

STUDIO LEGALE ASSOCIATO
CANCRINI - PISELLI

ARIURO CANCRINI
PIERLUIGI PISELLI

Claudio De Portu
Emilia Piselli
Francesco Toscano
Francesco Vagnucci
Aldo Scarpello

Antonina Leccese
Valeria Ninfadoro
Monica Novelli
Alvise Vergerio Di Cesana
Stefania Simonini
Ugo Altomare
Olga Campi
Vittorio Capuzza
Francesca Leproux
Alessandro Bonaruni
Gianni Marco Di Paolo
Giulio Nardelli
Filippo Casadei
Alessandro Pone
Francesco Zaccone
Maria Bordi
Silvano Mazzantini
Francesco Mollica
Sara Marchetti
Raffaella Martucci
Laura Fioravanti
Giorgia Malomi
Daniele Bracci
Giuseppe Giliberti
Monica Andrisano
Giuseppe Imbergamo
Joana Pricopi
Germana Borgognoni
Marina Persichetti
Alfredo Molteni
Francesca Pilloni
Alessandro D'Alberti

Consulente:
PROF. AVV. MARCO D'ALBERTI

PROVINCIA DI MODENA	
All. _____	
N° <u>70925</u> Del <u>27 IUG. 2011</u>	
Cl. <u>6.12.1</u>	Prec. _____
Anno _____	Fasc. <u>148</u> Sub _____

ROMA
Via Giuseppe Mercalli, 13
00197 Roma (Italy)
Tel. + 39 068091811 r. a.
Fax + 39 0680918126
e-mail: studio@cancrinipiselli.com

PONT-SAINT-MARTIN
Via della Resistenza, 28
11026 - Pont-Saint-Martin (AO) (Italy)
Tel. + 39 0125 809217
Fax + 39 0125 801007

BUCAREST
B-dul Lascar Catargiu, n° 11/A
Sector 1 Bucaresti (Romania)
Tel. +40 314252447
Fax +40 314252448
Email: info@studioroma.ro

P A R E R E

Viene chiesto di esprimere motivato parere in relazione alla possibilità di affidare direttamente i lavori inerenti un lotto funzionale all'appaltatore già titolare di un lotto precedente della medesima opera pubblica.

* * * * *

La possibilità di affidare al medesimo soggetto realizzatore di una determinata opera pubblica i lavori inerenti un lotto successivo è stabilita espressamente nel D. Lgs. 163/2006 per i settori speciali.

L'art. 221 del codice prevede infatti un particolare caso di procedura negoziata, relativa all'affidamento di lotti successivi al primo. In particolare, alla lettera g), il Legislatore ha previsto che: "*Ferma restando la facoltà di ricorrere alle procedure negoziate previa pubblicazione di avviso con cui si indice la gara, gli enti aggiudicatori possono ricorrere a una procedura*

senza previa indizione di una gara nei seguenti casi: ... g) nel caso di appalti di lavori, per nuovi lavori che consistano nella ripetizione di lavori simili affidati dagli stessi enti aggiudicatori all'impresa titolare del primo appalto, purché i nuovi lavori siano conformi a un progetto di base, aggiudicato con un appalto in seguito all'indizione di una gara; la possibilità di ricorrere a questa procedura è indicata già al momento dell'indizione della gara per il primo appalto e, ai fini degli articoli 215 e 29 del presente codice, gli enti aggiudicatori tengono conto dell'importo complessivo previsto per i lavori successivi; ..."

La pratica di suddividere, per esigenze di finanziamento, un progetto generale in due o più lotti funzionali non è solo propria dei settori speciali, ma di tutta l'organizzazione dei lavori pubblici, tanto è vero che nel testo originario il codice stesso non ammetteva eccezioni. Nella formulazione vigente, tuttavia, nei settori ordinari non è più previsto l'affidamento diretto del lotto successivo come ipotesi autonoma, mentre nei settori speciali è espressamente ammesso l'affidamento all'aggiudicatario del lotto precedente.

