

The background of the entire page is a yellow-tinted photograph of a modern building's interior, showing a grid of ceiling panels and a long hallway with windows on the right. A white rectangular frame is centered on the page, containing the main text and logo.

LEAP

NEWSLETTER

LC&P

A cura del Centro Studi Lipani Catricalà & Partners

NEWSLETTER DEL 29 novembre 2022

GIURISPRUDENZA

Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo

3

Consiglio di Stato, 31 ottobre 2022, n. 9626

Consiglio di Stato, 22 novembre 2022, n. 10296

TRGA Trentino Alto Adige - Trento, 14 novembre 2022, n. 190

Consiglio di Stato, 31 ottobre 2022, n. 9626

Massima

A fronte di un'istanza, formulata dall'appaltatore, di adeguamento del corrispettivo dei servizi da svolgere e in carenza di un'espressa clausola di revisione dei prezzi, si applica la lettera a), e non la lettera c), dell'art. 106 del Codice dei Contratti Pubblici, il quale, al comma 1, scandisce i casi di modifica dei contratti di appalto.

Inoltre, dalla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia si trae una sostanziale neutralità del diritto europeo rispetto agli eventuali rimedi manutentivi che gli ordinamenti nazionali approntano per fronteggiare le sopravvenienze che incidono sugli aspetti economici del contratto, fermo il disfavore per soluzioni che alterino surrettiziamente il gioco della concorrenza attraverso affidamenti diretti senza gara.

Caso di specie

Nel 2018 un Comune della Lombardia ha bandito una procedura aperta per l'affidamento dei servizi integrati di igiene urbana nel territorio comunale. A seguito della definizione delle vicende processuali relative all'impugnazione e al conseguente annullamento del primo provvedimento di aggiudicazione, l'appalto è stato aggiudicato, nell'agosto 2020, a una delle società partecipanti alla procedura.

Prima della stipulazione del contratto, tuttavia, la società ha richiesto alla Stazione Appaltante di poter modificare le clausole contrattuali relative ai corrispettivi da pagare all'impresa appaltatrice, in quanto nel corso dei due anni trascorsi dall'indizione della procedura i costi relativi al

procedimento di smaltimento dei rifiuti avevano subito un aumento considerevole.

Il Comune ha rigettato le istanze della società, e, conseguentemente, ha disposto la revoca dell'aggiudicazione.

La società ha impugnato il diniego di revisione dei prezzi opposto dal Comune e il successivo provvedimento di revoca dell'affidamento innanzi al TAR competente, che tuttavia ha rigettato il ricorso.

Motivi della decisione

A seguito dell'impugnazione della sentenza del TAR da parte della società, della questione è stato investito il Consiglio di Stato, il quale, con la sentenza in commento, ha confermato la piena legittimità della sentenza emessa all'esito del primo grado di giudizio nonché dell'operato della Stazione Appaltante.

In particolare, il Consiglio di Stato ha rigettato la tesi della società appellante secondo cui le proprie istanze avrebbero dovuto essere sussunte non già entro la fattispecie di cui all'art. 106, comma 1, lett. a), del D.Lgs. n. 50/2016, bensì entro quella di cui all'art. 106, comma 1, lett. c).

Entrambe le lettere a) e c) del comma 1 dell'art. 106 del Codice dei Contratti Pubblici disciplinano, infatti, ipotesi in cui i contratti di appalto possono essere modificati senza che si renda necessario indire una nuova procedura di affidamento: la lettera a) consente tali modifiche qualora le stesse siano state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi; la lettera c), invece, le consente qualora, pur in assenza delle relative clausole nella *lex specialis* di gara, la necessità di modifica sia determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore e, al contempo, la modifica non alteri la natura generale del contratto.

Il Consiglio di Stato ha dunque stabilito che la revisione dei prezzi del contratto di appalto deve necessariamente essere ricondotta entro la fattispecie di cui all'art. 106, comma 1, lett. a) del Codice dei Contratti Pubblici, e ciò in quanto, da un lato, le ipotesi di revisione dei prezzi sono espressamente richiamate da quest'ultima disposizione, e, dall'altro, la disposizione di cui

all'art. 106, comma 1, lett. c), disciplina esclusivamente le modifiche che riguardano l'oggetto del contratto sul versante dei lavori da eseguire. Nel caso di specie, la modificazione dei prezzi risultava preclusa per due ordini di ragioni: da un lato, le modifiche disciplinate dall'art. 106, comma 1, del Codice dei Contratti Pubblici riguardano i contratti già in essere, mentre in questo caso il contratto non era ancora stato stipulato; dall'altro, il capitolato speciale di gara aveva espressamente escluso qualsiasi possibilità di procedere alla revisione dei prezzi afferenti allo smaltimento e il trattamento dei rifiuti.

Infine, il Consiglio di Stato ha rigettato anche la tesi, prospettata dalla società appellante, secondo cui risulterebbe possibile trarre dai generali principi dell'ordinamento euro-unitario l'obbligo, per le Stazioni Appaltanti, di favorire l'impiego di rimedi manutentivi e perequativi dell'equilibrio contrattuale.

Sul punto, il Consiglio di Stato ha richiamato alcune pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea secondo cui, in primo luogo, la normativa europea in materia di appalti non contempla alcun obbligo specifico di prevedere la revisione al rialzo del prezzo dopo l'aggiudicazione di un appalto, e, in secondo luogo, a fronte del grande rilievo assunto dal prezzo dell'appalto nella valutazione delle offerte, è in realtà proprio attraverso la mancata previsione dell'obbligo normativo di revisione dei prezzi che gli ordinamenti nazionali si pongono in linea con il rispetto dei principi euro-unitari, precludendo alle Stazioni Appaltanti - salva l'ipotesi di espressa previsione di tale possibilità nella *lex specialis* di gara - di adottare modificazioni del contratto che risultino in realtà idonee ad alterare surrettiziamente il gioco della concorrenza attraverso affidamenti diretti senza gara.

Consiglio di Stato, 22 novembre 2022, n. 10296

Massima

Il contratto di avvalimento non deve necessariamente spingersi sino all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione, essendo sufficiente, ai fini della sua validità, che l'assetto negoziale consenta quantomeno l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere.

Caso di specie

Il caso di specie trae origine dall'indizione, da parte del Ministero dell'Interno, di una procedura di evidenza pubblica per l'affidamento della fornitura di seimila casacche per la Polizia di Stato, per la quale, ai fini della partecipazione, era richiesta la disponibilità dell'intero ciclo produttivo consistente in taglio, tessitura e confezione delle casacche di colore blu.

All'esito della procedura di evidenza pubblica, l'operatore classificatosi in seconda posizione nella graduatoria stilata dalla Stazione Appaltante ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione adottato da quest'ultima in favore di altro operatore economico, deducendo tre distinti profili di illegittimità.

In particolare e per quanto di specifico interesse, la ricorrente ha lamentato la genericità del contratto di avvalimento prodotto dalla prima classificata, poiché asseritamente carente dell'indicazione delle risorse umane e strumentali messe a disposizione dall'impresa ausiliaria, in ragione della *"mancanza di qualifiche e mansioni del personale e del numero di matricola dei macchinari"*. Il ricorso è stato accolto integralmente dal Giudice di primo grado e la relativa decisione ha formato oggetto di appello da parte della Stazione Appaltante innanzi al Consiglio di Stato.

In tale giudizio, si sono costituite sia la prima classificata, per chiedere l'accoglimento dell'appello, sia la seconda classificata, per chiedere il rigetto dell'appello.

Motivi della decisione

Il Consiglio di Stato ha accolto l'atto di appello e, quindi, riformato integralmente la sentenza di primo grado.

