

Determinazione n. 1/2000 del 13/1/2000

G.u. S.O. N. 80 del 25.05.2000

Oggetto: "Affidamento a trattativa privata di lotti funzionali"

L'ingegnere Capo del Consorzio Intercomunale per lo sviluppo della costa tirrenica richiedeva un intervento dell'Autorita' in ordine a vari problemi interpretativi concernenti il ricorso alla trattativa privata nel caso di realizzazione per lotti successivi di un'opera pubblica.

L'esame dei problemi stessi poneva in evidenza il loro rilievo di carattere generale e, quindi, la utilita' di un intervento inteso a sciogliere i dubbi emergenti.

L'articolo 24 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 stabilisce al comma 1 i casi in cui e' ammesso l'affidamento di lavori a trattativa privata e aggiunge l'avverbio "esclusivamente", indicativo della tassativita' dei casi previsti.

Al comma 7 dello stesso articolo e' previsto che "qualora un lotto funzionale appartenente ad un'opera sia stato affidato a trattativa privata, non puo' essere assegnato con tale procedura altro lotto da appaltare in tempi successivi e appartenente alla medesima opera".

Questa, la disciplina normativa della legge quadro oggi vigente; ma, anteriormente alle modifiche ad essa apportate con la piu' recente legge 18 novembre 1998, n. 415, esisteva un complesso normativo, costituito da norme succedutesi nel tempo, e che aprivano varchi all'adozione del sistema di affidamento di lavori a trattativa privata, proprio nel caso di suddivisione dell'opera in lotti.

L'articolo 12 della legge 3 gennaio 1978, n. 1 consentiva al ricorrere di specifiche condizioni, l'affidamento dell'appalto dei lavori relativi a lotti successivi di progetti generali esecutivi approvati e parzialmente finanziati mediante trattativa privata alla stessa impresa esecutrice del lotto precedente.

L'articolo 9 del decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406 stabiliva una complessa disciplina di casi in cui era consentito l'affidamento dei lavori a trattativa privata, dei quali, in particolare, la lettera e) del comma 2 era relativa a "nuovi lavori consistenti nella ripetizione di opere similari affidate all'impresa titolare di un primo appalto dalla medesima amministrazione".

Va considerato che i casi di ricorso alla trattativa privata di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 406/91 sono gli stessi disciplinati dall'articolo 5 della legge 584/77. La previsione di cui all'articolo 12 della legge n.1/78, riproduce l'articolo 5 lettera g) della L. 584/77, ma se ne discosta per un aspetto significativo, vale a dire omette la condizione "che i nuovi lavori siano conformi ad un progetto di base che sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo le procedure della presente legge" e "che la somma complessiva prevista per i nuovi lavori sia stata tenuta in considerazione del primo appalto ai fini di cui agli artt. 1 e 2 della presente legge".

Infine, nella stessa legge quadro, prima della modifica introdottavi con il provvedimento legislativo del 1998, era contenuto un comma (oggi abrogato) il quale stabiliva che "l'interferenza tecnica, o di altro tipo, di lavori da affidare con lavori in corso di esecuzione non e' compresa fra i motivi tecnici di cui alla lettera b) del comma 2 dell'articolo 9 del decreto legislativo n. 406/91. In tali casi il contratto in esecuzione e' risolto e si procede ad affidare i nuovi lavori congiuntamente a quelli oggetto del contratto risolto non ancora eseguiti".

E' da tener presente che il Regolamento, di cui all'articolo 3 della Legge quadro, contiene l'espressa abrogazione sia dell'articolo 12 della legge 1/78 che dell'articolo 9 del decreto legislativo n. 406/91, a cio' autorizzato da espressa disposizione contenuta nel comma 4 dello stesso articolo 3.

Questa abrogazione segue, peraltro, ad una situazione di incompatibilita', con la normativa oggi vigente in materia di trattativa privata, della disciplina precedente, situazione che deve far considerare gia' priva di efficacia detta disciplina, anche prima della sua espressa abrogazione. Cio' in quanto, come ha ritenuto la Corte Costituzionale (sentenza n. 482 del 1995) la legge quadro "stabilisce, negli appalti di opere pubbliche, il principio della gara per la selezione del contraente cui affidare la realizzazione delle opere. L'esigenza di fondo e' quella di assicurare la massima trasparenza nella scelta del contraente e la concorrenza tra diverse imprese. La trattativa privata e' ammessa solo in ambiti piu' ristretti e rigorosi di quanto non preveda la normativa comunitaria, che peraltro configura il ricorso alla "procedura negoziata" come eccezione rispetto alla regola della "procedura aperta" o della "procedura ristretta", le quali implicano una gara tra imprese concorrenti. La norma nazionale assicura il modo ancor piu' esteso la concorrenza e non determina una lesione del diritto comunitario, che consente, ma non impone, la trattativa privata.

Anche il giudice amministrativo (Consiglio di Stato, Sez. V 18 settembre 1998 n. 1312) ha affermato, anteriormente alla legge n. 415/98, che la materia della trattativa privata per l'affidamento degli

appalti di opere pubbliche e' stata ridisciplinata per intero dalla L. 109/94 che ha previsto con elencazione tassativa le ipotesi eccezionali in cui il ricorso a tale strumento e' ancora consentito, implicitamente abrogando la normativa previgente che disponeva il senso difforme.

Comunque, con l'abrogazione del comma 8 dell'articolo 24 della legge quadro ad opera della detta legge n. 415/98 e' venuto meno ogni argomento esegetico, quale poteva trarsi dal richiamo al decreto legislativo n. 406/91, gia' contenuto in detta disposizione.

Occorre aggiungere che la disposizione contenuta nel comma 7 dell'articolo 24, sopra integralmente riportato, nel caso opposto a quello in essa previsto, e cioe' nel caso in cui un lotto funzionale appartenente ad un'opera sia stato affidato con un sistema di gara e si debba appaltare altro lotto successivo e appartenente alla medesima opera, non puo' indurre a ritenere consentito, il ricorso alla trattativa privata, anche in ipotesi diverse da quelle tassativamente elencate al comma 1 dello stesso articolo 24. In questo caso devono sempre ricorrere i presupposti indicati nella suddetta elencazione tassativa contenuta alle lettere a) b) e c) del detto comma 1 perche' sia possibile applicare il nuovo lotto dei lavori a trattativa privata.

La funzione della norma contenuta nel comma 7 e' diversa; quella di introdurre un rigoroso, ulteriore divieto. Nel caso in cui il precedente lotto funzionale (per il ricorrere dei presupposti di legge) sia stato affidato a trattativa privata, non e' consentito assegnare con tale procedura il lotto successivo, anche quando ricorrano le condizioni cui si e' subito prima fatto riferimento, cioe' quelle del 1 comma dell'articolo 24.