In particolare, ai sensi dell'art. 221 D. Lgs. 163/2006, la procedura negoziata è ammessa in presenza di nuovi lavori, che consistano nella ripetizione di lavori simili affidati dagli stessi enti aggiudicatori all'impresa titolare del primo appalto, purché i nuovi lavori siano conformi a un progetto di base, aggiudicato con un appalto in seguito all'indizione di una gara, ossia, in altri termini, costituiscano un separato lotto di un originario progetto, anche solo di livello preliminare.

I nuovi lavori debbono dunque essere ripetitivi, devono consistere, in altri termini, nell'esecuzione di opere simili a quelle che hanno formato oggetto del primo appalto. Le ragioni di questa condizione sono evidenti: sotto profilo soggettivo, l'appaltatore del primo lotto è stato appositamente selezionato in relazione alle caratteristiche dell'opera da realizzarsi e, di conseguenza, è preferito ad ogni altro sempre che i lavori dei lotti successivi

siano dello stesso tipo, per il quale ha superato e vinto l'originaria selezione. Non è stato ancora chiarito in giurisprudenza quando ricorre il carattere di ripetitività: è certo comunque che la similarità dei lavori deve essere accertata caso per caso, in relazione al contenuto della prestazione.

La possibilità di ricorrere a questa procedura deve, inoltre, essere indicata fin dal momento dell'indizione della gara per il primo appalto. Lo scopo della disposizione è evidente: la prospettiva dell'aggiudicazione di uno o più lotti successivi, anche se meramente eventuale, è elemento rilevante nelle scelte imprenditoriali che può essere determinante nella valutazione dell'opportunità di partecipare alla gara; pertanto, tale intendimento deve essere reso noto a tutti i potenziali interessati. Ne consegue che, ove il bando di gara non ne faccia cenno, l'Amministrazione decade da questa facoltà e non può recuperarla, menzionandola nella lettera d'invito, che ha destinatari assai più limitati¹.

Infine, occorre che, nella determinazione del valore dell'appalto e in particolare nei confronti della soglia comunitaria, si sia tenuto conto dell'importo complessivo previsto per i lavori successivi. Si tratta dell'applicazione del principio generale dell'art. 29 del codice, che trova riscontro anche in giurisprudenza, in virtù del quale, in sede di gara d'appalto di lavori pubblici, la suddivisione in lotti di un'opera non può comportare frazionamento fittizio e impone quindi l'applicazione comunque del diritto comunitario se la somma degli importi dei singoli lotti supera la soglia relativa².

Resta condizione implicita che, in concreto, il primo appalto sia stato conferito con pubblica gara e non a seguito di procedura negoziata.

E' evidente che per la stessa natura della fattispecie, la procedura negoziata nel caso in questione non deve essere preceduta né da pubblicità, né da gara preventiva, restando unico possibile contraente l'appaltatore del

¹ C. Conti, Sez. Contr., 27 marzo 1991, n. 37, in Cons. Stato, 1991, II, 1525.

² Cons. Stato, Sez. VI, 18 maggio 2004, n. 3188, in Sett. Giur. 2004, I, 360.

primo lotto. Ove invece non ricorrano tutte le condizioni previste, si dovrà procedere con altro sistema di gara.

L'applicabilità di questa fattispecie nei settori ordinari per gli appalti di lavori, originariamente ammessa all'art. 57, comma 5, lett. b), D. Lgs. 163/2006, è stata limitata dalla novella di cui al D. Lgs. n. 113/2007, che ha escluso i nuovi lavori derivanti da ripetizione di lavori analoghi. Tale limitazione impedisce alle Stazioni Appaltanti di assegnare automaticamente ad uno stesso operatore lotti funzionali successivi.

Tuttavia, la possibilità di affidamento diretto di un lavoro successivo al medesimo appaltatore può essere sostenuta laddove il caso concreto rientri nella previsione dei "motivi tecnici", descritta all'art. 57, comma 2, lett. b).

