



Oggetto

Affidamento appalto di lavori a seguito di risoluzione contrattuale per grave inadempimento dell'appaltatore – estrema urgenza derivante da eventi non imputabili alla stazione appaltante – applicabilità art. 76, comma 2, lett. c) del d.lgs. 36/2023 – richiesta di parere.

UPREC-CONS-136-2024-FC

FUNZ CONS 56/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 21 giugno 2024, acquisita al prot. Aut. n. 70470, 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 23 ottobre 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. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la citata nota la società richiedente comunica di dover procedere alla risoluzione contrattuale per grave inadempimento dell'appaltatore, in relazione ad un affidamento di lavori pubblici disposto a seguito di procedura di gara indetta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 50/2016. Alla predetta procedura di gara ha preso parte un solo appaltatore, pertanto la stazione appaltante è nell'impossibilità di procedere sia allo scorrimento della graduatoria ai sensi dell'art. 110 del Codice, sia all'affidamento del contratto mediante procedura negoziata senza bando, richiedendo a tal fine, l'art. 63, comma 2, lett. a) del predetto decreto legislativo, che la gara sia andata deserta. Per la stessa motivazione, a parere della richiedente, non sarebbe applicabile l'art. 76, comma 2, lett. a) del d.lgs. 36/2023, che non avrebbe apportato novità al riguardo.

Per quanto sopra, la società istante chiede se la mancanza dei tempi tecnici necessari per l'espletamento di una nuova gara senza incorrere nella decadenza del finanziamento di cui al fondo complementare PNRR, quale situazione determinata dalla risoluzione del contratto d'appalto sopra indicata, possa integrare il presupposto dell'estrema urgenza derivante da eventi non imputabili alla stazione appaltante, come richiesto dall'art. 76, comma 2, lett. c), del d.lgs. 36/2023. Chiede inoltre se in alternativa, sia consentito ricorrere all'applicazione dell'art. 124, comma 3, del Codice, che rinvia all'art. 216, commi 2 e 3, del medesimo corpo normativo e dunque acquisire il parere del collegio consultivo tecnico, il quale può valutare anche la possibilità di procedere in via diretta all'esecuzione dei lavori.

Al fine di fornire riscontro alla richiesta di parere, sembra opportuno osservare in primo luogo che gli interventi relativi agli obiettivi PNRR, sono soggetti alle norme speciali di riferimento, dettate

in particolare dal d.l.77/2021 conv. in l.n. 108/2021 e dal d.l. 13/2023 conv. in l.n. 41/2023 (come previsto dall'art. 225, comma 8 del d.lgs. 36/2023), nonché alle disposizioni contenute nel nuovo Codice dei contratti pubblici

In tal senso, come evidenziato dall'Autorità, «è l'orientamento giurisprudenziale più recente, cui si ritiene di aderire – v. Tar Lazio, sez. II bis, 3.1.2024 n. 134 – secondo cui «Con particolare riferimento a tale ultima disposizione [ovvero l'art. 225, comma 8 del d.lgs. n. 36/2023 – n.d.r.], il Collegio rileva che essa si limita a stabilire la perdurante vigenza delle sole norme speciali in materia di appalti PNRR (tra cui gli artt. 47 e ss. d. l. n. 77/21) ma non anche degli istituti del d.lgs. n. 50/16 in esso sporadicamente richiamati; la contraria opzione ermeneutica, seguita dalla circolare del MIT del 12/07/23..., collide con il ricordato disposto del comma 2 dell'art. 226 d.lgs. n. 36/23, che sancisce l'abrogazione del d.lgs. n. 50/16 a decorrere dal 01/07/23 senza alcuna eccezione, e con il comma 5 della medesima disposizione, secondo cui *"ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016, o al codice dei contratti pubblici vigente alla data di entrata in vigore del codice, si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal codice stesso"*» (delibera n. 51/2024- UPREC-PRE 848/2023/L/PREC).

