



.....OMISSIS.....

Oggetto

Affidamento del servizio di vigilanza e accoglienza a supporto del personale interno delOMISSIS....., presso undici musei statali gestiti sul territorio nazionale per la durata di ventiquattro mesi – risoluzione contratto d'appalto – interpello – disciplina applicabile - richiesta di parere.

FUNZ CONS 8/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 16 ottobre 2023, acquisita al prot. Aut. n. 90864, 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 7 febbraio 2024, 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 riguarda l'appalto in oggetto, aggiudicato a seguito di procedura di gara indetta con provvedimento del 29 luglio 2022 ai sensi del d.lgs. 50/2016 e in relazione al quale è in corso la risoluzione del contratto d'appalto con l'aggiudicatario. La stazione appaltante intende quindi procedere ad interpello del secondo classificato nella graduatoria finale della procedura di gara e chiede al riguardo se per il nuovo contratto da stipulare trovi applicazione il d.lgs. 36/2023 o il d.lgs. 50/2016 vigente al momento dell'indizione della gara. Chiede, inoltre, se la disciplina di settore imponga all'interpellato di aderire alla richiesta di stipula della stazione appaltante e, in caso contrario, ove non disponibile il predetto operatore economico, come debba procedere la stazione appaltante al fine di evitare l'interruzione del servizio. Chiede, infine, se le condizioni contrattuali possano essere modificate su richiesta dell'interpellato, nei termini indicati nell'istanza.

Con riguardo ai quesiti posti, si osserva preliminarmente che secondo le previsioni dell'art. 226, comma 2, del d.lgs. 36/2023 «Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016, è abrogato dal 1° luglio 2023»; inoltre ai sensi del comma 2 «A decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso».

La norma chiarisce al riguardo, al comma 2, che «...per procedimenti in corso si intendono: a) le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia; b) in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data in cui il codice acquista efficacia, siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte; c) per le

opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione, oggetto di convenzioni urbanistiche o atti assimilati comunque denominati, i procedimenti in cui le predette convenzioni o atti siano stati stipulati prima della data in cui il codice acquista efficacia; d) per le procedure di accordo bonario di cui agli articoli 210 e 211, di transazione e di arbitrato, le procedure relative a controversie aventi a oggetto contratti pubblici, per i quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia, ovvero, in caso di mancanza di pubblicazione di bandi o avvisi, gli avvisi a presentare le offerte siano stati inviati prima della suddetta data».

Pertanto, le procedure di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, indette successivamente al 1° luglio 2023, secondo le indicazioni contenute nel citato art. 226 del nuovo Codice, sono soggette alla disciplina dettata dal d.lgs. 36/2023, mentre le disposizioni del d.lgs. 50/2016 continuano a trovare applicazione esclusivamente ai " *procedimenti in corso*" a tale data, intendendosi per tali, quelli espressamente elencati nell'art. 226, comma 2, sopra richiamato.

Quanto sopra in coerenza con il principio *tempus regit actum* che nelle procedure di gara ha carattere generale e «deve intendersi nel senso che la procedura è disciplinata dalla normativa vigente al tempo della pubblicazione del bando o dell'atto di avvio della procedura, la *lex specialis* di gara non potendo essere modificata da sopravvenienze normative, nel rispetto dei principi di certezza, trasparenza e *par condicio* tra i concorrenti (sul principio *tempus regit actum* nelle procedure di gara, si vedano: Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 25/02/2014, n. 9; Cons. Stato, sez. V, 23/06/2010, n. 3964; Cons. Stato, sez. V, 12/05/2017, n. 2222; Cons. Stato, sez. V, 31/07/2019, n. 5431; TAR Lazio, sez. II, 30/04/2020, n. 4529)» (delibera n. 882/2020, Prec 201/2020/L, Parere Funz Cons 18/2022).

È inoltre consolidato l'orientamento giurisprudenziale «che, in materia di contratti pubblici afferma l'irrelevanza dello *ius superveniens* (Cons. St., Ad. Plen., 9/2011; più di recente Cons. St., V, 31/07/2019, n.5436; Cons. Stato, V, 7.6.2016, n. 2433; Cons. St., III, 1.9.2014, n. 4449), *anche per quanto attiene la fase esecutiva dell'affidamento*, ribadito anche dalla normativa transitoria che si è succeduta nel tempo: - l'art. 253 co. 1 D.Lgs. 163/2006 e l'art. 216 co. 1 D.Lgs. 50/2016 (recanti una disciplina transitoria) stabiliscono che le disposizioni contenute nei rispettivi decreti si applicano solo ai bandi e agli avvisi pubblicati successivamente all'entrata in vigore dei decreti stessi; (...)» (Delibera n. 1147/2019 – Fasc. 2620/2019; delibera n. 504/2022–parere AG9/2022).

Sulla base delle considerazioni che precedono, in risposta al quesito relativo alla disciplina applicabile alla procedura di interpello del secondo classificato in gara, quest'ultima indetta ai sensi del d.lgs. 50/2016, secondo le disposizioni sopra richiamate, nel caso di specie l'interpello ricade nell'ambito di applicazione del predetto d.lgs. 50/2016 e, dunque, nelle previsioni dell'art. 110.