La norma testé menzionata prevede che "*Nei contratti pubblici relativi a lavori, forniture, servizi, la procedura è consentita: ...b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato:...*"

Le c.d. ragioni di natura tecnica possono avere tanto carattere soggettivo (esistenza di un solo imprenditore in grado di eseguire l'opera) quanto carattere oggettivo (attenendo ad esempio ad aspetti inerenti alla realizzazione di una determinata opera). In entrambi i casi, il vago tenore letterale del requisito non facilita l'utilizzo dello stesso, dovendo la stazione appaltante motivare in maniera più energica e puntuale la scelta di derogare al normale utilizzo della pubblica gara.

Data la genericità del concetto, tale requisito potrebbe essere interpretato in maniera elastica, e dunque l'espressione potrebbe essere intesa in termini non assoluti³, di modo che risulterebbero rientranti nell'ambito applicativo della norma tutti quei soggetti che non solo

³ In dottrina per tutti MAZZONE M., LORIA C., *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, pp. 285 - 286, Jandi Sapi Editore, Roma, 2005.

presentino un particolare *know how* o uno specifico macchinario o metodologia esecutiva, da spendere nei confronti della stazione appaltante, ma presentino anche un legame speciale con le condizioni di realizzazione dell'appalto. In tal senso la casistica offre esempi di appalti affidati in via diretta nei casi in cui il lavoro da realizzare risulti essere complementare ad uno già realizzato od in fase di esecuzione⁴, ovvero in casi di limitate condizioni di operatività (si pensi, in via semplificativa, alla presenza di due appaltatori in una limitata area di cantiere, o a due lotti contigui dove l'affidamento dei lavori a distinte imprese possa compromettere la funzionalità dell'opera).

Sull'istituto in parola, di recente in giurisprudenza si è espresso il T.A.R. Liguria (sez. II, sentenza 2 febbraio 2011, n. 191), il quale nel decidere un caso di affidamento diretto di cui all'art. 57, comma 2, lett. b), D. Lgs. 163/2006, ha osservato che *"In generale, come noto, la procedura negoziata senza bando di gara costituisce una deroga al normale principio di concorrenzialità che domina la materia degli appalti pubblici e pertanto i casi in cui essa è legislativamente consentita sono tassativi e da interpretarsi restrittivamente, con onere dell'Amministrazione di motivare espressamente la sussistenza dei presupposti giustificativi (cfr. ad es. vedi Corte di Giustizia CE, 8.4.2008, n. 337; I, 2.6.2005, n. 394; II, 13.1.2005, n. 84; I, 14.10.2004, n. 340; II, 14.9.2004, n. 385; V, 10.4.2003, n. 20).*

La motivazione circa la necessità della trattativa con unico imprenditore deve essere rigorosa e non inficiata da vizi logici. Non basta, ad esempio, affermare che un insieme di lavori è complesso e delicato per dimostrare che esso deve necessariamente venire affidato ad un solo imprenditore; né basta a detti fini affermare che i lavori o il servizio o la

⁴ *"Ove siano state già affidate determinate prestazioni ad una società e si decida poi di estenderle e di ampliarle è legittimo ed opportuno affidarle mediante un regolare contratto a trattativa privata, all'impresa assuntrice delle prime prestazioni allo scopo di evitare che l'inserimento nello stesso contesto strutturale di due tecnologie risulti dannoso dal punto di vista della funzionalità ed, in ultima analisi, antieconomico"* (cfr. Consiglio di Stato, sez. II, pareri n. 50/88 e 518/88, Corte dei Conti, n. 1370/81).

fornitura abbiano caratteristiche tecniche particolari. Occorre, invece, dimostrare che un determinato soggetto sia l'unico imprenditore nella Comunità a disporre del know how necessario per eseguire la prestazione. I presupposti per il ricorso alla procedura negoziata ricorrono soltanto quando si tratti di qualità talmente particolari dell'impresa da farla apparire, sia sotto il profilo delle maestranze altamente specializzate, sia per gli strumenti tecnologici di cui dispone, sia per il prodotto o il servizio offerto, come l'unica in grado di eseguire un'opera o una prestazione dalle caratteristiche tecniche assolutamente particolari, sì che l'art. 57 comma 2, lett. b), d.lg. n. 163 del 2006 trova applicazione in casi del tutto normali, quali quelli di prestazioni infungibili o rese in posizioni monopolistiche (cfr. ad es. cfr. Consiglio di Stato sez. IV, n. 2728 del 2000 T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 16 gennaio 2010, n. 286).

