

Al Comune di Palermo

AG 6/13
24/10/2013

Oggetto: Richiesta di parere - Comune di Palermo - Lavori di completamento del collettore emissario sud-orientale della città di Palermo-II lotto - Parziale esecuzione del contratto - Procedura di interpello a seguito di risoluzione del contratto - Applicabilità della Legge n. 109/94 alla Regione Sicilia - Definizioni delle condizioni economiche del contratto d'appalto con l'operatore interpellato - Mancato possesso dei requisiti di qualificazione per un breve intervallo di tempo

Con nota acquisita al prot. AVCP n. 1156 del 4 gennaio 2013, il Segretario Generale del Comune di Palermo (d'ora innanzi anche l'istante) ha posto un quesito giuridico riguardante: *i)* l'applicabilità delle disposizioni di cui all'art. 10, comma 1-ter della L. n. 109/1994 e s.m.i., coordinate con le norme della L.R. Sicilia n. 7/2002 e s.m.i., che prevedono in caso di risoluzione dell'originario contratto di appalto la facoltà per la Stazione appaltante di interpellare il secondo classificato e di stipulare un contratto per il completamento dei lavori alle medesime condizioni economiche indicate nell'offerta del soggetto interpellato; *ii)* la possibilità di stipulare un nuovo contratto d'appalto con la ditta seconda aggiudicataria avendo accertato che la stessa, in possesso dei requisiti di qualificazione alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta ed al momento della stipula del contratto, a distanza di parecchi anni dall'espletamento della procedura di gara, è risultata essere priva del possesso dei requisiti di qualificazione per un periodo intermedio dal 28/07/2011 al 31/05/2012; *iii)* la possibilità di estendere la previsione di cui alla seconda parte dell'art. 10, comma 1-ter della L. n. 109/1994, secondo la quale in caso di fallimento del secondo classificato la stazione appaltante può interpellare il terzo classificato per la stipula di un nuovo contratto alle condizioni economiche offerte dal secondo, anche alla fattispecie della risoluzione per inadempimento. In particolare, rappresenta l'istante che l'appalto dei " *lavori di completamento del collettore emissario sud-orientale della città di Palermo - II lotto*", il cui bando di gara veniva approvato con Determinazione Dirigenziale n. 139 del 04/08/2004, in esito alla procedura concorrenziale espletata, veniva aggiudicato all'impresa Cariboni Strade e Gallerie S.p.A.

In corso di esecuzione del contratto di appalto, stipulato in data 28/04/2005, a seguito dell'ingiustificata inattività dell'impresa, veniva disposta la rescissione del contratto con l'originario appaltatore. La Stazione appaltante attivava, quindi, un procedimento di interpello progressivo ai sensi dell'art. 10, comma 1-ter della L. n. 109/1994 e s.m.i., in esito al quale, con nota prot. n. 499319 del 05/07/2010, i lavori di completamento dell'opera venivano aggiudicati provvisoriamente alla Società I.N.C. General Contractor S.p.A., seconda classificata nell'originaria procedura di gara, alle medesime condizioni economiche proposte dalla stessa in sede di offerta; l'impresa, in riscontro alla nota della stazione appaltante del 05/07/2010, con nota acquisita dall'Ufficio contratti del Comune di Palermo al n. prot. 518897 del 12/07/2010, mostrava il proprio interesse. Evidenzia l'istante che successivamente l'impresa, a seguito della presa visione dei documenti dell'appalto rescisso, con nota acquisita dall'Ufficio contratti del Comune di Palermo al n. prot. 149045 del 24/02/2011 richiedeva oltre all'applicazione del ribasso d'asta offerto in sede di gara sulle lavorazioni ancora da eseguire anche la rifusione degli oneri economici derivanti dal mancato ammortamento delle spese generali sull'importo dei lavori già eseguiti dall'originario appaltatore, stimati in € 500.000,00, come da tabelle allegate all'offerta presentata in sede di gara nel 2004. La Stazione appaltante, riconosceva, pertanto, oltre all'applicazione del ribasso d'asta offerto in sede di gara sulle lavorazioni ancora da eseguire, la somma di € 360.000,00 al solo fine di mantenere le medesime condizioni economiche proposte in sede di offerta dal soggetto interpellato. Quest'ultimo, con nota acquisita dall'Ufficio contratti del Comune di Palermo al n. prot. 74732 del 27/01/2012 confermava l'accettazione subordinata alle condizioni proposte. La Stazione appaltante, tuttavia, in seguito alle verifiche effettuate in data 30/05/2012 in merito ai requisiti di qualificazione rilevava che l'impresa non risultava in possesso di attestazione SOA nella categoria non subappaltabile OS21 richiesta dal bando di gara; infatti, l'attestazione SOA dell'impresa I.N.C. General Contractor S.p.A. (C.F.:05427140016) era scaduta in data 28/07/2011 e la nuova impresa I.N.C. S.p.A. (C.F.: 02174820049) cui nel frattempo era stata conferita la I.N.C. General Contractor S.p.A., conseguiva l'attestazione SOA nella categoria OS21 in data 01/06/2012. Pertanto, per un intervallo temporale intercorrente dal 28/07/2011 al 31/05/2012 l'impresa non era in possesso della qualificazione nella categoria non subappaltabile OS21 richiesta dal bando di gara.

