

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI E LL.PP.: IL RITORNO DEI LOTTI FUNZIONALI E IL PROBLEMA DELLE VARIANTI IN CORSO D'OPERA

maurizio_greco@tiscali.it

Il codice dei contratti all'art. 57, 5° comma lett. b), ricalcando pedissequamente la direttiva 2004/18 all'art. 31, prevede tra le ipotesi di legittimo ricorso alla procedura negoziata senza bando quella di *“nuovi lavori [...] consistenti nella ripetizione di lavori [...] analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali lavori [...] siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale, e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei [...] lavori successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'art. 28”*.

La disposizione, peraltro - in quanto di direttiva e sicuramente autoapplicativa - comunque già in vigore almeno per gli appalti sopra-soglia sin dallo scorso 1° febbraio, segna il rientro nell'ordinamento interno, nei limiti sopra citati, della fattispecie dell'affidamento a trattativa privata dei c.d. “lotti funzionali”.

Al riguardo, la determinazione “Affidamento a trattativa privata di lotti funzionali” dell'Autorità Vigilanza ll.pp. 13/1/00 n.1/2000 aveva ricordato sinteticamente il quadro normativo oggi superato dalla sopravvenuta disciplina comunitaria.

“L'articolo 24 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 stabilisce al comma 1 i casi in cui è ammesso l'affidamento di lavori a trattativa privata e aggiunge l'avverbio “esclusivamente”, indicativo della tassatività dei casi previsti.”

“Al comma 7 dello stesso articolo è previsto che “qualora un lotto funzionale appartenente ad un'opera sia stato affidato a trattativa privata, non può essere assegnato con tale procedura altro lotto da appaltare in tempi successivi e appartenente alla medesima opera”.

“Questa, la disciplina normativa della legge quadro oggi vigente; ma, anteriormente alle modifiche ad essa apportate con la più recente legge 18 novembre 1998, n. 415, esisteva un complesso normativo, costituito da norme succedutesi nel tempo, e che aprivano varchi all'adozione del sistema di affidamento di lavori a trattativa privata, proprio nel caso di suddivisione dell'opera in lotti.

“L'articolo 12 della legge 3 gennaio 1978, n. 1 consentiva al ricorrere di specifiche condizioni, l'affidamento dell'appalto dei lavori relativi a lotti successivi di progetti generali esecutivi approvati e parzialmente finanziati mediante trattativa privata alla stessa impresa esecutrice del lotto precedente.

“L'articolo 9 del decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406 stabiliva una complessa disciplina di casi in cui era consentito l'affidamento dei lavori a trattativa privata, dei quali, in particolare, la lettera e) del comma 2 era relativa a “nuovi lavori consistenti nella ripetizione di opere

similari affidate all'impresa titolare di un primo appalto dalla medesima amministrazione".

"[...] Infine, nella stessa legge quadro, prima della modifica introdotta con il provvedimento legislativo del 1998, era contenuto un comma (oggi abrogato) il quale stabiliva che "l'interferenza tecnica, o di altro tipo, di lavori da affidare con lavori in corso di esecuzione non è compresa fra i motivi tecnici di cui alla lettera b) del comma 2 dell'articolo 9 del decreto legislativo n. 406/91. In tali casi il contratto in esecuzione è risolto e si procede ad affidare i nuovi lavori congiuntamente a quelli oggetto del contratto risolto non ancora eseguiti".

"E' da tener presente che il Regolamento, di cui all'articolo 3 della Legge quadro, contiene l'espressa abrogazione sia dell'articolo 12 della legge 1/78 che dell'articolo 9 del decreto legislativo n. 406/91, a ciò autorizzato da espressa disposizione contenuta nel comma 4 dello stesso articolo 3.

"Questa abrogazione segue, peraltro, ad una situazione di incompatibilità, con la normativa oggi vigente in materia di trattativa privata, della disciplina precedente, situazione che deve far considerare già priva di efficacia detta disciplina, anche prima della sua espressa abrogazione.

"Ciò in quanto, come ha ritenuto la Corte Costituzionale (sentenza n. 482 del 1995) la legge quadro "stabilisce, negli appalti di opere pubbliche, il principio della gara per la selezione del contraente cui affidare la realizzazione delle opere. L'esigenza di fondo è quella di assicurare la massima trasparenza nella scelta del contraente e la concorrenza tra diverse imprese. La trattativa privata è ammessa solo in ambiti più ristretti e rigorosi di quanto non preveda la normativa comunitaria, che peraltro configura il ricorso alla "procedura negoziata" come eccezione rispetto alla regola della "procedura aperta" o della "procedura ristretta", le quali implicano una gara tra imprese concorrenti. La norma nazionale assicura il modo ancor più esteso la concorrenza e non determina una lesione del diritto comunitario, che consente, ma non impone, la trattativa privata.