In tale contesto, quindi, è onere dell'amministrazione individuare le caratteristiche esclusive del servizio con estremo rigore ed ampiezza descrittiva in modo da poter dimostrare l'inutilità o comunque l'impossibilità di un confronto concorrenziale il cui esito sarebbe pressoché scontato a priori perché solo un operatore è in grado di assicurare la prestazione richiesta (cfr. ad es Tar Lazio n. 286/2010 cit.).

Presupposto di ciò è la preliminare individuazione dell'oggetto della prestazione da rendere, e non del macchinario che si ritiene più adatto, accompagnata da una preliminare indagine di mercato, da svolgersi all'evidenza ex ante non ex post (cfr. ex multis T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 11 novembre 2009, n. 11069 e Consiglio Stato, sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6797) da cui risulti l'unicità dell'operatore in grado di svolgere quella prestazione (non certo quale sia quello che la svolge nel modo reputato migliore)."

Da quanto sinora osservato si ritiene che la stazione appaltante possa ricorrere alla procedura negoziata senza preliminare pubblicazione di un bando di gara solo ed esclusivamente quando definito un obiettivo che

intende realizzare, accerti motivatamente che lo stesso richiede necessariamente l'impiego di un determinato bene o utilità, che a sua volta, per quelle essenziali caratteristiche, che ne individuano la funzione, può essere procurato esclusivamente da un determinato soggetto: sicché *ex ante* la committente può (e deve) ragionevolmente argomentare che la procedura concorsuale ordinaria sarebbe inutile, non potendo garantire il raggiungimento di quell'obiettivo.

Occorre da ultimo individuare un'ulteriore ipotesi di affidamento diretto, prevista anch'essa dall'art. 57, D. Lgs. 163/2006.

Infatti, per i soli appalti di lavori (e di servizi) il Legislatore ha previsto (*ex art. 57, comma 5, lett. a), del D.Lgs. 163/2006*) l'affidamento diretto laddove i lavori da svolgere possano essere considerati come *"...lavori...complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale"*: secondo la disposizione in parola, tali lavori possono essere affidati allo stesso soggetto che abbia eseguito i lavori inizialmente aggiudicati.

Siffatta possibilità risulta essere tuttavia subordinata a due condizioni: *"tali lavori o servizi complementari non possano essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dall'appalto iniziale senza recare gravi inconvenienti agli enti aggiudicatori, oppure,- quando tali lavori o servizi complementari, pur essendo separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento."*

Secondo una tesi sostenuta in dottrina, per lavori complementari si intenderebbero i c.d. "lavori suppletivi", cioè quei lavori che pur comportando modifiche al progetto iniziale rientrino comunque nel piano dell'opera, e non invece i lavori extracontrattuali, cioè quelli destinati a dar vita ad opere aventi una propria individualità indistinta, né necessari per la

migliore esecuzione dell'opera in sé considerata, né rappresentanti un completamento della stessa⁵.

Secondo altra letteratura, invece, sarebbero lavori complementari tutti quelli che costituiscono un completamento dell'opera principale sotto un profilo funzionale, sia economico, sia tecnico, sia estetico: pertanto nella nozione di complementarietà rientrerebbero sia i lavori suppletivi che quelli extracontrattuali⁶.

Tra le due tesi appena menzionate, la seconda appare maggiormente sostenibile. Pertanto sono da ritenersi lavori complementari quelle opere che da un punto di vista tecnico – costruttivo rappresentano un'integrazione dell'opera principale. In sostanza, per lavori complementari si devono intendere lavori ulteriori e diversi rispetto a quelli oggetto della progettazione iniziale e del contratto di concessione stipulato, seppure legati dal nesso di complementarietà.