Nessuna comunicazione è pervenuta in ordine all'intervenuta sottoscrizione del contratto d'appalto tra la Stazione appaltante e l'impresa I.N.C. S.p.A.

L'istanza è stata ritenuta rilevante e meritevole di approfondimento e con nota prot. AVCP n. 17623 del 14 febbraio 2013 è stato comunicato l'avvio del procedimento alla Stazione appaltante ed alla società interessata I.N.C. S.p.A. A seguito di tale comunicazione è pervenuta una nota partecipativa, con allegati (Determinazione Dirigenziale n. 139 del 04/08/2004 di approvazione schema di bando e disciplinare con allegati, parere dell'Avvocatura comunale prot. n. 594198 del 22/08/2011, relazione istruttoria prot. n. 131634 del 15/02/2013), acquisita al prot. AVCP n. 18860 del 19 febbraio 2013, da parte del Segretario Generale del Comune di Palermo; non è pervenuto alcun contributo da parte della Società I.N.C. S.p.A.

Il Segretario Generale del Comune di Palermo, infine, con e-mail in data 08/08/2013 comunicava il

permanere dell'interesse dell'Amministrazione comunale all'ottenimento del richiesto parere.

Nell'Adunanza del 23/24 ottobre 2013 il Consiglio dell'Autorità ha approvato le seguenti considerazioni.

Al fine di rendere il richiesto parere va preliminarmente rammentato che il ricorso all'istituto dell'interpello implica che la Stazione appaltante abbia espressamente contemplato tale possibilità nel bando di gara; in effetti, il bando di gara in parola, approvato con Determinazione Dirigenziale n. 139 del 04/08/2004, al punto 15 lettera p) prevedeva: *"la Stazione appaltante si riserva la facoltà di applicare le disposizioni di cui all'art. 10, comma 1-ter, della legge n. 109/94 e successive modificazioni"*¹. Nella Regione Siciliana, a norma dell'art. 14 dello Statuto Regionale, l'Assemblea Regionale, nell'ambito della Regione e nei limiti delle leggi costituzionali dello Stato, è titolare di competenza esclusiva sulla materia dei lavori pubblici, eccettuate le grandi opere pubbliche di interesse prevalentemente nazionale. In particolare, le disposizioni di cui all'art. 10, comma 1-ter, della legge n. 109/94 sono state recepite con L.R. n. 7/2002 e s.m.

Successivamente, in ambito nazionale, l'art. 10, comma 1-ter, della legge n. 109/94 è stato modificato ed integrato dall'articolo 5, commi da 12-bis a 12-quinquies, della legge n. 80 del 2005; dette modifiche sono state recepite dalla Regione Siciliana ai sensi dell'art. 2 della L.R. n. 16/2005 e s.m.²

Con il d.lgs. n. 163/2006, c.d. Codice dei contratti pubblici, le procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto sono state disciplinate dall'art. 140 che di fatto richiamava le disposizioni contenute nell'art. 10, comma 1-ter, della legge n. 109/94; va precisato in proposito che il testo originario dell'art. 140 del d.lgs. n. 163/2006, ha subito delle sostanziali modifiche per effetto del c.d. terzo correttivo - d.lgs. n. 152 del 2008 - adottato in risposta alla procedura di infrazione comunitaria n. 2007/2309, con cui si contestava l'applicazione di una procedura di negoziazione dell'appalto al di fuori dei casi previsti dal diritto comunitario ed è stato adeguato a quello dell'Unione Europea³ eliminando 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, previsto l'affidamento dell'appalto alle medesime condizioni dell'originaria aggiudicazione. Inoltre, sono stati abrogati i commi 3 e 4 dell'art. 140 precludendo alle stazioni appaltanti la possibilità 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.

