

APPALTI: Contratti della P.A. - D.Lgs. n. 163/2006 - Settori speciali - Servizi strumentali - Revisione dei prezzi - Non applicabile.

Cons. Stato, Sez. IV, 4 aprile 2022, n. 2446

- in *Guida al diritto*, 15, 2022, pag. 114 e ss., con commento di Giulia Laddaga, *Servizio pulizia stazioni ferroviarie funzionale all'attività di trasporto*.

“[...] da nessuna disposizione di tale direttiva emerge che quest'ultima debba essere interpretata nel senso che essa osta a norme di diritto nazionale, quale il combinato disposto degli articoli 115 e 206 del decreto legislativo n. 163/2006, che non prevedono la revisione periodica dei prezzi dopo l'aggiudicazione di appalti rientranti nei settori considerati dalla medesima direttiva, dal momento che quest'ultima non impone agli Stati membri alcun obbligo specifico di prevedere disposizioni che impongano all'ente aggiudicatore di concedere alla propria controparte contrattuale una revisione al rialzo del prezzo dopo l'aggiudicazione di un appalto [...]”.

FATTO e DIRITTO

1. I fatti di causa possono essere sintetizzati come segue.

RFI – Rete Ferroviaria Italiana S.p.a. ha indetto, in data 29 aprile 2015, una gara ristretta retta dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento del servizio triennale di pulizia delle stazioni ferroviarie del compartimento di Cagliari.

La gara è stata aggiudicata all'ATI appellante in data 23 febbraio 2006, con inizio del servizio in data 15 marzo 2006.

Il servizio è stato prorogato ed è infine scaduto in data 30 giugno 2011.

Scaduto il servizio, l'ATI appellante (che nelle more dell'espletamento del servizio aveva visto aumentare i costi del personale, in forza degli aumenti contrattuali disposti dalla contrattazione nazionale) ha chiesto a RFI la revisione dei prezzi per il periodo dal 15 marzo 2007 al 30 giugno 2011, che RFI ha negato.

1.1. Le società componenti l'ATI, allora, hanno impugnato avanti il T.a.r. per la Sardegna il diniego di RFI, sostenendo che:

- l'art. 115 d.lgs. n. 163 del 2006 (d'ora in avanti semplicemente “Codice”), che disciplina la *“revisione periodica del prezzo”*, si applichi nella presente vicenda - benché il successivo art. 206, che enumera le norme del medesimo Codice applicabili ai settori speciali, non lo richiami - poiché il servizio di pulizia sarebbe tipologicamente “neutro” e non rientrerebbe, *ex se*, nei settori speciali, difettandone appunto il requisito oggettivo di *“specialità”*;

- comunque, la revisione spetti in virtù dell'art. 1664 c.c., sia perché gli aumenti *de quibus* sarebbero stati imprevedibili, sia perché l'art. 6 del contratto, nello stabilire che il prezzo sia "omnicomprensivo", non negherebbe affatto la spettanza della (mera) revisione;

- l'art. 115 contrasterebbe con l'art. 3 Cost., ove fosse interpretato come limitante ai soli settori ordinari il diritto dell'appaltatore alla revisione del prezzo.

1.2. Con la sentenza indicata in epigrafe, il T.a.r. ha respinto il ricorso, osservando che:

- l'art. 115 non si applicherebbe ai settori speciali perché non espressamente richiamato nella Parte III del Codice, relativa alla disciplina prevista appunto per i settori speciali;

- il servizio di pulizia delle stazioni ferroviarie sarebbe disciplinato dalla normativa relativa agli appalti nei settori speciali, in quanto oggettivamente collegato e "strettamente funzionale" alla prestazione del servizio ferroviario stesso, pacificamente "speciale";

- l'art. 1664 c.c. non si applicherebbe nella vicenda, perché negozialmente derogato dall'art. 6 del contratto, "clausola contrattuale limitativa della revisione dei prezzi";

- la questione di legittimità costituzionale dell'art. 115 per possibile violazione del principio di uguaglianza di cui all'articolo 3 della Costituzione sarebbe, conseguentemente, irrilevante;

- sarebbero, inoltre, infondate le ulteriori questioni di legittimità costituzionale dell'art. 115, da ultimo articolate dalle società ricorrenti nella memoria di replica del 22 aprile 2014, "in considerazione della peculiarità e specialità degli appalti rientranti nei "settori speciali" che, in presenza dei necessari presupposti soggettivi e oggettivi normativamente previsti, obiettivamente si differenziano dalla generalità degli appalti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari, di cui alla parte II del Codice dei contratti pubblici, e sono oggetto di specifica apposita normativa di cui alla parte III del Codice dei contratti pubblici".