Da ultimo, sul tema dei lavori complementari, si è espressa l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici che, con Deliberazione n. 26 del 23 febbraio 2011, ha offerto un'interpretazione ulteriore dell'istituto rispetto a quelle sopra descritte⁷.

⁵ MAZZONE M., LORIA C., *Le gare di appalto secondo la legge 8 agosto 1977*, n. 584, p. 79, Sapi, Roma, 1984; CAROSI A., in AA. VV., *Gli appalti dei lavori pubblici nella nuova disciplina*, p. 100, Bologna, 1992; RAMETTA R., *La trattativa privata nel decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406 di recepimento della direttiva comunitaria 89/440*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, p. 47, 1994; Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, sentenza n. 38/2000 in *Comuni d'Italia*, p. 1276, 2000.

⁶ PISELLI P., in CARULLO A., CLARIZIA A., *“Accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche. Commentario alla legge 8 ottobre 1984, n. 687”*, in *Le nuove leggi civili commentate*, p. 70, 1985.

⁷ Con la Deliberazione 26/2001 l'Autorità si è pronunciata sul caso della sopraelevazione di un edificio di un'Azienda Ospedaliera, per il quale la stazione appaltante, nella fase iniziale del procedimento, aveva fatto elaborare un progetto preliminare del medesimo edificio suscettibile di essere elevato fino a sei piani fuori terra oltre a quello interrato. In considerazione di ciò l'Azienda Ospedaliera aveva rivolto all'Autorità un quesito circa la possibilità di procedere *ex art. 57, comma 5, lett. a)*, del D.Lgs. 163/2006 all'affidamento diretto nei confronti dell'appaltatore già realizzatore dei primi tre piani dell'opera pubblica.

In particolare, l'Autorità, assentendo nel caso prospettato all'applicazione dell'art.57, comma 5, lett. a), del DLgs n.163/2006, ha osservato che *"A mente dell'art.57 comma 5, lett.a), del codice, la nozione di lavori complementari è ancorata a tre elementi principali.*

In primo luogo, deve trattarsi di lavori non compresi nell'appalto e nel progetto appaltato e divenuti necessari all'esecuzione dell'opera del contratto iniziale, a seguito di una circostanza imprevista. Nel caso in esame la sopraelevazione non era prevista nel progetto appaltato e la sopravvenuta oggettiva condizione di precarietà strutturale di un plesso ospedaliero ("Maternità-Pediatrica") aggravata da un recente evento sismico di intensità medio-alta, le cui attività sono perciò da ricoverare nell'erigendo edificio, caratterizza la assoluta necessità di completamento dell'opera fino al sesto piano. A cura del medesimo esecutore.

Il secondo elemento risiede nella sussistenza di gravi inconvenienti qualora i lavori complementari siano separati dal contratto iniziale ovvero siano strettamente necessari al perfezionamento. Qualora infatti non si cogliesse l'opportunità di ospitare nella sopraelevazione le attività svolte attualmente nel plesso bisognoso di consolidamento, si verrebbe a interrompere la erogazione dei servizi ospedalieri ivi svolti con conseguente forte disagio nel bacino di utenza. Inoltre, dovrebbe procedersi alla sopraelevazione con un appalto in un tempo successivo alla messa in esercizio del corpo "B" di tre piani e verosimilmente procedere ad una nuova messa fuori esercizio del nuovo plesso di tre piani con danni rilevanti per l'Azienda. Anzi, con ogni probabilità, le difficoltà tecniche di sopraelevare, di fatto, allontanerebbero del tutto la possibilità di procedere alla realizzazione di un edificio come originariamente concepito di sei piani fuori terra, ma subito ridimensionato per le carenze di copertura finanziaria.