Con riferimento alla genericità del contratto di avvalimento, il Giudice investito della controversia ha riformato la decisione impugnata, assumendo che tale contratto fosse sufficientemente preciso e circostanziato, *“sia in relazione alla chiara indicazione delle fasi di lavorazione, con attribuzione delle relative funzioni rispettivamente in capo all'ausiliaria e all'ausiliata ... sia in ordine alle risorse umane (n. 50 operatori addetti) [e] alle risorse materiali e strumentali”*.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, *“la mancanza di qualifiche e mansioni del personale e del numero di matricola dei macchinari - come evidenziato dalla difesa della seconda classificata - non può elevarsi a motivo di genericità del contratto e dunque di illegittimità dell'azione amministrativa (data la non esclusione della prima classificata), e tanto in applicazione del principio di proporzionalità ovverossia in considerazione della natura del contratto da eseguire, caratterizzata da livelli di complessità non particolarmente elevata. È noto del resto che, secondo la giurisprudenza di questa stessa sezione (cfr. sentenza n. 169 del 10 gennaio 2022): “Il contratto di avvalimento non deve ... necessariamente spingersi, ad esempio, sino ... all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione”. Proprio in questa direzione: “l'assetto negoziale deve consentire quantomeno l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere”. Ebbene nel caso di specie le rispettive funzioni sono sufficientemente delineate dal momento che, nel contratto di avvalimento, è chiara la distinzione tra fasi di “tessitura e taglio”, spettanti alla ausiliaria, e fase di “confezione” che sarebbe stata svolta dalla ausiliata”*.

* * *

La sentenza in analisi rappresenta l'ennesima pronuncia giurisdizionale in ordine alla tematica della genericità dei contratti di avvalimento e, ad avviso di chi scrive, merita apprezzamento in quanto

contribuisce ad abbandonare l'esigenza di formalismi eccessivi nella redazione di tali contratti. È senz'altro vero, infatti, che in altri casi è stato statuito che fosse necessaria, *inter alia*, "l'indicazione delle risorse umane messe a disposizione, con specificazione delle qualifiche", ma allo stesso modo l'assenza di tale elemento - o di elementi analoghi - non può in alcun modo connotare di genericità una siffatta tipologia di accordi negoziali, laddove tali risorse siano indicate, anche senza la specifica delle qualifiche, e qualora sia altresì puntualmente riportato l'elenco dei "mezzi strumentali e delle attrezzature funzionali all'esecuzione dei lavori appaltati"; in altri termini, non è affetto da genericità il contratto di avvalimento il cui oggetto, "pur non essendo puntualmente determinato *"sia tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli articoli 1346,1363 e 1367 del codice civile"* (Consiglio di Stato, Ad. Plenaria, 4 novembre 2016, n. 23)" (TAR Campania, Sez. I, 8 aprile 2021, n. 2313).

Si deve, in definitiva, rifuggire l'idea di "fare ricorso ad *"aprioristici schematismi concettuali che possano irrigidire la disciplina sostanziale della gara"* (in questo senso, Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4860; *idem*, 13 febbraio 2017, n. 596)" e che, conseguentemente, possano dare adito alla proposizione di azioni strumentali che facciano leva su alcuni passaggi di pronunce passate, decontestualizzati però dal tenore effettivo delle relative statuizioni.

Il sistema giustizia, a parere di chi scrive, deve essere azionato per fare valere pretese concrete e meritevoli di un valido confronto dialettico; non già, al contrario, meri tentativi per provare a raggiungere il risultato sperato, nella speranza di disattenzioni o valutazioni non approfondite degli organi giudicanti.

TRGA Trentino Alto Adige - Trento, 14 novembre 2022, n. 190

Massima

Anche se la realizzazione dei lotti di un'opera pubblica ricade nell'ambito del territorio del Trentino Alto Adige/ Südtirol - e, conseguentemente, in quello delle due Province Autonome di Trento e di Bolzano - in realtà anche gli effetti di tale atto - adottato da un'Autorità Statale - a ben vedere neppure sono limitati "*all'ambito territoriale di un tribunale periferico*", ma si inseriscono nel ben più ampio contesto di un'opera finanziata con le risorse previste dal PNRR.

Il profilo finanziario assume evidentemente una rilevanza non inconsistente - e una dimensione finanche europea, quanto alla provvista delle risorse per la realizzazione delle opere - tanto più in quanto nel caso di specie non solo la realizzazione del progetto deriva, per l'appunto, dai finanziamenti europei del PNRR, ma altresì poiché l'opera viene sovvenzionata mediante la concessione di contributi pubblici erogati dallo Stato, ai sensi del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 123.