Pertanto, per tali interventi, trova applicazione (per i profili di interesse ai fini del parere), l'art. 48 del citato d.l.77/2021, il quale stabilisce al comma 3 che «Per la realizzazione degli investimenti di cui al comma 1 le stazioni appaltanti possono altresì ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, per i settori ordinari, e di cui all'articolo 125 del medesimo decreto legislativo, per i settori speciali, qualora sussistano i relativi presupposti. Trova applicazione l'articolo 226, comma 5, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36. Al solo scopo di assicurare la trasparenza, le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui al presente comma mediante i rispettivi siti internet istituzionali. Ferma restando la possibilità, per gli operatori economici, di manifestare interesse a essere invitati alla procedura, la pubblicazione di cui al periodo precedente non costituisce ricorso a invito, avviso o bando di gara a seguito del quale qualsiasi operatore economico può presentare un'offerta».

La norma è frutto delle modifiche apportate alla stessa dall'art. 24-ter del decreto-legge 13 giugno 2023, n. 69, conv. con mod. in legge del 10 agosto 2023, n. 103 (recante *"Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi derivanti da atti dell'Unione europea e da procedure di infrazione e preinfrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano"*), al fine di superare la procedura di infrazione n. 2018/2273, avviata nei confronti dell'Italia per non conformità dell'ordinamento interno rispetto ad alcune disposizioni delle direttive europee in materia di contratti pubblici.

E' quanto emerge nella Relazione tecnica del citato decreto legge n. 69/2023, a tenore della quale «al fine di tener conto dei rilievi della Commissione europea, si sostituisce integralmente il comma 3 dell'art. 48 del d.l. 77 del 2021 e si chiarisce inequivocabilmente che il ricorso alle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara possa avvenire solo laddove ricorrano i presupposti previsti dall'art. 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, per i settori ordinari, e di cui all'articolo 125 del medesimo decreto legislativo, per i settori speciali. Tali disposizioni riproducono infatti le previsioni dell'articolo 32, paragrafo 2, lettera c) della direttiva 2014/24/UE e dell'articolo 50, lettera d) della direttiva 2014/23/UE».

Dunque il nuovo comma 3 dell'art. 48 del d.l.n. 77/2021 stabilisce chiaramente che i presupposti per il ricorso alla procedura negoziata senza bando, restano quelli individuati dall'art. 63 del d.lgs. 50/2016 e, in virtù della previsione – ivi contenuta -per cui *"trova applicazione l'articolo 226, comma 5 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36"*

(sopra richiamato)- il rinvio è da intendersi ai presupposti individuati dall'art. 76 del d.lgs. 36/2023 per gli affidamenti disposti a decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo Codice.

Per quanto sopra, ai fini del parere può richiamarsi il citato art. 76 del nuovo Codice, ai sensi del quale le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara quando ricorrono i presupposti fissati dalla norma stessa, dandone motivatamente conto nel primo atto della procedura in relazione alla specifica situazione di fatto e alle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3.

Il comma 2 della disposizione de qua, individua i casi in cui è consentito ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando, prevedendo alla lett. c) che tale procedura può essere esperita «nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dalla stazione appaltante, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati; le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alle stazioni appaltanti». Il comma 7 aggiunge che «Ove possibile, le stazioni appaltanti individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza, selezionando almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'articolo 108, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione».

La Relazione Illustrativa del nuovo Codice sottolinea l'eccezionalità della procedura negoziata senza bando, rispetto alle procedure di affidamento ordinarie, osservando – con riguardo al comma 1 – che «al fine di responsabilizzare le amministrazioni aggiudicatrici nell'utilizzo della procedura in parola, avente comunque natura eccezionale, è stato valorizzato l'obbligo di motivazione che, seppure non previsto nel testo dell'art. 32 direttiva n. 2014/24/UE, è espressamente richiamato nel considerando n. 50 e nell'art. 84 della medesima direttiva».