1.3. Le società componenti l'ATI hanno interposto appello, riproponendo le argomentazioni e le richieste di prime cure ed articolando, tra l'altro, anche:

- una questione pregiudiziale di interpretazione euro-unitaria, assumendo che la disciplina nazionale che esclude la revisione prezzi nei settori speciali sia tale da "alterare le regole di funzionamento del mercato" e, dunque, contrastante con "il diritto europeo primario e la direttiva 2004/17/CE";

- una questione pregiudiziale di validità della stessa direttiva 2004/17/CE, ove si ritenga che da essa discenda l'inapplicabilità della revisione del prezzo nei settori speciali.

1.4. Costituitasi in resistenza RFI, questa Sezione, con articolata ordinanza n. 1297 del 22 marzo 2017, ha disposto come segue:

- ha sostenuto che l'appello sia infondato, con riferimento all'assunta applicazione, nella specie, tanto dell'art. 115 (che, *ex art.* 206 del Codice, non si applicherebbe ai settori speciali e, dunque,

neppure al servizio di pulizia delle stazioni, che costituirebbe una “*condizione imprescindibile del corretto espletamento*” del servizio ferroviario, di cui le stazioni sarebbero una componente costitutiva e strutturale), quanto dell’art. 1664 c.c., perché: *a)* ai sensi dell’art. 2, comma 4, del Codice, il c.c. si applicherebbe solo “*per quanto non espressamente previsto*” dal Codice stesso; *b)* comunque, l’art. 6 del contratto di appalto avrebbe derogato all’art. 1664 c.c., disposizione cedevole in presenza di difforme volontà negoziale; *c)* infine, i periodici aumenti contrattuali del personale dipendente non sarebbero affatto stati “*imprevedibili*”;

- ha ritenuto, conseguentemente, infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 115 “*per tutte le ragioni esposte dall’impugnata sentenza che si condividono in toto*”;

- ha, tuttavia, rimesso alla Corte di giustizia dell’Unione europea (di seguito, Corte di giustizia) sia la questione pregiudiziale di interpretazione formulata nell’atto di appello, chiedendo “*se sia conforme al diritto dell’Unione Europea (in particolare con gli articoli 3, co.3, TUE, artt. 26, 56/58 e 101 TFUE, art. 16 Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea) ed alla Direttiva n. 17/2004 l’interpretazione del diritto interno che escluda la revisione dei prezzi nei contratti afferenti ai cd. settori speciali, con particolare riguardo a quelli con oggetto diverso da quelli cui si riferisce la stessa Direttiva, ma legati a questi ultimi da un nesso di strumentalità*”, sia la questione pregiudiziale di validità della stessa Direttiva 2004/17/CE parimenti sollevata con l’appello, chiedendo se “*la Direttiva n. 17/2004 (ove si ritenga che l’esclusione della revisione dei prezzi in tutti i contratti stipulati ed applicati nell’ambito dei cd. settori speciali discenda direttamente da essa), sia conforme ai principi dell’Unione Europea (in particolare, agli articoli 3,co. 1 TUE, 26, 56/58 e 101 TFUE, art. 16 Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea), per l’ingiustizia, la sproporzionatezza, l’alterazione dell’equilibrio contrattuale e, pertanto, delle regole di un mercato efficiente*”.

