

## **Parere n.17 del 25/2/2015**

### **PREC 189/14/L**

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata da Comunità Montana Mont Rose – Procedura di gara aperta per l'affidamento di lavori di ampliamento della struttura per l'accoglimento degli anziani non autosufficienti (microcomunità) nel comune di Perloz - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base d'asta: euro 2.989.000,00 – S.A.: Comunità Montana Mont Rose

### **Il Consiglio**

#### **Considerato in fatto**

Con istanza del 26.05.2014 la Comunità Montana Mont Rose chiede un parere nell'ambito della procedura di affidamento di lavori di ampliamento della struttura per l'accoglimento degli anziani non autosufficienti (microcomunità) nel Comune di Perloz.

La stazione appaltante comunica di aver risolto il contratto di appalto con l'aggiudicatario per grave inadempimento e grave ritardo e di aver proceduto, ai sensi dell'art. 140, d.lgs. 163/2006, all'interpello del secondo classificato in graduatoria cui affidare le opere rimanenti (70%) alle medesime condizioni del primo. Il secondo classificato, in sede di procedura di gara, aveva conseguito un punteggio più elevato sull'offerta tecnica, ma aveva ottenuto, in ragione di un minore ribasso sul prezzo, un punteggio complessivo inferiore.

Considerando che l'appalto è stato aggiudicato utilizzando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e considerando che le offerte tecniche non sono sovrapponibili visto che le singole migliorie proposte afferiscono a soluzioni tecniche e gestionali diverse e scaturiscono da know how diversi, la stazione appaltante domanda se possa accogliere la richiesta del secondo in graduatoria che vorrebbe proseguire i lavori realizzando le proprie migliorie offerte in gara in proporzione della quota dei lavori che devono ancora essere eseguiti e aumentare il ribasso offerto sino a coprire la differenza di punteggio totale scaturito tra primo e secondo.

Il procedimento veniva avviato in data 23.06.2014.

#### **Ritenuto in diritto**

Il quesito sollevato con l'istanza di parere concerne le modalità di affidamento dell'appalto al secondo in graduatoria, interpellato ex art. 140, d.lgs. 163/2006 a seguito dell'intervenuta risoluzione contrattuale disposta nei confronti dell'aggiudicatario per grave inadempimento e grave ritardo, laddove il soggetto interpellato propone condizioni contrattuali in parte diverse, per quanto migliorative, rispetto alle condizioni contenute nel contratto sottoscritto con il primo aggiudicatario. Ai sensi dell'art. 140, comma 2, d.lgs. 163/2006 «l'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta». La norma, nella formulazione iniziale e prima della novella apportata con il d.lgs. 152/2008, consentiva l'affidamento all'interpellato alle condizioni indicate da quest'ultimo, ma l'intervenuta modifica normativa è stata evidentemente nel senso di introdurre una prescrizione restrittiva.

La norma richiamata esprime il principio generale dell'immodificabilità delle originarie condizioni contrattuali, nel senso che il soggetto interpellato dovrà accettare di svolgere i lavori alle medesime condizioni contrattuali offerte dal primo in graduatoria. In tal senso, si rinvia a quanto statuito dal Consiglio di Stato (sez. VI) nella sentenza 12 aprile 2011, n. 2260 ove si legge che la previsione di cui all'art. 140, comma 1, d.lgs. 163/2006 ha «carattere eccezionale .... individua un'ipotesi nella quale i contratti dell'Amministrazione possono essere affidati senza l'ulteriore svolgimento di una gara ad evidenza pubblica, ed è quindi suscettibile esclusivamente di stretta interpretazione»; il Consiglio di Stato ha, altresì, indicato, che la norma può essere applicata «esclusivamente qualora sia possibile stipulare con l'imprenditore, che ha presentato la seconda migliore offerta, un contratto

avente lo stesso contenuto di quello concluso con l'aggiudicatario originale e poi risolto ... tale conclusione interpretativa è suffragata anche dalla modifica dell'originario testo dell'art. 140, disposta con il D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152, per adeguare l'ordinamento nazionale a quello dell'Unione Europea, a seguito sentenza della Corte di giustizia 15 maggio 2008, in C-147/06 E c-148/06, pronunciata al termine di una procedura di infrazione».

Pertanto, alla luce di quanto indicato dalla norma del Codice dei contratti pubblici e considerato l'orientamento giurisprudenziale richiamato,

### **il Consiglio**

ritiene che la stazione appaltante possa procedere all'affidamento del contratto al secondo in graduatoria ai sensi dell'art. 140, d.lgs. 163/2006 soltanto alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 3 marzo 2015

Il Segretario Maria Esposito