

GIURISDIZIONE: Consiglio di Stato -Sezione Terza - Sentenza 6 giugno 2023, n. 5543

1. Giurisdizione. Determinazione. Posizione giuridica sostanziale che il ricorrente fa valere in giudizio.

2. Mancata indizione della gara per l'affidamento di prestazioni che la stazione appaltante assegna all'aggiudicatario in via di modifica del contratto, ma in violazione dei limiti consentiti ai sensi dell'articolo 106 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Giurisdizione amministrativa. Sussistenza.

3. Riparto di giurisdizione. Natura giuridica e collocazione logico-procedimentale dell'atto contestato. Rilevanza.

4. Variante contrattuale derivata da un esercizio di poteri autoritativi (di "trattativa privata") avulsi dal quadro contrattuale. Giurisdizione amministrativa. Sussistenza.

1. La giurisdizione si radica in funzione della posizione giuridica sostanziale che il ricorrente fa valere in giudizio, la quale a sua volta si determina con riguardo alla domanda formulata dalla parte, ai fatti da questa prospettati e allegati (fatta salva la successiva verifica della loro fondatezza) e al rapporto giuridico del quale gli stessi costituiscono manifestazione.

2. Spetta alla cognizione giudice amministrativo la domanda con la quale l'operatore economico del settore (e, quindi, non del secondo classificato nella gara pregressa) lamenta la mancata indizione di una gara per l'affidamento di prestazioni che la stazione appaltante assegna all'aggiudicatario in via di modifica del contratto e in un momento antecedente alla sua stipula, in violazione dei limiti consentiti ai sensi dell'articolo 106 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

3. Ai fini del riparto di giurisdizione è invero decisivo valutare la natura giuridica e la collocazione logico-procedimentale dell'atto contestato, sicché la prospettata esistenza di un atto antecedente alla stipula del contratto, oltre che frutto della esplicazione di poteri autoritativi, è certamente in grado di giustificare l'attrazione della controversia alla cognizione di legittimità del giudice amministrativo, pur essendo già intervenuta la stipula del contratto.

4. Sussiste la giurisdizione amministrativa allorché la variante contrattuale di cui si controverte non è scaturita - stando alla prospettazione che ne fornisce la parte appellante - dallo *ius variandi* riconosciuto all'Amministrazione dalle norme negoziali, ma è derivata da un esercizio di poteri autoritativi (di "trattativa privata") avulsi dal quadro contrattuale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Betatex S.p.A. e della Gestione Liquidatoria delle sopresse Asur Marche e Area Vasta n. 5;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 105, co. 2 e 87, co. 3, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 1 giugno 2023 il Cons. Giovanni Pescatore e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Nel 2019 l'ASUR Marche ha indetto una procedura aperta telematica per la stipula di otto accordi quadro finalizzati alla fornitura - in favore degli enti del SSR della Regione Marche - di materiale in TNT sterile e non sterile e di set procedurali.
2. La MEDLINE si è aggiudicata i lotti nn. 1, 2, 5 e 7 (come singolo operatore o in ATI con altre imprese), mentre il lotto n. 6, oggetto della presente controversia, è stato aggiudicato alla BETATEX.
3. Nel giudizio di primo grado la MEDLINE ha impugnato gli atti "sconosciuti" dell'ASUR Marche con i quali sarebbero state apportate modifiche al contratto attuativo stipulato da BETATEX con l'AREA VASTA 5 (in particolare al comma 6 dell'art. 2), modifiche che sarebbero consistite in integrazioni delle forniture originariamente previste e tali da determinare un sostanziale e illegittimo ampliamento dell'oggetto dell'appalto, in violazione delle regole della concorrenza.
4. La società ricorrente ha sostenuto di essere venuta a conoscenza di queste variazioni a seguito di un accesso agli atti solo parzialmente evaso dall'AREA VASTA 5 e per tale ragione a sua volta oggetto di impugnazione in sede giudiziale.
5. Con sentenza non definitiva n. 568/2022, il TAR Marche ha disposto la prosecuzione della trattazione per quanto concerne la domanda di accesso, mentre ha dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione la domanda di annullamento degli atti della procedura, in quanto afferente alla fase esecutiva di un contratto già stipulato.
6. In questa sede di appello MEDLINE contesta e impugna la decisione di primo grado, sostenendo che la modifica del contratto attuativo sarebbe intervenuta prima della sua sottoscrizione e all'esito di una trattativa privata intercorsa tra l'aggiudicatario e l'ente committente, sicché gli atti o i comportamenti originanti le violazioni contestate si collocherebbero tutti in una fase procedimentale connotata da valenza pubblicistica e soggetta al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo.
 - 6.1. Nel censurare la decisione di primo grado, la parte appellante ulteriormente precisa:
 - a) che oggetto di contestazione è l'illegittimo comportamento serbato dall'Amministrazione la quale, nell'ambito del proprio potere pubblicistico/autoritativo, con la richiesta di modifica del contratto attuativo avanzata ancor prima della sua sottoscrizione, avrebbe di fatto modificato, con una trattativa privata, la fornitura identificata con gli atti di gara ampliando l'oggetto della prestazione del lotto n. 6;
 - b) che, per effetto di tale condotta, sarebbero stati violati gli interessi legittimi vantati dalla MEDLINE al pari di quelli di tutti gli altri competitors e sarebbero stati lesi, oltre alla *lex specialis* e