1.5. La Corte di giustizia, con la sentenza della IX Sezione, del 19 aprile 2018 nella causa C-152/17, ha così deciso:

a) con riferimento alla questione pregiudiziale di interpretazione:

a1) ha dichiarato irricevibile, per carente formulazione dell’ordinanza di rimessione, la questione pregiudiziale di interpretazione per quanto attiene ai parametri rappresentati dall’art. 3, paragrafo 3, TUE; agli artt. 26, 57, 58 e 101 TFUE; all’art. 56 per gli aspetti diversi ed ulteriori da quelli trattati al punto *a2)*;

a2) ha escluso che la direttiva 2004/17/CE, l’art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e l’art. 56 TFUE ostino a norme di diritto nazionale, come quelle di cui al procedimento

principale, che non prevedono la revisione periodica dei prezzi negli appalti rientranti nei settori speciali;

b) con riferimento alla questione pregiudiziale di validità, l'ha dichiarata irricevibile, perché “*si fonda sulla premessa secondo cui le disposizioni di cui al procedimento principale del decreto legislativo n. 163/2006, non prevedendo la revisione periodica dei prezzi degli appalti rientranti nei settori considerati da tale direttiva, costituiscono un'attuazione di quest'ultima*”, ma “*dal momento che dall'esame della prima questione emerge che né la direttiva 2004/17 né i principi generali ad essa sottesi ostano a norme di diritto nazionale, come quelle di cui al procedimento principale, che non prevedono la revisione periodica dei prezzi dopo l'aggiudicazione di appalti rientranti nei settori considerati da tale direttiva, la presente questione ha carattere ipotetico*” ed è, pertanto, “*irricevibile*”.

1.6. Quindi, con la successiva ordinanza n. 4949 del 15 luglio 2019, questa Sezione ha nuovamente sollevato un'ulteriore questione pregiudiziale di interpretazione, con riferimento a distinti parametri di legalità euro-unitaria individuati per la prima volta dall'ATI appellante nella memoria di trattazione del 28 ottobre 2018.

In particolare, la Sezione ha chiesto alla Corte di giustizia:

- “*se siano conformi al diritto dell'Unione Europea (in particolare agli articoli 4, co. 2, 9, 101, co. 1, lett. e), 106, 151 – ed alla Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 ed alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 da esso richiamate – 152, 153, 156 TFUE; articoli 2 e 3 TUE; nonché art. 28 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) gli articoli 115, 206 e 217 d. lgs. 163/2006, come interpretati dalla giurisprudenza amministrativa, nel senso di escludere la revisione dei prezzi nei contratti afferenti ai cd. settori speciali, con particolare riguardo a quelli con oggetto diverso da quelli cui si riferisce la Direttiva 17/2004, ma legati a questi ultimi da un nesso di strumentalità*”;

- “*se siano conformi al diritto dell'Unione Europea (in particolare all'articolo 28 della Carta dei diritti dell'UE, al principio di parità di trattamento sancito dagli articoli 26 e 34 TFUE, nonché al principio di libertà di impresa riconosciuto anche dall'art. 16 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) gli articoli 115, 206 e 217 d. lgs. 163/2006, come interpretati dalla giurisprudenza amministrativa, nel senso di escludere la revisione dei prezzi nei contratti afferenti ai cd. settori speciali, con particolare riguardo a quelli con oggetto diverso da quelli cui si riferisce la Direttiva 17/2004, ma legati a questi ultimi da un nesso di strumentalità*”.

Preliminarmente, con l'ordinanza in esame la Sezione ha, altresì, chiesto alla Corte “*se, ai sensi dell'art. 267 TFUE, il Giudice nazionale, le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso*

giurisdizionale, è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione, anche nei casi in cui tale questione gli venga proposta da una delle parti del processo dopo il suo primo atto di instaurazione del giudizio o di costituzione nel medesimo, ovvero dopo che la causa sia stata trattenuta per la prima volta in decisione, ovvero anche dopo che vi sia già stato un primo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea”.

1.7. Con la sentenza della Grande Sezione del 6 ottobre 2021 nella causa C-561-19, la Corte di giustizia:

- quanto alla questione afferente all'esegesi dell'art. 267 TFUE, ha ribadito i noti criteri affermati sin dalla sentenza CILFIT circa i ristretti limiti che incontra il generale dovere del giudice nazionale di ultima istanza di rimessione alla Corte, precisando, in aggiunta, che il dovere di rimessione in capo al giudice di ultimo grado esula anche in presenza di “*motivi di irricevibilità inerenti al procedimento dinanzi al giudice*” stesso;
- quanto alle altre questioni, le ha dichiarate irricevibili per carente formulazione dell'ordinanza di rimessione.