Sembra opportuno aggiungere a quanto sopra che il più recente orientamento giurisprudenziale in materia, chiarisce che il procedimento disciplinato dall'art. 110 del d.lgs. 50/2016 «(...) si configura come un *segmento di un'unica procedura di affidamento, avviata con la pubblicazione del bando e conclusa con l'affidamento dell'appalto*. Più in generale (cfr., da ultimo, Cons. Stato, III, 15 marzo 2021, n. 2231), l'art 110 cit. impone espressamente, al verificarsi delle ipotesi tassative ivi indicate, di interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, secondo l'ordine risultante dalla relativa graduatoria e, comunque, *senza consentire o ammettere una rimodulazione di quest'ultima*. L'art. 110 del Codice dei contratti, infatti, disciplina alcune ipotesi tassative (tra le quali il caso di risoluzione del contratto) di affidamento del completamento dei lavori o del servizio mediante progressivo interpello dei soggetti che hanno partecipato alla procedura di gara, secondo l'ordine della relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede

in offerta. In tali casi tassativi – sebbene la procedura concorsuale sia da considerarsi terminata e l’offerta a suo tempo formulata non sia più vincolante nei confronti dell’amministrazione, essendo ormai concluso quel rapporto che si era instaurato con la domanda di partecipazione alla gara – per ragioni di efficienza ed economicità dell’azione amministrativa il legislatore fa obbligo per la stazione appaltante di avvalersi degli esiti della competizione espletata e di attenersi alla graduatoria formulata, senza che sia possibile, al riguardo, alcun esercizio di discrezionalità, né sulle modalità da seguire per il nuovo affidamento (...), né sul procedimento di scorrimento della graduatoria, vincolato al rispetto dell’ordine di classificazione dei concorrenti così come cristallizzatosi» (Consiglio di Stato, sez. V, n. 4619/2021).

Lo stesso giudice amministrativo aggiunge che «L’oggettiva circostanza che tra l’evento terminale della procedura di evidenza pubblica – *id est* l’aggiudicazione – e la riapertura a seguito dell’interpello per lo scorrimento vi sia una netta cesura, determinata dall’efficacia temporale delle offerte (che la legge limita nel tempo), viene superata dalla “conferma” delle stesse in sede di interpello (così Cons. Stato, III, 6 marzo 2017, n. 1050). In ciò risiede dunque la particolarità del sub-procedimento di interpello, (...) nell’attribuire all’assenso dell’operatore interpellato l’effetto (di fatto, un automatismo) di tener luogo della formale nuova aggiudicazione della gara. Proprio la circostanza che il sub-procedimento di interpello non ha valenza autonoma, ma si inserisce sempre nell’originario procedimento di evidenza pubblica, porta a concludere che alla risposta positiva dell’operatore interpellato deve comunque far seguito un formale (e nuovo) provvedimento di aggiudicazione, che vada a sostituire quello venuto meno a seguito del recesso dell’amministrazione, con la conseguenza che fino a tale momento l’interpellato – venutosi a trovare in posizione equiparabile a quella del concorrente “primo graduato”, dunque titolare di una mera aspettativa di fatto all’aggiudicazione – non potrebbe vantare, secondo regola generale, una posizione soggettiva qualificata e differenziata tutelabile in sede giurisdizionale (ex multis, Cons. Stato, III, 6 marzo 2018, n. 1441)» (Consiglio di Stato, sez. V, n. 4619/2021).

Secondo l’orientamento giurisprudenziale richiamato, dunque, l’interpello previsto dall’art. 110 del d.lgs. 50/2016, si configura come un sub-procedimento privo di valenza autonoma, che si inserisce nell’originario procedimento di evidenza pubblica, come tale soggetto alla disciplina in vigore al momento dell’indizione della gara a monte.

Sulla base di tale premesse, con riguardo al secondo quesito, relativo ai provvedimenti che la stazione appaltante può assumere al fine di evitare l’interruzione del servizio oggetto di affidamento, in caso di rifiuto del secondo interpellato a stipulare il contratto, si rinvia alle chiare disposizioni del citato art. 110, ai sensi del quale le stazioni appaltanti, nei casi previsti dalla norma, «...*interpellano 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 dell’esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture*».

La norma stabilisce quindi espressamente che la stazione appaltante può interpellare “progressivamente” i soggetti che hanno partecipato all’originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, con ciò riconoscendo la possibilità – in caso di eventuale rifiuto del secondo classificato – di interpellare gli operatori economici che seguono in graduatoria, ai fini della stipula del contratto d’appalto.

Pertanto, nel caso di specie, l’Amministrazione richiedente può procedere nel senso indicato dalla norma, mediante interpello dei soggetti utilmente collocati nella graduatoria finale di gara.

Quanto, infine, all’ultimo quesito, riferito alla possibilità di apportare modifiche alle condizioni di aggiudicazione della gara, secondo specifiche richieste del soggetto interpellato, si evidenzia che

il comma 2 dell'art. 110 del d.lgs. 50/2016 stabilisce espressamente che «*L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta*».

Dunque, la norma non consente, in sede di interpello, di apportare modifiche alle condizioni di aggiudicazione offerte dall'aggiudicatario originario.

L'Autorità ha osservato al riguardo che ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. 50/2016, norma di stretta interpretazione «... la stazione appaltante è obbligata a procedere all'interpello ivi previsto, secondo l'ordine della graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta. ...l'applicazione dell'istituto dell'interpello contemplato dall'art. 110, richiede necessariamente che la stipula del nuovo contratto d'appalto con il secondo in graduatoria, *avvenga – come previsto dalla norma - alle medesime condizioni proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta. (...)*» (parere AG 8/2022).

In risposta al terzo quesito, pertanto, non appare possibile, alla luce del chiaro disposto dell'art. 110 del Codice, procedere ad una revisione delle condizioni contrattuali definite a seguito di gara pubblica, in sede di stipula del nuovo contratto d'appalto con l'operatore economico che segue in graduatoria (parere Funz Cons 7/2023).

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

Firmato digitalmente