Quanto alla previsione del citato comma 7, il documento evidenzia che «è stata reintrodotta la clausola della possibilità (di indizione della gara informale), già prevista dall'art. 57, comma 6, decreto legislativo n. 163 del 2006: l'istituto in esame trova applicazione in fattispecie in cui la gara, talvolta, non è in astratto configurabile (si pensi, ad esempio, alle ipotesi codificate in cui le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico), talaltra non è in concreto praticabile (si pensi, ad esempio, all'urgenza qualificata dall'art. 64, comma 2, lett. c), che potrebbe anche impedire un previo confronto concorrenziale ove incompatibile con la tempistica dell'esecuzione della commessa). Per l'effetto, attraverso la clausola di salvaguardia in esame, si rimette alla valutazione concreta di ogni Amministrazione aggiudicatrice la possibilità di indire una gara informale ai fini della selezione del contrente affidatario della commessa».

La disposizione dell'art. 76 in parola, con riguardo alla possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza bando per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dalla stazione appaltante, si pone in continuità con le previsioni dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016, pertanto, può richiamarsi al riguardo l'avviso espresso dall'Autorità su tale ultima disposizione.

Più in dettaglio, l'Autorità ha osservato che «il ricorso a procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando per estrema urgenza è legittimo a condizione che: a) l'urgenza derivi da eventi imprevedibili e in alcun caso imputabili all'amministrazione aggiudicatrice, che rendano impossibile il rispetto dei termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le

procedure competitive con negoziazione; b) della relativa giustificazione sia dato conto con adeguata motivazione; c) l'affidamento sia disposto nella misura strettamente necessaria (Cons. Stato, Sez. V, n. 608 del 24.1.2020). L'Autorità, sulla scorta della Giurisprudenza, ha più volte rappresentato come la procedura negoziata senza bando disciplinata dall'art. 63 del d.lgs. 50/2016 costituisca una deroga alle regole dell'evidenza pubblica e possa essere utilizzata soltanto nei casi tassativamente previsti dalla norma, che non sono suscettibili d'interpretazione estensiva. La scelta di tale modalità di affidamento, in quanto eccezionale e derogatoria rispetto all'obbligo delle amministrazioni di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione dimostrarne l'effettiva esistenza (cfr. ex multis Delibera Anac n. 268 del 30 marzo 2021; Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2019, n. 5628). (...)» (delibera n. 328/2024).

Va quindi ribadita la portata eccezionale della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, quale si evince dal considerando 50 della direttiva 24/2014/UE ("tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali") ed evidenziata nelle Linee guida ANAC n. 8 (...). La procedura negoziata senza bando può dunque essere utilizzata, motivando, solo restrittivamente nei ridotti limiti dei suoi presupposti. Va ricordato infatti che le deroghe ai principi ed alle regole in materia di concorrenza, in quanto aventi natura eccezionale, sono ammesse solo in ambiti ristretti e al ricorrere di determinate condizioni da individuare in modo rigoroso.» (delibera n. 142/2024)

Per quanto sopra, in risposta al quesito posto, può osservarsi che in caso di risoluzione del contratto d'appalto per grave inadempimento dell'appaltatore, che segua allo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica aggiudicata all'unico concorrente in gara, nei termini descritti nell'istanza di parere, tenuto conto dei tempi entro i quali il contratto deve essere portato a termine ai fini dell'attuazione degli obiettivi PNRR (termine non comunicato nella richiesta di parere, così come i dati relativi alla consistenza dell'appalto), e considerato altresì il rilievo che il legislatore ha riconosciuto all'attuazione dello stesso PNRR (tanto che sono state dettate in materia specifiche ed eccezionali disposizioni normative), le circostanze sopra indicate, possono formare oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante, ai fini dell'applicazione dell'art. 76, comma 2, lett. c) del Codice, ove i tempi occorrenti per l'espletamento delle ordinarie procedure di gara siano ritenuti dalla stessa incompatibili con il tempestivo completamento delle opere entro i ristretti termini previsti ai fini dell'attuazione degli obiettivi PNRR. Ciò a condizione che sia adeguatamente motivato, nel primo atto della procedura, il nesso di causalità tra la specifica situazione di fatto e l'urgenza dell'affidamento dell'appalto.

Con riguardo, invece, alla possibilità di richiedere un parere al Collegio consultivo tecnico, si rinvia alle previsioni degli articoli 215 e seguenti, le quali individuano chiaramente le competenze del predetto organo e i casi in cui la stazione appaltante può adirlo.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette dunque all'Amministrazione richiedente 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