Il terzo e non meno importante elemento richiamato nel comma 5, lett. a.2), dell'art.57, verte sulla sussistenza del limite tassativo all'importo

complementare del 50 % dei lavori principali; dalla citata delibera n.2 del 12.01.2011 e dai chiarimenti aggiuntivi forniti, si ricava un importo delle opere complementari (opere edili, impiantistiche e strutturali) pari € 3.119.580,79 al lordo del ribasso contrattuale del 39,366 %, a fronte dell'importo contrattuale di € 7.461.207,73 per lavori e di € 311.058,00 per oneri per l'attuazione dei piani di sicurezza (Contratto stipulato in data 7.11.2008 con repertorio n. 206, registrato in data 13.11.2008 al n. 15074 presso l'Ufficio del Registro dell'Agenzia delle Entrate di Bari 2). E' evidente pertanto il rispetto puntuale anche di tale condizione.”

Il contributo maggiore, in termini di analisi dell'istituto, si rinviene in altra parte della Deliberazione, dove l'Autorità ha rilevato che “Un'importanza particolare risiede inoltre nella qualità della “connessione” dei lavori complementari con quelli principali. In merito, autorevole giurisprudenza chiarisce (cfr. Cons. Giust. Amm. Sic. Sez. giurisdiz., 03-02-2000, n. 38, pur se riferito alla stessa tematica nella previgente legislazione sui ll.pp.): possono ritenersi “complementari” quelle opere che da un punto di vista tecnico - esecutivo rappresentino una integrazione dell'opera principale sì da giustificare l'affidamento e la relativa responsabilità costruttiva ad un unico esecutore. Ed ancora (cfr. Cons. Giust. Amm. Sic. Sez. giurisdiz., 20-06-2000, n. 295), sono da ritenersi complementari soltanto quelle opere che da un punto di vista tecnico - costruttivo rappresentino una integrazione dell'opera principale saldandosi inscindibilmente con essa sì da giustificarne l'affidamento e la relativa responsabilità costruttiva ad un unico esecutore. La unicità dell'esecutore assume nel caso in esame una singolare ricorrenza e pregnanza, trattandosi di un'opera da realizzarsi fisicamente al disopra di un'altra preesistente alla quale è richiesta la piena e indefettibile idoneità strutturale a sopportare carichi aggiuntivi, non solo dal punto di vista progettuale (cosa qui assicurata dal Progettista come detto), bensì sotto il profilo esecutivo della qualità dei materiali impiegati e modalità tecniche di “ripresa” della”

sopraelevazione (aspetto quest'ultimo di importanza cruciale in una zona ad altissima sismicità come il territorio della città di Foggia, a causa delle forzanti orizzontali alternate cui è sottoposto l'edificio in caso di sisma). Non può pertanto non rimarcarsi quanto sia congeniale la circostanza di poter riunire su di un unico esecutore la responsabilità della sopraelevazione.

Anche l'Autorità, nel parere AG 19-10 del 29 aprile 2010, ha ripreso e ampliato la stessa giurisprudenza citata per chiarire la nozione di lavori complementari: "possono ritenersi complementari soltanto le opere che da un punto di vista tecnico costruttivo rappresentano un'integrazione delle opere principali"; mentre in altra fattispecie, argomenta sempre il parere AG 19-10, il giudice amministrativo (Tar Lombardia, 3.11.2004, n.5575) "ha ritenuto illegittimo l'affidamento di lavori a trattativa privata .. sebbene abbiano ad oggetto collegamenti che comprendono nuovi svincoli di interconnessione di infrastrutture già esistenti, qualora essi non riguardano il completamento dell'opera principale ma concernono la costruzione di un nuovo raccordo che unisce vari tratti stradali al fine di migliorare la viabilità". In sostanza, il parere AG 19-10 segnala la differenza tra i lavori rientranti nel piano dell'opera e dunque come tali ascrivibili a lavori suppletivi o complementari, e "i lavori extracontrattuali consistenti in lavori aventi una propria individualità distinta da quella dell'opera originaria e che integrano un'opera a sé stante (es. strada di collegamento)."