"Anche il giudice amministrativo (Consiglio di Stato, Sez. V 18 settembre 1998 n. 1312) ha affermato, anteriormente alla legge n. 415/98, che la materia della trattativa privata per l'affidamento degli appalti di opere pubbliche è stata ridisciplinata per intero dalla L. 109/94 che ha previsto con elencazione tassativa le ipotesi eccezionali in cui il ricorso a tale strumento è ancora consentito, implicitamente abrogando la normativa previgente che disponeva il senso difforme.

"[...] La funzione della norma contenuta nel comma 7 è diversa; quella di introdurre un rigoroso, ulteriore divieto. Nel caso in cui il precedente lotto funzionale (per il ricorrere dei presupposti di legge) sia stato affidato a trattativa privata, non è consentito assegnare con tale procedura il lotto successivo, anche quando ricorrano le condizioni cui si è subito prima fatto riferimento, cioè quelle del 1 comma dell'articolo 24."

La superiore disciplina viene, dunque, travolta dal nuovo codice, che non riproduce l'art. 24 l. 109/1994 (nemmeno sotto soglia).

Pertanto, mentre con la legge "Merloni" i lotti funzionali erano assegnabili a t.p. soltanto nel ricorrere delle limitatissime ipotesi di cui al ridetto art. 24, tali limiti con il codice De Lise vengono meno.

Da rilevare che il Consiglio di Stato nel proprio parere sullo schema di codice ha fornito elementi a suffragio di tale scelta osservando, in termini generali: *"Come è infatti noto, il testo originario*

della legge quadro sui lavori pubblici n. 109 del 1994 aveva ritenuto di dettare discipline parzialmente differenti da quella comunitaria, prevedendo la rigida separazione tra attività di progettazione ed attività di esecuzione dei lavori, la limitazione del ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della trattativa privata e della introduzione delle varianti, l'abolizione dell'istituto della revisione dei prezzi ed altre ancora, che costituivano i punti maggiormente qualificanti di quella riforma.

“E' altrettanto noto che riguardo a tali previsioni si pose il problema della loro conformità alla direttiva allora vigente (n. 89/440/CEE poi trasfusa nella direttiva n. 37/1993/CEE), ma la Corte costituzionale, con sentenza 7 novembre 1995, n. 482, ritenne infondate le questioni di costituzionalità sollevate dalle Regioni in relazione alle procedure di scelta del contraente ed ai criteri di aggiudicazione previsti dalla legge n. 109 del 1994, rilevando come le disposizioni della legge, aventi ad oggetto metodi di selezione del contraente anche più rigorosi rispetto alle direttive comunitarie, fossero costituzionalmente legittime, anche in relazione al riparto di competenze normative fra Stato e Regioni, perché dirette ad assicurare in modo ancor più esteso la concorrenza.

“Successivamente i principi in questione hanno subito taluni temperamenti, ma l'impianto generale è rimasto sostanzialmente invariato.

“Orbene, non vi è dubbio che il “Codice” comporti una significativa evoluzione rispetto al passato. Ma il vincolo derivante dal recepimento delle direttive europee, combinato con quello degli arresti della Corte di Giustizia, riduce in misura consistente la possibilità per il legislatore delegato di seguire la strada a suo tempo percorsa dalla legge n. 109 del 1994 [...]”.

§§§

Alla lettera a) del già citato comma 5 dell'art. 57, il nuovo codice introduce anche la fattispecie (sempre di origine comunitaria) dei lavori complementari.

Trattasi di quei lavori (con un uso linguistico forse un po' disinvolto dell'indicativo al posto del congiuntivo) *“non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera [...] oggetto del progetto o del contratto iniziale, purché aggiudicati all'operatore economico che [...]* esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni: a.1) tali lavori [...] complementari non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento; a.2) il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per lavori [...] complementari non supera il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale”.

La disciplina in questione si discosta, evidentemente, non solo dall'art. 24 ma anche dall'art. 25 della l. 109/1994, che pure il codice ripropone integralmente all'art. 132, andando quindi ad impattare sulla tematica delle varianti in corso d'opera.

E' infatti evidente il contrasto tra la normativa comunitaria, che si occupa solo delle varianti in sede di offerta (art. 76 del codice), e la normativa nazionale che circoscrive ad ipotesi specifiche le varianti in corso di esecuzione del contratto, le quali, tuttavia, benché riconfermate dal codice, sembrano poter essere messe in discussione dalla sopra richiamata previsione che consente di affidare al medesimo appaltatore l'esecuzione di nuovi lavori per cause soltanto impreviste e non anche imprevedibili.