1.8. Il ricorso, quindi, è stato nuovamente trattato alla pubblica udienza del 27 gennaio 2022, in vista della quale parte appellante ha insistito nella richiesta di sollevare incidente di costituzionalità e di pregiudiziale euro-unitaria.

2. L'appello non è fondato.

2.1. Procedendo partitamente allo scrutinio dei singoli motivi di ricorso, è certamente infondato il primo, col quale l'ATI appellante ha reiterato la censura di inapplicabilità all'appalto per cui è causa dell'articolo 115 del Codice, lamentando l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha tratto tale inapplicabilità dall'assunta strumentalità del servizio oggetto di affidamento rispetto all'attività di trasporto ferroviario.

Al riguardo, è sufficiente rilevare quanto segue.

Nella citata sentenza del 19 aprile 2018, la Corte di giustizia ha chiaramente affermato che la normativa europea in materia di appalti dei settori speciali (nella specie, era richiamata *ratione temporis* la direttiva 2004/17/UE) si applica non solo agli appalti direttamente afferenti alle attività proprie dei settori speciali, ma anche a quelli attinenti ad attività sì diverse, ma che “*servono per l'esercizio delle attività definite dalla direttiva 2004/17. Di conseguenza, nei limiti in cui un appalto aggiudicato da un ente aggiudicatore ha un nesso con un'attività da questo esercitata nei settori [speciali], tale appalto deve essere assoggettato alle procedure previste dalla direttiva in parola*” (cfr. § 26).

La Corte ha, altresì, aggiunto che *“da nessuna disposizione di tale direttiva emerge che quest’ultima debba essere interpretata nel senso che essa osta a norme di diritto nazionale, quale il combinato disposto degli articoli 115 e 206 del decreto legislativo n. 163/2006, che non prevedono la revisione periodica dei prezzi dopo l’aggiudicazione di appalti rientranti nei settori considerati dalla medesima direttiva, dal momento che quest’ultima non impone agli Stati membri alcun obbligo specifico di prevedere disposizioni che impongano all’ente aggiudicatore di concedere alla propria controparte contrattuale una revisione al rialzo del prezzo dopo l’aggiudicazione di un appalto.*

Parimenti, nemmeno i principi generali sottesi alla direttiva 2004/17, segnatamente il principio di parità di trattamento e l’obbligo di trasparenza che ne deriva, sanciti dall’articolo 10 di tale direttiva,

ostano a siffatte norme. Al contrario, non si potrebbe escludere che una revisione del prezzo dopo l’aggiudicazione dell’appalto possa entrare in conflitto con tale principio e con tale obbligo. Infatti, come rileva la Commissione nelle sue osservazioni scritte, il prezzo dell’appalto costituisce un elemento di grande rilievo nella valutazione delle offerte da parte di un ente aggiudicatore, così come nella decisione di quest’ultimo di attribuire l’appalto a un operatore. Tale importanza emerge peraltro dal riferimento al prezzo contenuto in entrambi i criteri relativi all’aggiudicazione degli appalti di cui all’articolo 55, paragrafo 1, della direttiva 2004/17. In tali circostanze, le norme di diritto nazionale che non prevedono la revisione periodica dei prezzi dopo l’aggiudicazione di appalti rientranti nei settori considerati da tale direttiva sono piuttosto idonee a favorire il rispetto dei suddetti principi”.

Da tali considerazioni consegue che lo scrutinio della censura *de qua* si risolve nella questione – di rilievo esclusivamente interno – di verificare la correttezza e ragionevolezza del giudizio di “strumentalità” dell’attività di che trattasi rispetto alle attività di trasporto svolte da RFI.

Sotto tale profilo, le conclusioni del T.a.r., come peraltro ampiamente anticipato nell’ordinanza di questa Sezione n. 1297 del 22 marzo 2017, cui si opera integrale richiamo, sono del tutto in linea con la prevalente giurisprudenza in materia (la quale non è mutata rispetto alla pronuncia dell’Adunanza Plenaria n. 16 del 2011, richiamata nella citata ordinanza).