Giova evidenziare che nella Regione Siciliana il recepimento del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. è avvenuto nell'anno 2011, con L.R. 12/2011 e che ai sensi dell'art. 32 (*Abrogazione di norme*) a decorrere dalla entrata in vigore della stessa è abrogata la precedente legge regionale 2 agosto 2002, n. 7, citata sopra.

Ciò premesso, questa Autorità ritiene l'opportunità di affrontare in via preliminare il secondo dei tre quesiti sottoposti alla sua attenzione poiché appare dirimente rispetto alla soluzione degli altri due. In particolare, in merito alla possibilità di stipulare un nuovo contratto d'appalto con la ditta seconda classificata, avendo accertato che la stessa, in possesso dei requisiti di qualificazione alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta ed al momento della stipula del contratto, a distanza di diversi anni dall'espletamento della procedura di gara, è risultata priva del possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando di gara per un periodo intermedio dal 28/07/2011 al 31/05/2012, giova evidenziare quanto segue.

L'Autorità si è espressa più volte e principalmente con la deliberazione n. 234/2007 sulla necessità che il possesso dell'attestazione SOA debba sussistere al momento della scadenza per la presentazione delle offerte, permanere per tutta la durata del procedimento di gara e, in caso l'impresa risulti aggiudicataria, per tutta la durata dell'appalto. Diversamente opinando, si verrebbe a determinare una crisi nel possesso dell'imprescindibile titolo abilitante per chi voglia eseguire lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro, costituito dall'attestazione SOA. Su tale argomento la giurisprudenza è concorde; a titolo esemplificativo, il TAR Bari (Sez. I, sent. n. 1334 del 14 aprile 2010) afferma che *«vige infatti, in materia di accertamento dei requisiti di ordine speciale per il conseguimento degli appalti di lavori pubblici, il principio secondo cui le qualificazioni richieste dal bando debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità [...] Detto principio risponde ad esigenze di certezza e funzionalità del regime di qualificazione obbligatoria, imperniato sul rilascio da parte degli organismi di attestazione di certificati che costituiscono condizione necessaria e sufficiente per l'idoneità ad eseguire lavori pubblici»* (cfr. Deliberazione AVCP n. 61 del 7 giugno 2011; Parere di Precontenzioso n. 179 del 06/10/2011). Nel caso di specie, emerge che alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte relative alla gara di che trattasi l'impresa INC General Contractor S.p.A. era in possesso dell'attestazione di qualificazione SOA e, quindi, dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria indispensabili per la partecipazione alla gara e per l'affidamento dei lavori pubblici in parola. Detti requisiti devono risultare sussistenti anche in relazione al procedimento di interpello progressivo,

effettuato dalla Stazione appaltante ai sensi dell'art. 10, comma 1-ter della L. n. 109/1994 e s.m.i., in esito al quale non risulta essere intervenuta la conclusione con la stipula del relativo contratto di appalto.

Viene in evidenza di contro che, in data 28/12/2010, l'impresa INC General Contractor S.p.A. è stata conferita nell'impresa SICI-TER s.r.l. la quale, in pari data, ha modificato la propria denominazione sociale in INC s.r.l. (poi INC S.p.A.). Conseguenza del conferimento è stata la decadenza dell'attestazione SOA n. 18318/10/01 in possesso dell'impresa INC General Contractor S.p.A., disposta dalla SOA CQOP S.p.A., a far data dal 31/12/2010, come ritualmente annotato nel Casellario informatico consultabile da parte delle Stazioni appaltanti.

A fronte della modificazione soggettiva del soggetto offerente, assumeva rilievo preminente, anche in ottemperanza ai principi fondamentali di legittimità e di *par condicio*, la necessità della tempestiva verifica che il nuovo soggetto fosse in possesso di tutti i necessari requisiti di partecipazione richiesti negli atti di gara ed a monte l'ottemperanza all'obbligo di comunicazione, strumentale a detta verifica da parte della S.A. Infatti, la cessione di ramo di azienda non comporta l'automatico trasferimento della titolarità dei requisiti per l'esecuzione del contratto di appalto e, pertanto, l'impresa cessionaria è tenuta a dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione, tramite attestazione SOA, previsti dal bando di gara.

L'impresa INC General Contractor S.p.A., a seguito del conferimento del ramo d'azienda nella INC S.p.A. e della decadenza dell'attestazione SOA n. 18318/10/01 in data 31/12/2010, nelle more della conclusione della procedura di interpello e della stipula del contratto d'appalto, è risultata priva del possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria indispensabili per la partecipazione alla procedura di interpello e per l'affidamento dei lavori pubblici in parola; l'impresa cessionaria INC S.p.A., d'altro canto, solo a far data dal 1 giugno 2012 è entrata in possesso della necessaria attestazione.