Caso di specie

Una società *in house* del Ministero per lo Sviluppo Economico, con bando pubblicato in G.U.U.E. il 20 gennaio 2022 e in G.U.R.I. il 21 gennaio 2022, ha indetto una procedura di gara, suddivisa in lotti, ai sensi del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 123, per la concessione di contributi pubblici per il finanziamento di progetti di investimento per la realizzazione sull'intero territorio nazionale di nuove infrastrutture di telecomunicazioni e relativi apparati di accesso in grado di erogare servizi con

capacità di almeno 1 Gbit/s in download e 200 Mbit/s in upload.

Non essendo pervenute offerte per il lotto n. 15, corrispondente all'area geografica del territorio delle Province Autonome di Trento e Bolzano, il medesimo bando è stato ripubblicato in G.U.U.E. il 4 maggio 2022 e in G.U.R.I. il 13 maggio 2022 con termine di scadenza al 3 giugno 2022.

Il progetto di investimento è finanziato con fondi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) approvato dal Consiglio dei Ministri il 29 aprile 2021 nell'ambito del Piano Italia a 1 Giga che promuove investimenti in reti a banda ultralarga per garantire a tutti gli utenti una velocità di connessione in linea con gli obiettivi europei della *Gigabit society* e *del Digital Compass*.

All'esito della procedura la concorrente seconda in graduatoria ha presentato un'istanza di accesso agli atti in particolare per conoscere: *a)* i punteggi di dettaglio (tecnici e sulle pari opportunità) attribuiti all'aggiudicataria al fine di verificarne la ragionevolezza alla luce dell'offerta; *b)* le motivazioni, nonché gli eventuali documenti in base ai quali è stato ritenuto che nei confronti della mandataria del RTI e socio di maggioranza dell'aggiudicataria non sussistessero le cause di esclusione previste dall'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016.

Con il ricorso tempestivamente depositato la concorrente seconda in graduatoria ha quindi impugnato in i provvedimenti con i quali la Stazione Appaltante ha approvato l'aggiudicazione della gara. Secondo quanto prospettato dalla ricorrente, infatti, *i)* non sarebbero stati oggetto di adeguata istruttoria e motivazione i 40 casi di inadempimenti e/o ritardi nell'esecuzione di precedenti commesse pubbliche e i 4 provvedimenti dell'AGCM che compaiono nelle dichiarazioni *ex art.* 80 del D.Lgs. n. 50/2016 dell'aggiudicataria; *ii)* le inadempienze dell'aggiudicataria riscontrate all'Agenzia delle Entrate non sarebbero state oggetto, da parte della Stazione Appaltante, di un'istruttoria puntuale e neppure di un'adeguata motivazione; *iii)* sarebbe stato violato il principio di trasparenza, atteso che dai verbali emergono i punteggi finali ma non è stata data evidenza dei calcoli matematici effettuati e degli elementi di calcolo utilizzati: la commissione si sarebbe limitata a indicare il punteggio complessivamente attribuito in relazione ai singoli elementi di valutazione dell'offerta.

Con memoria depositata in vista della camera di consiglio, la società resistente ha insistito perché il giudizio fosse definito con una pronuncia di rito

ai sensi dell'art. 72 *bis*, comma 2 c.p.a. per inammissibilità del ricorso per non essere stato notificato ai Presidenti delle Province Autonome di Trento e Bolzano.

La Stazione Appaltante ha peraltro prospettato anche l'incompetenza territoriale del TRGA di Trento a favore del TAR del Lazio poiché l'affidamento del lotto 15 era inizialmente previsto nell'ambito di un'unica procedura di selezione per tutto il territorio nazionale, con l'obiettivo indicato nel PNRR di estendere su tutto il territorio nazionale stesso entro il 2026 le opportunità di accesso a Internet veloce.

Il Collegio ha ritenuto fondata la questione preliminare in rito circa l'incompetenza territoriale del TRGA di Trento e, ai sensi del combinato disposto degli artt. 72 *bis* e 15, commi 2, 3 e 4, c.p.a., ha emesso l'ordinanza in commento indicando il TAR per il Lazio, sede di Roma quale Giudice competente a decidere sulla controversia.

Motivi della decisione

Chiariscono i Giudici, infatti, che nella fattispecie in esame il ricorso è stato radicato presso il TRGA di Trento, senza che potessero evincersi le ragioni della ritenuta prevalenza degli effetti dell'atto impugnato nell'ambito del territorio della Provincia Autonoma di Trento.