In sintesi:

- la pulizia di immobili ed aree rientra nella normativa dei settori speciali quando è funzionale all’attività speciale *stricto sensu* intesa;

- il servizio ferroviario, per potersi svolgere, richiede necessariamente la concreta fruibilità delle stazioni ferroviarie, presidi fisici in cui i passeggeri possono accedere al servizio di trasporto propriamente detto;

- le stazioni, dunque, sono parte costitutiva, integrante ed imprescindibile dell'infrastruttura ferroviaria e ne condizionano l'effettivo esercizio;

- le stazioni, per poter reggere all'impatto umano che ne connota l'operatività e, più in generale, per poter adempiere alla funzione loro propria, debbono essere soggette a regolare pulizia.

2.2. Infondato è pure il secondo motivo, col quale si torna a invocare l'applicazione dell'articolo 1664 c.c. per il riconoscimento dell'auspicata revisione dei prezzi.

Al riguardo, è sufficiente osservare che:

- il consolidato orientamento di questo Consiglio (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2008, n. 2786; id., 14 dicembre 2006, n. 7461; id., 16 giugno 2003, n. 3373; id., 8 maggio 2002, n. 2461) sostiene che l'articolo 6 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, poi sostituito dall'articolo 115 del d.lgs. n. 163/2006, detti una disciplina speciale circa il riconoscimento della revisione prezzi nei contratti stipulati dalla Pubblica Amministrazione che prevale su quella generale dettata dal codice civile (in particolare, dall'articolo 1664 c.c.);

- comunque, l'art. 1664 c.c. non è una norma imperativa che elide, *in parte qua*, la libertà negoziale di autoregolamentazione degli interessi;

- nella specie, le parti hanno convenuto (art. 6 del contratto) che *“l'importo relativo ai servizi di pulizia ... costituisce un corrispettivo omnicomprensivo, forfaitariamente determinato”*: siffatta dizione non può che significare che le parti hanno inteso cristallizzare una volta per tutte, *ab initio*, l'ammontare del corrispettivo della prestazione contrattuale;

- a tutto concedere, comunque, l'incremento delle spettanze contrattuali del personale a seguito della contrattazione nazionale rappresenta una circostanza non solo non imprevedibile, ma del tutto ordinaria e fisiologica nell'assetto del mercato del lavoro nazionale, strutturalmente soggetto a periodici adeguamenti stipendiali dei lavoratori dipendenti.

2.3. Con riguardo alla questione di compatibilità euro-unitaria, che forma oggetto del quarto dei motivi di appello, il Collegio osserva preliminarmente che:

- l'ATI appellante non ha svolto alcuna questione pregiudiziale di interpretazione del diritto UE per tutto il corso del primo grado di giudizio;

- solo con l'atto di appello l'ATI ha sollevato una questione pregiudiziale di interpretazione del diritto UE, che questa Sezione ha portato all'attenzione della Corte con l'ordinanza n. 1297 del 22 marzo 2017;

- gli ulteriori profili sollevati in seguito dall'ATI, all'indomani della pronuncia della Corte di giustizia, non derivano né dalla sentenza della Corte, né da uno sviluppo argomentativo dei profili *ab initio* svolti, ma, di contro, sono assolutamente autonomi, non conseguono a sopravvenienze fattuali, normative e giurisprudenziali e, dunque, ben potevano essere svolti *ab initio*;

- comunque, i dubbi di compatibilità euro-unitaria della disciplina nazionale (*recte*, i dubbi circa l'interpretazione da assegnare al diritto UE, al fine di acclarare la compatibilità della normativa nazionale) sono stati pienamente fugati dalla sentenza della Corte di giustizia del 19 aprile 2018, che ha speso argomentazioni *tranchant* che sgretolano *ab imis* ed *ab interno* l'impalcatura concettuale su cui l'ATI appellante fonda le proprie (inconsistenti) perplessità;

- la Corte, infatti, ha non solo affermato, con espressioni linguistiche di carattere netto, generale e definitivo, che la disciplina euro-unitaria non osta all'esclusione, da parte della normativa nazionale, dell'istituto della revisione del prezzo negli appalti dei settori speciali, ma ha altresì aggiunto che l'esclusione della revisione prezzi *in subiecta materia*, lungi dall'alterare il mercato, è, viceversa, del tutto conforme alla *ratio* sottesa alla disciplina euro-unitaria di rilievo tanto primario quanto secondario, in particolare ai principi generali di parità di trattamento e di trasparenza.