alle regole della contrattualista pubblica, anche i generali principi di concorrenza, trasparenza, buona fede e correttezza.

7. Si sono costituite in giudizio la Gestione liquidatoria dell'ex ASUR Marche e la BETATEX S.p.a., replicando alle deduzioni avversarie ed eccependo in via preliminare la tardività dell'appello, poiché proposto (con atto notificato il 28 febbraio 2023) oltre il termine dimezzato dei tre mesi previsto dal rito appalti e decorrente dalla pubblicazione della sentenza del TAR Marche avvenuta il 6 ottobre 2022.

8. La causa, a seguito del rinvio al merito dell'istanza cautelare, è stata trattenuta in decisione all'udienza del 1° giugno 2023.

10. Nel merito, l'appello è fondato.

10.1. Va innanzitutto richiamato il principio secondo il quale la giurisdizione si radica in funzione della posizione giuridica sostanziale che il ricorrente fa valere in giudizio, la quale a sua volta si determina con riguardo alla domanda formulata dalla parte, ai fatti da questa prospettati e allegati (fatta salva la successiva verifica della loro fondatezza) e al rapporto giuridico del quale gli stessi costituiscono manifestazione.

Alla stregua di questo criterio applicativo, appare corretta l'affermazione nel caso di specie della giurisdizione del giudice amministrativo, il che impone di rettificare la statuizione di segno contrario adottata dal primo giudice.

10.2. Questa rinviene la sua ragione giustificatrice nella considerazione della vicenda per cui è causa come afferente all'esecuzione del contratto di appalto e al rapporto privatistico instaurato tra l'amministrazione e l'appaltatore.

Nell'impostazione della parte ricorrente, tuttavia, la vicenda fattuale viene riguardata in un'ottica diversa, e cioè dal punto di vista dell'operatore economico del settore (e, quindi, non del secondo classificato nella gara pregressa) che lamenta la mancata indizione di una gara per l'affidamento di prestazioni che la stazione appaltante assegna all'aggiudicatario in via di modifica del contratto e in un momento antecedente alla sua stipula, in violazione dei limiti consentiti ai sensi dell'articolo 106 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Nei passaggi salienti di questa prospettazione, l'appellante sostiene che:

a) le modifiche concordate costituirebbero il frutto di una trattativa privata intercorsa con la stazione appaltante e svoltasi prima della stipula del contratto;

b) le stesse assumerebbero rilievo e portata "essenziali" ai sensi della vigente normativa, sicché esse avrebbero dovuto imporre l'espletamento di una nuova gara;

c) per l'effetto, la posizione dei concorrenti non aggiudicatari sarebbe stata ingiustamente pregiudicata e si sarebbero determinati effetti riflessi anche sulle condizioni esecutive dei contratti relativi agli altri lotti della medesima procedura.