Come si vede, alla luce del citato parere AG 19-10, l'opera di sopraelevazione non è riconducibile a lavoro extracontrattuale - da affidarsi con procedura di evidenza pubblica - data la sua stretta connessione con l'opera principale."

Da quanto argomentato dall'Autorità nella summenzionata Deliberazione, si evince che la connessione tra le lavorazioni già appaltate e quelle successive sia riscontrabile innanzitutto laddove entrambe siano state

oggetto di una progettazione di base, che le abbia prese in considerazione quali parti specifiche di una più grande e complessa opera pubblica.

Al riguardo, sembrerebbe rientrare in tale ultima ipotesi la suddivisione progettuale di un'opera di viabilità in più lotti, dove uno di questi sia stato già affidato e un altro possa (debba) essere affidato allo stesso realizzatore del primo.

Inoltre, dovranno contemporaneamente sussistere: almeno una circostanza non prevedibile al momento dell'affidamento, che giustifichi e renda necessaria la realizzazione dei lavori successivi mediante affidamento diretto; l'interesse a che le lavorazioni ulteriori non siano scisse dall'originario appalto; l'importo dei lavori complementari, che non dovrà eccedere la metà della somma prevista dall'Amministrazione per il pagamento dell'originaria prestazione.

Quanto sinora detto induce a ritenere possibile, nel caso di specie, l'affidamento diretto di un secondo lotto al soggetto aggiudicatario del primo, laddove il relativo bando di gara abbia espressamente previsto la possibilità per la stazione appaltante di affidare a tale soggetto, mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando, i lavori relativi al secondo stralcio dell'opera.

Infatti, con una clausola del genere l'Amministrazione dimostra, da un lato, di aver già valutato la stretta *interdipendenza tecnica e funzionale* fra i lavori previsti nei due stralci e, dall'altro, di voler privilegiare, nel superiore interesse pubblico, la *continuità* della tecnica costruttiva e cantieristica rispetto all'opposto scenario di una nuova gara e di un possibile nuovo appaltatore.

Tra l'altro, tale scelta – essendo stata effettuata in uno con la gara iniziale e prima ancora di individuare l'impresa appaltatrice del primo stralcio – risulta scevra da qualsiasi possibile condizionamento derivante

dall'individuazione preventiva di uno specifico appaltatore e/o dai risultati derivanti dalla conduzione del primo stralcio.

Tale valutazione complessiva - proprio perché svolta ancor prima di dar inizio alla procedura di gara per la scelta dell'appaltatore del primo stralcio - non può infatti essere considerata lesiva dei principi di imparzialità, trasparenza e *par condicio* mettendo *qualsiasi* concorrente nelle condizioni di vedersi affidato direttamente, in un secondo momento, il lotto successivo a quello aggiudicato con la prima gara.

In altri termini, cercando di interpretare la volontà sottesa ad una siffatta clausola di gara, si ritiene che la Stazione Appaltante abbia inteso stabilire *a priori* che qualunque fosse l'operatore economico vincitore della prima gara esso aveva - ed ha - tutti i connotati per essere qualificato come *prestatore determinato* (ex art. 57, comma 2, lett. b) del D. L.gs. 163/2006) cui è concesso ottenere *ex lege* l'affidamento di un ulteriore stralcio (secondo e ultimo in forza della dizione utilizzata dal bando stesso).

Tale "determinatezza" deriva quindi non dalle qualità soggettive dell'offerente, quanto piuttosto dalla natura, in sé e per sé, delle opere di cui trattasi, che l'amministrazione ha discrezionalmente e preventivamente valutato come un *unicum* tale da richiedere la continuità dell'esecutore dei lavori e tale, per contro, da rendere recessivo l'affidamento disgiunto di tali segmenti esecutivi.

Si ringrazia per la fiducia accordata e si resta a disposizione per gli eventuali chiarimenti che si rendessero necessari.

Roma, 27 luglio 2011

Avv. Arturo Cancrini