Pertanto, si è venuta a determinare una soluzione di continuità (dal 31/12/2010 al 01/06/2012) - circa un anno e mezzo - che, in contrasto con le regole concorsuali di evidenza pubblica - come evidenziato dal consolidato orientamento di questa Autorità (cfr. Determinazione n. 11/2002; Parere n. 88 del 8/11/2007; Parere di precontenzioso n. 179 del 06/10/2011) - preclude l'aggiudicazione del contratto da parte della stazione appaltante.

E' evidente a questo punto come dalla risoluzione data al suddetto quesito - nel senso che il mancato possesso della qualificazione indispensabile all'esecuzione delle opere dal momento della presentazione dell'offerta fino all'esecuzione del contratto aggiudicato preclude l'affidamento dello stesso alla INC s.p.a. - deriva l'inutilità di affrontare specificamente l'esame dei due quesiti residui, riguardanti entrambi questioni interpretative della disposizione di cui all'art. 10, comma 1-ter della legge n. 109/1994.

Tuttavia, sebbene in base alla sola documentazione trasmessa dall'istante ed acquisita in atti non emerga con chiarezza l'effettivo momento di avvio della procedura di interpello né la eventuale conclusione della stessa con la stipula del nuovo contratto di appalto, questa Autorità, anche al fine di orientare per il futuro l'azione di codesta stazione appaltante, intende evidenziare sinteticamente i seguenti punti fondamentali.

Con riferimento ad un caso analogo a quello in parola (Parere sulla normativa AG 33/09) è stato evidenziato che *" la procedura di interpello costituisce un nuovo affidamento rispetto a quello originario, al quale segue la stipula di un nuovo contrattoomissis 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."*

Ne deriva, pertanto, che l'affidamento delle opere di completamento conseguenti alla rescissione del contratto d'appalto dei *" Lavori di completamento del collettore emissario sud-orientale della città di Palermo - II lotto"* nei confronti dell'impresa INC General Contractor S.p.a. (successivamente conferita nella INC S.p.A.) debba ricondursi alla disciplina contenuta nel citato art. 140 del d.lgs. n. 163/2006, recepito nella Regione Sicilia con L.R. 12/2011, anche nella preminente considerazione che in caso contrario si verrebbe a determinare un inammissibile contrasto con il superiore ordinamento comunitario - come chiarito all'esito della richiamata procedura di infrazione della Commissione europea 2309/2007 ex art. 226 Trattato CE. Dalla stessa è, infatti, emerso come attraverso la procedura di interpello progressivo non possa avvenire una rinegoziazione delle condizioni contrattuali dell'appalto. La duplice finalità perseguita è quella di 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) e - soprattutto, di assicurare che l'affidamento conseguente allo scorrimento 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.

Quanto, infine, al terzo quesito, vista la valenza dirimente del secondo e la soluzione interpretativa data al primo, in base alla quale nella fattispecie concreta non si applicherebbe l'art. 10, comma 1-ter della legge n. 109/1994, bensì l'art. 140 del d.lgs. n. 163/2006, non resta che rilevare come la soluzione dello stesso rimanga assorbita non rivesta autonoma rilevanza, non trovando applicazione la normativa precedente al Codice dei contratti pubblici.

Lorenza Ponzone

1 - cfr. art. 10, comma 1-ter, legge n. 109/94 - I soggetti di cui all' articolo 2, comma 2 , possono prevedere nel bando la facoltà, in caso di fallimento o di risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'originario appaltatore, di interpellare il secondo classificato al fine di stipulare un nuovo contratto per il completamento dei lavori alle medesime condizioni economiche già proposte in sede di offerta. I soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, in caso di fallimento del secondo classificato, possono interpellare il terzo classificato e, in tal caso, il nuovo contratto è stipulato alle condizioni economiche offerte dal secondo classificato.

2 - Cfr. art. 5, comma 12-bis, legge n. 80 del 2005 - In deroga al comma 1-ter dell'articolo 10 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, le stazioni appaltanti, in caso di fallimento dell'appaltatore o di risoluzione del contratto per grave inadempimento del medesimo, possono interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedure 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, escluso l'originario aggiudicatario; 12-ter. L'affidamento avviene alle medesime condizioni economiche già proposte in sede di offerta dal soggetto progressivamente interpellato, sino al quinto migliore offerente in sede di gara.

3 - Cfr. art. 140, comma 1, d.lgs. n. 163/2006. Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento dell'appaltatore o di risoluzione del contratto ai sensi degli articoli 135 e 136, 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 - comma 2. L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta.