

# **PROCEDURE DI AFFIDAMENTO IN CASO DI FALLIMENTO DELL'ESECUTORE O RISOLUZIONE DEL CONTRATTO PER GRAVE INADEMPIMENTO DELL'ESECUTORE.**

## **TERZO DECRETO CORRETTIVO**

Decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152

Ulteriori modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62

(G.U. n. 251 del 2 ottobre 2008 - in vigore dal 17 ottobre 2008)

Norma

**Art. 140. Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore.  
(art. 5, commi 12-bis, ter, quater, quinquies decreto-legge n. 35/2005, conv. in legge n. 80/2005)**

**1. Le stazioni appaltanti prevedono nel bando di gara che, in caso di fallimento dell'appaltatore o di risoluzione del contratto per grave inadempimento del medesimo, 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 così modificato all'art. 1, comma 1, lettera dd), d.lgs. n. 152 del 2008)**

**2. L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta.**

**(comma così sostituito dall'art. 1, comma 1, lettera dd), d.lgs. n. 152 del 2008)**

**3. In caso di fallimento o di indisponibilità di tutti i soggetti interpellati ai sensi dei commi 1 e 2, le stazioni appaltanti possono procedere all'affidamento del completamento dei lavori mediante procedura negoziata senza pubblicazione di bando, ai sensi dell'articolo 57, se l'importo dei lavori da completare è pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 28, ovvero nel rispetto dei principi del Trattato a tutela della concorrenza, se l'importo suddetto è inferiore alla soglia di cui all'articolo 28.**

**(comma soppresso dall'art. 1, comma 1, lettera dd), d.lgs. n. 152 del 2008)**

**4. Qualora il fallimento dell'appaltatore o la risoluzione del contratto per grave inadempimento del medesimo intervenga allorché i lavori siano già stati realizzati per una percentuale non inferiore al 70 per cento, e l'importo netto residuo dei lavori non superi i tre milioni di euro, le stazioni appaltanti possono**

**procedere all'affidamento del completamento dei lavori direttamente mediante la procedura negoziata senza pubblicazione di bando ai sensi dell'articolo 57. 4. (comma soppresso dall'art. 1, comma 1, lettera dd), d.lgs. n. 152 del 2008)**

tratto da

SENATO DELLA REPUBBLICA\_ COMMISSIONE LAVORI PUBBLICI, COMUNICAZIONI (8ª) MARTEDÌ 29 LUGLIO 2008 \_25ª Seduta (antimeridiana) Presidenza del Presidente GRILLO  
Interviene il sottosegretario di Stato per le infrastrutture e per i trasporti Castelli.  
La seduta inizia alle ore 12.

IN SEDE CONSULTIVA SU ATTI DEL GOVERNO

Schema di decreto legislativo concernente: "Ulteriori modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture" (n. 12) (Parere al Ministro per i rapporti con il Parlamento, ai sensi degli articoli 1, commi 3 e 4, e 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62. Seguito e conclusione dell'esame. Parere favorevole con osservazioni)

PARERE APPROVATO DALLA COMMISSIONE SULL'ATTO DEL GOVERNO N. 12

(...)

Procedure di affidamento per il caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento L'art. 1 lett. x 3) dello schema governativo abroga integralmente i commi 3 e 4 dell'art. 40 del Codice aderendo alle indicazioni fornite dalla Commissione CE che ha individuato in tali norme una ipotesi di procedura negoziata non disciplinata dalla Direttiva CE.

L'intervento abrogativo va peraltro oltre gli stessi rilievi della Commissione CE, andando a colpire anche i casi in cui i lavori ancora da completare al momento del fallimento o della risoluzione per inadempimento siano di importo inferiore alla soglia comunitaria e pertanto non disciplinati dalla Direttiva CE.

Per tali casi le indicazioni derivate dalle decisioni della Corte di Giustizia CE sono nel senso di dover preservare negli affidamenti i soli principi della concorrenza e della non discriminazione, principi pienamente salvaguardati dall'art. 57, comma 6 del Codice.

In ragione di quanto sopra l'art. 1 lett. x 3) dello schema governativo deve essere così modificato:

art. 1 lett. x 3) nell'articolo 140, comma 3, dopo le parole "dell'articolo 57" è aggiunto "comma 6" e sono sopresse le parole "è pari o superiore alla soglia di cui all'art. 28, ovvero nel rispetto dei principi del trattato a tutela della concorrenza, sé l'importo suddetto".

Il comma 4 non va abrogato.

## Scopo

La lettera x) (ora dd) apporta alcune modifiche all'art. 140 relativo alle procedure di affidamento in caso di fallimento o di risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore:

§ la prima modifica al comma 1 dispone la possibilità, per le stazioni appaltanti, di interpellare fino al quinto migliore offerente tra i soggetti che hanno partecipato alla gara originaria, al fine di stipulare un nuovo contratto, sempre a partire da quello che ha formulato la prima migliore offerta, escluso l'originario aggiudicatario;

§ la seconda modifica sostituisce il comma 2: conformemente ai rilievi della Commissione europea, essa prevede che l'affidamento avvenga alle stesse condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta.

Le censure della Commissione sul vigente comma 2 si basano sul fatto che esse potrebbero condurre ad una rinegoziazione dell'offerta, in quanto "da un lato, l'appalto non consisterebbe nell'esecuzione delle prestazioni offerte in sede di gara dal sostituto bensì di quelle offerte dall'aggiudicatario originario e, dall'altra parte, conformemente al par. 2, sono le sole condizioni economiche a dover restare immutate, il che lascia supporre che le altre possono cambiare. In tal caso, ci sarebbe l'attribuzione di un nuovo appalto mediante una procedura negoziata senza previa messa in concorrenza". Pertanto ciò sarebbe incompatibile con la direttiva 2004/18/CE in quanto potrebbe consentire l'attribuzione dell'appalto ad un concorrente diverso dall'aggiudicatario e a condizioni diverse da quelle indicate nell'offerta di tale concorrente;

§ la terza modifica sopprime il comma 3 che prevede che, in caso di fallimento o di indisponibilità di tutti i soggetti interpellati, le stazioni appaltanti possono procedere all'affidamento del completamento dei lavori mediante procedura negoziata senza pubblicazione di bando, ai sensi dell'art. 57, se l'importo del nuovo contratto è pari o superiore alle soglie di applicazione della direttiva 2004/18/CE di cui all'art. 28.

Al riguardo la Commissione europea ha sottolineato come tale disposizione sembrerebbe autorizzare un ricorso generalizzato alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara, nel rispetto delle regole di procedura previste dall'art. 57, non essendo chiaro "se il riferimento a tale articolo, che prevede altresì i casi in cui il ricorso alla procedura negoziata è autorizzato conformemente alla direttiva 2004/18/CE, può essere interpretato nel senso che limita l'applicazione della disposizione in questione ai soli casi contemplati dall'articolo 57".

§ l'ultima modifica sopprime il comma 4 che dispone che, nel caso in cui il fallimento dell'appaltatore o la risoluzione del contratto per grave inadempimento intervenga allorché i lavori siano già stati realizzati per una percentuale non inferiore al 70 per cento, e l'importo netto residuo dei lavori non superi i tre milioni di euro, le stazioni appaltanti possono procedere all'affidamento del completamento dei lavori direttamente mediante la procedura negoziata senza pubblicazione di bando ai sensi dell'art. 57.

A cura di Sonia LAzzini