12.2021 n. 1052).

Anche l'Autorità, con linee guida n. 4 (*"Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici"*), ha chiarito che attraverso il principio di rotazione si vuole garantire il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico. Nelle stesse linee guida è stato osservato che il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, si applica «con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due

affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi. *Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento.* La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione. (...). In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici». Pertanto «il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvio al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente. La stazione appaltante motiva tale scelta in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento. La motivazione circa l'affidamento o il reinvio al candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario, deve tenere conto dell'aspettativa, desunta da precedenti rapporti contrattuali o da altre ragionevoli circostanze, circa l'affidabilità dell'operatore economico e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso (...)» (linee guida cit.).

Alla luce di quanto sopra, pertanto, il rispetto del principio di rotazione si impone nei casi in cui la stazione appaltante intenda assegnare l'appalto mediante affidamento diretto ovvero mediante procedura negoziata nella quale la stessa operi discrezionalmente la scelta dei concorrenti da invitare.

Tale principio, che costituisce un riferimento normativo "inviolabile" del procedimento di affidamento dei contratti sotto soglia, si applica nella fase dell'invito degli operatori e non può essere disatteso se non nei casi eccezionali ed entro i limiti indicati nelle citate linee guida n. 4. Per tali motivazioni il giudice amministrativo ritiene viziata dalla irrituale modalità di selezione della platea dei competitori la procedura di affidamento svolta in violazione del principio di rotazione (Consiglio di Stato n. 2182/2020).

Sulla base delle considerazioni che precedono, può osservarsi che nella fattispecie oggetto dell'istanza di parere, secondo quanto rappresentato in tale sede, il mancato invito alla procedura negoziata dell'appaltatore uscente, da parte della stazione appaltante, appare pienamente conforme al principio di rotazione, secondo i chiarimenti offerti nelle Linee guida sopra indicate.

Né sembra costituire una violazione del predetto principio, una modifica soggettiva dell'appaltatore, intervenuta in corso di esecuzione del contratto, ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. d) del d.lgs. 50/2016, purché tale variazione – oltre a garantire il mantenimento in capo all'esecutore dei requisiti di partecipazione alla gara - sia avvenuta nel rispetto dei limiti e delle condizioni in precedenza illustrate, in quanto espressione della libera iniziativa economica degli operatori economici e che se legittimamente svolta non può essere ostacolata. D'altra parte il principio di rotazione è posto proprio a tutela del mercato e della concorrenza per lo stesso; concorrenza che una volta realizzatasi a vantaggio di un operatore diverso da quello uscente non può essere ritenuta per altro verso preclusiva della sua libera iniziativa imprenditoriale.

In particolare, tali modifiche soggettive dell'esecutore, 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.

Accertamenti, questi, rimessi alla esclusiva competenza e responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice.

Sulla base delle considerazioni che precedono, 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

Originale firmato digitalmente