

AG-33/09

17 dicembre 2009

Oggetto: Lavori di realizzazione del Policlinico Universitario di Caserta annesso alla Facoltà di Medicina e Chirurgia della SUN - affidamento completamento lavori ai sensi dell'art. 140 D.Lgs. n. 163/2006 e s.m. - richiesta parere

In esito a quanto richiesto con nota n. 34094 del 30 settembre si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 16-17 dicembre 2009 ha approvato le seguenti considerazioni.

Al fine di rendere il richiesto parere, sembra opportuno richiamare in via preliminare l'art. 140 del D.Lgs. 163/2006 e s.m., ai sensi del quale *" le stazioni appaltanti prevedono nel bando di gara che, in caso di fallimento dell'appaltatore o di risoluzione del contratto per grave inadempimento del medesimo, potranno interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori. Si procede all'interpello a partire dal soggetto che ha formulato la prima migliore offerta, fino al quinto migliore offerente, escluso l'originario aggiudicatario. 2. L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta "*.

La norma - limitatamente ai casi di fallimento o grave inadempimento dell'appaltatore - consente alla stazione appaltante di interpellare i concorrenti in graduatoria - dal secondo al quinto classificato - per l'ultimazione dei lavori, con affidamento alle medesime condizioni economiche proposte dall'aggiudicatario.

Appare evidente la duplice finalità perseguita dal legislatore con tale previsione: consentire alle stazioni appaltanti di avvalersi di un meccanismo di affidamento agile - in luogo dell'esperimento di una nuova gara - ai fini del celere completamento delle opere, ove si verifichi una delle ipotesi ivi contemplate (fallimento o risoluzione per grave inadempimento dell'aggiudicatario) ed, inoltre, impedire che attraverso tale procedura venga effettuata una rinegoziazione dell'appalto.

Ai fini del ricorso all'istituto in esame è, comunque, necessario che la stazione appaltante abbia espressamente contemplato tale possibilità nel bando di gara e che l'affidamento all'impresa - mediante scorrimento della graduatoria dal secondo al quinto classificato - avvenga alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario senza, dunque, tener conto dell'offerta presentata dal concorrente interpellato e senza possibilità di effettuare modifiche o rivedere i termini dell'aggiudicazione originaria.

Le caratteristiche della procedura *de qua*, appena illustrate, sono frutto delle modifiche apportate alla norma dal D. Lgs. n. 152/2008 (c.d. terzo correttivo), il quale ha recepito sul punto le censure dalla Commissione europea nel procedimento di infrazione n. 2007/2309/C del 30 gennaio 2008.

L'abrogazione dei commi 3 e 4 dell'art. 140 - disposta dal suindicato decreto legislativo - ha comportato, infatti, per le stazioni appaltanti l'impossibilità di procedere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, qualora tutte le imprese in graduatoria non accettino la proposta, o qualora i lavori abbiano raggiunto la percentuale del 70% di realizzazione.

E' stata, inoltre, eliminata la possibilità di applicare al concorrente interpellato le condizioni da questi offerte. Tale possibilità, infatti, è stata ritenuta lesiva del principio di concorrenza dalla Commissione Europea (in sede di procedimento di infrazione), in quanto veicolo per la rinegoziazione dell'appalto, in assenza di nuova procedura di gara o dei presupposti indicati dal legislatore per il ricorso alla procedura negoziata.

Il nuovo testo della norma ha, dunque, recepito tali censure, prevedendo l'affidamento dell'appalto alle medesime condizioni dell'originaria aggiudicazione.

Infine, sembra opportuno sottolineare che la procedura di interpello di cui all'art. 140 costituisce un nuovo affidamento rispetto a quello originario, al quale segue la stipula di un nuovo contratto, come emerge dalla lettera della norma (*"(...) al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori"*). Si ritiene, cioè, che ove la stazione appaltante opti per la procedura in esame, debba avviare apposito procedimento amministrativo teso alla pronuncia della nuova aggiudicazione in favore del concorrente interpellato.

A tale assunto consegue che le disposizioni di cui all'art. 140 del Codice, nella versione modificata dal terzo decreto correttivo, devono trovare applicazione anche alla procedura di interpello oggetto dell'odierna richiesta di parere, trattandosi di affidamento successivo all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 152/2008.

Si consideri, infatti, che tale decreto legislativo non contempla uno specifico regime transitorio di applicabilità della disciplina ivi recata, con la conseguente necessità - a tal fine - di richiamare i

principi generali in materia di successione delle leggi nel tempo ed in particolare del *tempus regit actum*, di cui all'articolo 11 delle disposizioni preliminari al codice civile. Alla stregua di tale principio, come noto, le procedure *avviate* in vigenza del precedente regime restano insensibili alla disciplina successivamente intervenuta.

Nel caso di specie, tuttavia, anche in considerazione del fatto che le nuove disposizioni rispecchiano indicazioni provenienti dall'ordinamento comunitario, il *nuovo affidamento* deve essere disciplinato dal *vigente* art. 140 del Codice, con conseguente impossibilità per la stazione appaltante di procedere a qualsivoglia modifica o revisione delle originarie condizioni di aggiudicazione.

Una simile conclusione assume carattere dirimente in ordine ai quesiti posti dalla SUN, derivandone l'inapplicabilità, alla fattispecie, dell'art. 10, comma 1 *ter*, della legge n. 109/1994 (che consentiva l'interpello alle condizioni economiche proposte dal concorrente in sede di offerta), quale norma ormai abrogata e non più in vigore già all'epoca della pubblicazione del bando di gara, avvenuta nel 2004. Con l'ulteriore conseguenza dell'impossibilità di rivedere le condizioni della originaria offerta aggiudicataria, in ossequio al *vigente* testo dell'art. 140 del D.Lgs. n. 163/2006.

In relazione alla procedura in esame, inoltre, non può trovare applicazione l'art. 86, comma 3, del Codice, trattandosi di fattispecie estranea all'istituto in esame (determinazione del costo del lavoro in sede di redazione del bando di gara), né può essere invocato l'art. 133, comma 8, del Codice che riguarda, nello specifico, le modalità di aggiornamento dei prezziari in sede di gara.

Si ritiene, invece, ammissibile l'applicazione dell'art. 133, comma 4, del Codice laddove ricorrano le condizioni ivi previste. Tale disposizione contempla, infatti, la possibilità di procedere alla revisione dei prezzi dei materiali da costruzione (nei limiti ivi fissati) in caso di circostanze eccezionali che influiscano sensibilmente sugli stessi. Circostanze, queste, che giustificano una deroga al generale divieto di revisione dei prezzi (sancito dal comma 2 dello stesso art. 133) quale "ristoro" dell'appaltatore per i costi sostenuti a causa del sensibile aumento dei prezzi di costruzione (prezzi fissati in apposito decreto ministeriale emanato entro il 31 marzo di ogni anno). La finalità perseguita dal legislatore, sembra giustificare l'applicazione della norma *anche* al concorrente interpellato ai sensi dell'art. 140 del Codice, purché ricorrano le condizioni ivi previste.

Firmato:

Avv. Giuseppe Busia