



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

**DELIBERA N. 300**

**DEL 1 aprile 2020**

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Azienda Sanitaria Universitaria Giuliano Isontina – Appalto integrato per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di riqualificazione del comprensorio ospedaliero di Cattinara di Trieste - Importo a base di gara: 120.609.270,55 euro - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Azienda Sanitaria Universitaria Giuliano Isontina

**PREC 47/20/L**

**Art. 140, commi 1 e 2-bis, d.lgs. n. 163/2006**

**Art. 110, commi 1 e 2, d.lgs. n. 50/2016**

**Interpello a seguito di risoluzione del contratto con l'originario aggiudicatario – nuova procedura di affidamento – si applica la disciplina vigente al momento dell'interpello**

La procedura di interpello costituisce un nuovo affidamento rispetto a quello originario che si sostanzia nell'avvio di un apposito nuovo procedimento amministrativo teso alla pronuncia della nuova aggiudicazione in favore del concorrente interpellato. Trattandosi di un nuovo procedimento, in ragione del principio *tempus regit actum*, esso soggiace alla disciplina vigente al momento in cui si è verificata la condizione in presenza della quale, secondo la norma, è possibile farvi ricorso.

#### **Rilevato in fatto**

Con istanza acquisita al prot. n. 11366 dell'11 febbraio 2020, l'Azienda Sanitaria Universitaria Giuliano Isontina ha sottoposto all'Autorità un quesito riguardante l'affidamento della gara in epigrafe all'operatore economico secondo graduato in forza di interpello, ex art. 140 d.lgs. n. 163/2006, a seguito della risoluzione per grave inadempimento del contratto stipulato con l'originario aggiudicatario. In particolare, la stazione appaltante ha rappresentato di avere bandito la gara per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di riqualificazione del comprensorio ospedaliero di Cattinara di Trieste nel dicembre 2014 sotto il vigore del d.lgs. n. 163/2006 e di avere previsto, nella *lex specialis* di gara, in conformità all'allora vigente art.129, comma 3, le disposizioni riguardanti la garanzia globale di esecuzione, poi recepite in sede di stipula del contratto. In seguito alla risoluzione pronunciata in data 22 maggio 2019, la stazione appaltante, dopo avere cercato inutilmente di attivare la garanzia di subentro di cui all'art. 131, comma 1, lett. b), d.P.R. n. 207/2010, ha interpellato ai sensi dell'art. 140, d.lgs. n. 163/2006, il secondo classificato - Rizzani de Eccher S.p.A. – il quale, espresso il proprio interesse all'affidamento, ha tuttavia eccepito l'impossibilità di ottenere l'emissione da parte dei soggetti competenti della garanzia globale di esecuzione, prevista dallo schema di contratto, stante l'intervenuta abrogazione della relativa disciplina.

A fronte di ciò, la stazione appaltante ha chiesto all'Autorità se l'obbligo di stipulare con l'operatore economico interpellato alle stesse condizioni contenute nel contratto stipulato con l'originario aggiudicatario, sancito dal comma 2 dell'art. 140, impedisca, nel caso in esame, di procedere



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

all'affidamento tramite interpello vista l'impossibilità dell'operatore economico secondo classificato di prestare la garanzia globale di esecuzione.

A seguito dell'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 18006 del 4 marzo 2020, l'operatore economico interpellato, con nota acquisita al prot. n. 19507 del 9 marzo 2020, ribadita l'impossibilità di trovare sul mercato operatori disposti a rendere la richiesta garanzia, ha evidenziato che le norme del d.lgs. n. 163/2006 e del d.P.R. n. 207/2010 disciplinanti la garanzia globale di esecuzione non prevedevano che, in caso di affidamento dei lavori a un nuovo soggetto, anche quest'ultimo fosse tenuto a presentare tale garanzia, come invece disposto dal comma 2 dell'art. 104 del vigente d.lgs. n. 50/2016 con riferimento alla "garanzia di buon adempimento" e alla "garanzia per la risoluzione", e che la concorrenza e la *par condicio* sono state rispettate al momento dell'indizione della gara, con la richiesta a tutti i concorrenti di prestare la garanzia *de qua*, mentre, in caso di eventuale rinnovazione della procedura, la garanzia globale non potrebbe essere attualmente richiesta, potendosi semmai esigere, in luogo della cauzione definitiva, la prestazione delle garanzie di cui all'art. 104 d.lgs. n. 50/2016.

#### **Ritenuto in diritto**

La procedura d'interpello consente alla stazione appaltante, nei casi individuati dalla norma, di affidare il completamento dell'esecuzione del contratto a un operatore economico diverso dall'originario aggiudicatario, selezionato scorrendo la graduatoria, dal secondo miglior classificato al quinto. L'istituto, già presente nella l. n. 109/1994 con riferimento ai soli lavori, è stato oggetto di una procedura d'infrazione comunitaria (procedimento n. 2007/2309/C del 30 gennaio 2008), che ha censurato la possibilità, originariamente prevista, di applicare al concorrente interpellato le condizioni dallo stesso offerte in sede di gara, in quanto veicolo per la rinegoziazione dell'appalto, in assenza di nuova procedura di gara o dei presupposti per il ricorso alla procedura negoziata, e dunque lesiva del principio di concorrenza. Il legislatore nazionale ha recepito le censure inserendo, con il d. lgs. n. 152/2008 (c.d. terzo correttivo), la previsione dell'affidamento dell'appalto alle medesime condizioni dell'originaria aggiudicazione (art. 140, comma 2: "L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta"). Dal principio dell'immodificabilità delle originarie condizioni contrattuali discende l'inaammissibilità dell'esercizio, da parte dell'amministrazione, dello *jus variandi* rispetto alle condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta (Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, 10 agosto 2016, n. 3573).