Ciò premesso, il Collegio osserva che, con la successiva sentenza della Grande Sezione del 6 ottobre 2021, la Corte ha affermato che:

- *“il sistema instaurato dall'articolo 267 TFUE non costituisce un rimedio giuridico esperibile dalle parti di una controversia dinanzi a un giudice nazionale. Pertanto, non basta che una parte sostenga che la controversia pone una questione di interpretazione del diritto dell'Unione perché il giudice interessato sia obbligato a ritenere che una tale questione sia sollevata ai sensi dell'articolo 267 TFUE”* (§ 54);

- *“la mera possibilità di effettuare una o diverse altre letture di una disposizione del diritto dell'Unione, nei limiti in cui nessuna di queste altre letture appaia sufficientemente plausibile al giudice nazionale interessato, segnatamente alla luce del contesto e della finalità di detta disposizione, nonché del sistema normativo in cui essa si inserisce, non può essere sufficiente per considerare che sussista un dubbio ragionevole quanto all'interpretazione corretta di tale disposizione. Tuttavia, quando l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali divergenti - in seno agli organi giurisdizionali di un medesimo Stato membro o tra organi giurisdizionali di Stati membri diversi - relativi all'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione applicabile alla controversia di cui al procedimento principale è portata a conoscenza del giudice nazionale di ultima istanza, esso deve prestare particolare attenzione nella sua valutazione riguardo a*

un'eventuale assenza di ragionevole dubbio quanto all'interpretazione corretta della disposizione dell'Unione di cui trattasi e tenere conto, segnatamente, dell'obiettivo perseguito dalla procedura pregiudiziale che è quello di assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione" (§§ 48 e 49);

- comunque, "si deve rammentare che un organo giurisdizionale nazionale di ultima istanza può astenersi dal sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale per motivi di irricevibilità inerenti al procedimento dinanzi a tale giudice, fatto salvo il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività" (§ 61).

Sul punto, si osserva che:

- l'irricevibilità menzionata dalla Corte è una nozione generica e meramente descrittiva e, pertanto, non può né deve essere interpretata come nel diritto nazionale (v., del resto, il § 45 della stessa sentenza, ove si afferma che "il diritto dell'Unione impiega una terminologia che gli è propria e nozioni autonome che non presentano necessariamente lo stesso contenuto delle nozioni equivalenti che possono esistere nei diritti nazionali"); del resto, da un lato il diritto euro-unitario ha una visione propria, fortemente sostanzialistica, degli istituti giuridici e prescinde dal contenuto e dal significato che tali istituti eventualmente rivestono nei vari Stati membri, dall'altro il diritto euro-unitario non reca una disciplina processuale unitaria o, comunque, armonizzata, giacché l'ordinamento processuale rientra nell'esclusiva competenza dei singoli Stati;

- nella specie, la condotta processuale dell'ATI configura una situazione, ai fini e per gli effetti della formulazione di una questione pregiudiziale, di irricevibilità, che, in base a quanto sopra, deve essere formulata secondo il diritto nazionale (arg. ex §§ 61, 64 e 66 della sentenza);

*- in termini generali, infatti, la formulazione di dubbi interpretativi circa il diritto euro-unitario, ove non dipendente da sopravvenienze di fatto o di diritto o da pronunce della stessa Corte, non può non essere veicolata con l'atto introduttivo del giudizio di prime cure o, quanto meno, d'appello, in quanto parte ineliminabile e costitutiva dello stesso *petitum* processuale (e, prima ancora, della stessa *causa petendi*), posto che, con essa, l'interessato mira a chiarire il quadro normativo da applicare alla specifica fattispecie di causa ed in base al quale articolare la propria domanda di giustizia;*

*- volendo accedere ad un'esegesi meno rigorosa, che ascriva la questione pregiudiziale al novero delle mere argomentazioni difensive, può ammettersi che le questioni pregiudiziali siano formulate nell'apposita memoria di trattazione prevista dal rito (art. 73 c.p.a.): in tal caso, tuttavia, è ragionevole ritenere che la formulazione debba avvenire *uno actu*, ossia con il medesimo, singolo atto defensionale;*