Ciò posto, occorre evidenziare che, in tema di competenza territoriale inderogabile, il primo criterio che apre l'art. 13 c.p.a. è quello della sede delle Pubbliche Amministrazioni.

L'*incipit* di tale articolo del codice di rito prevede, infatti, che sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti è competente il TAR nella cui circoscrizione le autorità emananti hanno sede.

A questo criterio il c.p.a. ha peraltro contestualmente affiancato quello - alternativo - della sede territoriale del TAR in cui si producono gli effetti diretti dei provvedimenti, atti, accordi o comportamenti.

Nonostante *prima facie* l'efficacia spaziale dell'aggiudicazione del lotto 15 riguardi più immediatamente il territorio del Trentino Alto Adige/ Südtirol - e, conseguentemente, il territorio delle due Province Autonome di Trento e di Bolzano - in realtà anche gli effetti di tale atto - adottato, si badi, da un'autorità statale centrale - a ben vedere neppure sono limitati "*all'ambito territoriale di un tribunale periferico*", ma si

inseriranno nel ben più ampi contesti, prospettive e dimensioni nazionali di un'opera finanziata con le risorse previste dal PNRR.

Il profilo finanziario assume evidentemente una rilevanza non inconsistente tanto più in quanto nel caso di specie non solo la realizzazione del progetto deriva, per l'appunto, dai finanziamenti europei del PNRR, ma altresì poiché l'opera, come si è detto, viene sovvenzionata mediante la concessione di contributi pubblici erogati dallo Stato, ai sensi del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 123.

A fortiori nel caso di specie in cui inizialmente era prevista un'unica procedura di selezione per tutto il territorio nazionale suddivisa in lotti, sussistono quegli indici rivelatori dell'unitarietà della procedura nel senso riconosciuto dalla giurisprudenza, allo stato del tutto prevalente e consolidata, al fine di radicare al riguardo la competenza del TAR per il Lazio, sede di Roma, ai sensi e per gli effetti dell'art. 13 comma 1 primo periodo e comma 3 c.p.a.

Gli indici considerati dalla giurisprudenza indicativi dell'unitarietà di una procedura di gara, ancorché divisa in lotti, sono i seguenti: *A)* la previsione nel bando della possibilità di aggiudicazione di un solo lotto o di un numero limitato di lotti ad ogni singolo concorrente, cosicché l'aggiudicazione di un lotto viene ad essere condizionata dall'esito della procedura selettiva relativa agli altri lotti; *B)* l'identità di prestazione del servizio in tutti i lotti posti in gara, oltre che l'identità di requisiti e condizioni, senza alcuna distinzione a seconda dei lotti e/o delle Regioni; *C)* la nomina di un'unica commissione giudicatrice e di un unico responsabile del procedimento, deputati ad adottare provvedimenti di gara riguardanti tutti i lotti; *D)* la circostanza che non tutti i lotti coincidano con un unico territorio regionale, comprendendo, in diversi casi, più Regioni; *E)* la nomina di un'unica commissione di gara e di un unico responsabile del procedimento. Applicando tali coordinate interpretative al caso in esame, la presente gara così come la precedente procedura andata deserta quanto al territorio delle Province Autonome di Trento e Bolzano, devono qualificarsi unitarie, per l'accertata sintomatica presenza quantomeno dei seguenti indici: ossia che il bando di gara è rimasto il medesimo, così come il responsabile del procedimento nonché la commissione di gara per la valutazione delle offerte.

Per le ragioni sopra esposte, il TRGA ha dichiarato la propria incompetenza territoriale, indicando

quale Giudice competente il TAR del Lazio, sede di Roma, innanzi al quale il processo potrà essere riassunto nel termine perentorio di trenta giorni, decorrente dalla comunicazione dell'ordinanza, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 15, comma 4, c.p.a.

Leap è un progetto editoriale a cura dello Studio Legale Lipani, Catricalà & Partners. È vietata ogni distribuzione non autorizzata.

© Copyright 2020 | Lipani Catricalà & Partners

LEAP

NEWSLETTER