Ciò posto, occorre tuttavia considerare che l'Autorità ha avuto modo di osservare che la procedura di interpello, come emerge dalla lettera della norma ("*(...) al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori*"), costituisce un nuovo affidamento rispetto a quello originario - al quale segue la stipula di un nuovo contratto - che si sostanzia nell'avvio di un apposito nuovo procedimento amministrativo teso alla pronuncia della nuova aggiudicazione in favore del concorrente interpellato (Parere sulla normativa AG-33 del 17 dicembre 2009). Il Consiglio di Stato ha ulteriormente precisato che "*Non è revocabile in dubbio che la procedura d'interpello, promossa sua sponte dalla stazione appaltante nei casi previsti dall'art. 140 d.lgs. n. 163/2006, rientri nel genus delle procedure d'affidamento. La specificità della procedura*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

*riposa sul fatto che vengono interpellati esclusivamente i soggetti utilmente collocati nella originaria graduatoria di gara e l'aggiudicatario, all'esito dell'interpello, deve completare i lavori alle medesime condizioni offerte dall'originario aggiudicatario (...). Conseguentemente l'affidamento obbedisce alle medesime norme che governano le procedure di gara che, per inemendabili ragioni di ordine pubblico generale (ed economico), definiscono le cause soggettive ostative alla partecipazione alle procedure d'affidamento (...)*" (Consiglio di Stato, 10 agosto 2016, n. 3578). Trattandosi di un nuovo procedimento – nella specie, di una procedura di affidamento - in ragione del principio *tempus regit actum*, esso soggiace alla disciplina vigente al momento in cui si è verificata la condizione (nel caso in esame, la risoluzione del contratto) in presenza della quale, secondo la norma, è possibile farvi ricorso (Cfr. Deliberazione del 9 marzo 2011, n. 32).

Il richiamato principio - sancito dall'Autorità con riferimento a ipotesi in cui la novella dell'art. 140, benché sopraggiunta successivamente alla pubblicazione iniziale del bando, è stata ritenuta applicabile all'interpello azionato dopo la sua entrata in vigore – consente di individuare la disciplina applicabile al caso in esame nell'art. 110, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 50/2016 (che non risulta modificato rispetto all'art. 140 d. lgs. n. 163/2006 se non nell'estensione dell'istituto ai servizi e alle forniture e nell'eliminazione della limitazione dello scorrimento fino al quinto classificato), e, più in generale, in quanto nuova procedura di affidamento, nel d.lgs. n. 50/2016.

Ne consegue che, fermo restando il contenuto delle offerte tecnica ed economica dell'originario aggiudicatario, il procedimento, ivi compreso, per quanto in questa sede interessa, la prestazione della garanzia definitiva, è soggetto all'applicazione della disciplina dettata dal d.lgs. n. 50/2016, come lo sarebbe l'eventuale nuova procedura aperta bandita invece di ricorrere all'interpello.

Occorre infatti considerare che la prestazione della garanzia globale di esecuzione non può ritenersi propriamente una condizione proposta dall'originario aggiudicatario quanto piuttosto una condizione (un requisito di esecuzione) imposta dalla *lex specialis* di gara in conformità all'allora vigente disciplina. La modifica del quadro normativo (con l'abrogazione dell'art. 129, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006, che non è confluito nel d.lgs. n. 50/2016) applicabile all'interpello giustifica, o meglio impone, la richiesta da parte della stazione appaltante della prestazione delle garanzie previste dalla normativa vigente.

A ciò si aggiunge la considerazione che l'obbligo assunto, in sede di partecipazione alla gara originariamente bandita, dall'operatore economico interpellato di prestare la garanzia globale di esecuzione, in forza dell'applicazione analogica del principio dell'estinzione dei rapporti obbligatori per impossibilità sopravvenuta (art. 1256 c.c.), deve ritenersi comunque venuto meno, essendo divenuta la prestazione, come visto, oggettivamente impossibile per causa a lui non imputabile.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione,

- l'oggettiva impossibilità dell'operatore economico interpellato di prestare la garanzia globale di esecuzione non viola l'obbligo di procedere all'affidamento tramite interpello alle medesime



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

condizioni proposte dall'originario aggiudicatario poiché la modifica del quadro normativo (con l'abrogazione dell'art. 129, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006, che non è confluito nel d.lgs. n. 50/2016) applicabile all'interpello giustifica, o meglio impone, la richiesta, da parte della stazione appaltante, della prestazione delle garanzie previste dalla normativa vigente.

Il Presidente f.f.  
*Francesco Merloni*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 3 aprile 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Il Segretario Generale Angela Lorella Di Gioia