- invero, da un lato il vigente rito processuale concentra volutamente le facoltà defensionali scritte delle parti in un'unica memoria di trattazione, cui può solo accompagnarsi l'eventuale replica alla memoria avversaria; dall'altro, l'eventuale rinvio della trattazione della causa da parte del giudice (con conseguente nuovo termine per memorie) non può valere per così dire quale rimessione in termini e consentire, nelle ulteriori difese scritte, la formulazione di richieste prima non svolte: ostano, sul punto, i fondamentali principi, di valenza costituzionale, della ragionevole durata del processo (che sarebbe frustrato dalla periodica sottoposizione al giudice di richieste via via nuove) e del rispetto del contraddittorio (che sarebbe, a sua volta, vulnerato ove una parte possa mettere ogni volta la controparte nella condizione di doversi difendere da richieste in precedenza non formulate);

- dunque, la continua e frazionata sottoposizione al giudice di questioni pregiudiziali sempre nuove, nei limiti in cui non derivino da sopravvenienze di fatto o di diritto o da pronunce della stessa Corte, configura una forma surrettizia ma non meno grave di abuso del processo, *eo ipso* incompatibile con la strutturale scarsità della risorsa giustizia;

- nella specie, le ulteriori questioni pregiudiziali *de quibus* - non sollevate né con il ricorso al T.a.r., né con il successivo ricorso in appello - non derivano né dalla prima sentenza della Corte, né da uno sviluppo argomentativo dei profili *ab initio* svolti dalla stessa parte, né da sopravvenienze fattuali, normative o giurisprudenziali, ma, di contro, sono assolutamente autonome e ben potevano essere svolte *ab initio*;

- tali questioni sono state formulate per la prima volta con la seconda memoria di trattazione in appello depositata in data 28 ottobre 2018, a fronte di un ricorso giurisdizionale radicato in prime cure oltre cinque anni prima, in data 11 febbraio 2013.

- pur a voler prescindere da queste dirimenti considerazioni, l'ATI appellante non ha dato alcun concreto fondamento ai propri dubbi di pregiudizialità euro-unitaria, mediante, in particolare, la dimostrazione dell'esistenza di interpretazioni e/o di applicazioni differenziate nell'ambito dell'Unione (v., in proposito, i §§ 39 – 51 della sentenza della Grande Sezione e, in particolare, il § 49, ove si delinea *expressis verbis* l'onere della parte interessata di comprovare l'effettiva esistenza di profili che escludano la sussistenza del cd. *acte clair*, non essendo la mera astratta possibilità di letture diverse sufficiente “*per considerare che sussista un dubbio ragionevole*”);

- peraltro, come la stessa Corte ha evidenziato (cfr. § 54 della sentenza), il meccanismo del rinvio pregiudiziale non è uno strumento di difesa delle parti, ma un ausilio interpretativo per il giudice nazionale: pertanto, tale meccanismo deve essere a sua volta interpretato ed applicato conformemente a tale sua natura ed a tale suo scopo;

- non può, poi, non segnalarsi che le ulteriori questioni pregiudiziali formulate da ultimo, laddove muovono dall'affermazione secondo cui il divieto di revisione dei prezzi spingerebbe l'imprenditore ad "*eludere e/o ritardare l'applicazione dei contratti collettivi*" (cfr. memoria depositata in data 26 dicembre 2021, pag. 28), poggiano su un'nammissibile petizione di principio; quanto poi alla lamentata iniquità riveniente dall'esclusione della revisione dei prezzi, che danneggerebbe le imprese operanti con la Pubblica Amministrazione nei settori speciali, la sentenza della Corte del 19 aprile 2018 (in particolare, il § 30) fuga ogni dubbio: tale pronuncia, infatti, valorizza la centralità del rischio di impresa, di cui ciascun operatore professionale deve tenere conto all'atto della formulazione della propria offerta, tanto più – aggiunge il Collegio – alla luce da un lato della peculiarità, operativa e normativa, dei mercati relativi ai settori speciali, dall'altro della rilevanza che la libera concorrenza fondata sull'iniziativa economica privata (cui è, appunto, consustanziale il rischio d'impresa) riveste nell'ordinamento euro-unitario;
- del resto, ammettere la revisione dei prezzi in dipendenza degli aumenti salariali concessi ai dipendenti significa, in chiave di analisi economica del diritto, traslare in capo all'Amministrazione (e, dunque, alla collettività, che con le risorse fiscali finanzia le Pubbliche Amministrazioni) il rischio dell'aumento del costo del lavoro, ossia di uno dei fattori della produzione, la cui gestione, organizzazione e controllo, anche quanto agli aspetti appunto finanziari e contabili, costituisce uno degli aspetti centrali e qualificanti (*core*) dell'attività di impresa;
- in assenza di una specifica previsione di legge (ovvero, nel diritto attualmente vigente, di una conforme disposizione della *lex specialis*), l'aumento del costo del lavoro non può essere esternalizzato e posto a carico del cliente pubblico, la cui scelta di reperire sul mercato la prestazione di cui abbisogna mira anche, fra l'altro, a traslare in capo a terzi i rischi (appunto) di mercato, quale certo è quello della disponibilità, della qualità, dell'organizzazione e del costo dei fattori di produzione;
- è, poi, del tutto irrilevante lo *jus superveniens* (direttiva 2014/25/UE e d.lgs. n. 50 del 2016), inapplicabile *ratione temporis* alla presente vicenda (cfr. del resto, sul punto, la memoria dell'ATI appellante depositata in data 26 dicembre 2021, pag. 16); peraltro, la normativa sopravvenuta, laddove prevede semplicemente la possibilità di prevedere la revisione dei prezzi nei "*documenti di gara*", purché con clausole "*chiare, precise ed inequivocabili*", conferma *a contrario* che non può farsi luogo a revisione dei prezzi se questa non sia stata previamente, espressamente ed univocamente stabilita nella *lex specialis*;
- non può, infine, non rilevarsi che nella specie la revisione prezzi è stata chiesta, peraltro con riferimento a tutta la durata dell'appalto, solo dopo la scadenza della prestazione del servizio, ciò

che già a monte si pone in tensione con il dovere di esecuzione in buona fede del vincolo negoziale (cfr. art. 1375 c.c.).

2.4. Con riferimento, infine, alla questione di legittimità costituzionale, di cui al terzo motivo di ricorso, il Collegio osserva quanto segue:

- quanto al profilo dell'assunta disparità di trattamento fra settori ordinari e settori speciali *in parte qua*, la parte appellante oblitera la profonda diversità delle condizioni di mercato nei due settori (non a caso oggetto di discipline distinte), tale da rendere imprevedibile qualsivoglia supposta violazione dell'articolo 3 Cost., che, alla stregua della notoria e pacifica giurisprudenza costituzionale, presuppone la ben diversa ipotesi della regolazione difforme, da parte del legislatore, di situazioni affini;

- quanto al profilo della lamentata violazione dell'articolo 41 Cost., non può non richiamarsi da un lato il fondamentale, ineludibile e costitutivo rilievo rivestito, in un'economia di libero mercato che appunto l'art. 41 tutela, dal rischio di impresa, dall'altro l'oggettiva peculiarità dei mercati afferenti ai settori speciali, che, intercettando assai delicati interessi pubblici, sono oggetto di una disciplina per più aspetti diversa rispetto a quella propria dei settori ordinari.

2.5. Le osservazioni che precedono determinano, a valle, l'irrilevanza dell'istanza istruttoria formulata dall'appellante, la quale presuppone logicamente la fondatezza delle relative doglianze, essendo intesa a quantificare la revisione del prezzo asseritamente dovuta.

3. Per le esposte ragioni, pertanto, l'appello va integralmente rigettato.

4. Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna le società appellanti a rifondere in solido a R.F.I. - Rete Ferroviaria Italiana S.p.a. le spese del presente grado di giudizio, liquidate in complessivi € 10.000,00 (euro diecimila/00), oltre accessori come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Luca Lamberti, Consigliere, Estensore

Silvia Martino, Consigliere

Michele Pizzi, Consigliere

L'ESTENSORE

Luca Lamberti

IL PRESIDENTE

Raffaele Greco

IL SEGRETARIO