10.3. Nel valutare la significanza di questa prospettazione, va innanzitutto chiarito che essa non compare solo nelle deduzioni del giudizio di appello, poiché già nel contenuto e nelle conclusioni dell'atto introduttivo le doglianze della MEDLINE si erano indirizzate avverso la determina o il provvedimento dell'amministrazione che si assumeva avere dato origine alla modificazione *contra legem* delle condizioni contrattuali.

10.4. Va in seconda battuta precisato che la collocazione in una fase antecedente alla stipula del contratto dell'atto/comportamento dell'amministrazione appaltante (che si assume avere originato la variazione delle condizioni di esecuzione dell'appalto) consente di superare l'obiezione - accolta dal TAR e reiterata dalle parti appellate - della riconducibilità dell'intera vicenda alla fase privatistica/negoziale e, comunque, esecutiva del contratto, attratta alla giurisdizione del giudice ordinario.

Ai fini del riparto di giurisdizione è invero decisivo valutare la natura giuridica e la collocazione logico-procedimentale dell'atto contestato, sicché la prospettata esistenza di un atto antecedente alla stipula del contratto, oltre che frutto della esplicazione di poteri autoritativi, è certamente in grado di giustificare l'attrazione della controversia alla cognizione di legittimità del giudice amministrativo, pur essendo già intervenuta la stipula del contratto. Tanto avviene, d'altra parte, anche nel contenzioso sulle gare ad evidenza pubblica, la cui cognizione non è certamente preclusa al giudice amministrativo per il solo fatto che, a valle degli atti contestati, sia già intervenuta la stipula del contratto.

10.5. Nella stessa prospettiva di analisi rileva considerare che la variante contrattuale di cui si controverte non è scaturita - stando alla prospettazione che ne fornisce la parte appellante - dallo *ius variandi* riconosciuto all'Amministrazione dalle norme negoziali, ma è derivata da un esercizio di poteri autoritativi (di "trattativa privata") avulsi dal quadro contrattuale.

La fondatezza o meno di questa impostazione non potrà che essere deliberata nella fase di successiva trattazione nel merito del ricorso, mentre è irrituale anticiparne la cognizione e anteporla a quella dei profili pregiudiziali concernenti il corretto radicamento processuale della causa.

10.6. Per le stesse ragioni, ad ostacolare l'affermazione della giurisdizione amministrativa non può rilevare neppure la mancata individuazione degli estremi del provvedimento contestato, che la stessa MEDLINE definisce "allo stato sconosciuto", chiedendone con separata domanda l'ostensione ai sensi dell'art. 116 c.p.a..

L'identificazione dell'atto impinge, ancora una volta, un punto riguardante il merito e/o altri eventuali profili di inammissibilità del ricorso, successivi alla delibazione preliminare della giurisdizione.

10.7. Rileva infine considerare che la posizione soggettiva dedotta dalla ricorrente è quella dell'interesse legittimo pretensivo alla corretta esplicazione delle condizioni concorrenziali di accesso alle gare pubbliche, interesse che si assume leso dalla mancata indizione di una nuova gara sui mutati contenuti prestazionali della fornitura. Anche sotto il profilo dell'interesse sostanziale azionato appare corretta, pertanto, la riconduzione della controversia alla cognizione di questo plesso giurisdizionale.

11. Risolto il punto focale dell'appello, si rivela conseguentemente infondata anche l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività, sollevata dall'appellata BETATEX S.p.a. sul presupposto dell'applicabilità alla presente controversia del dimezzamento dei termini di cui agli articoli 119 e 120 c.p.a..

11.1. Dette disposizioni, infatti, si riferiscono in senso stretto alle procedure di aggiudicazione ad evidenza pubblica e, in considerazione del loro carattere eccezionale, non risultano suscettibili di interpretazione analogica (si vedano in tal senso Cons. Stato, sez. III, 5 novembre 2018, n. 6237, in tema di revisione prezzi, oggetto di distinta previsione di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e Cons. Stato, sez. III, 26 gennaio 2017, n. 319, in tema di recesso dal contratto di appalto imposto da ragioni di antimafia).

11.2. Nell'ipotesi qui delibata viene in rilievo, per quanto sin qui esposto, un atto o un comportamento dell'Amministrazione (veicolante la richiesta di modifica delle condizioni negoziali di gara) espressivo di un potere munito di proiezione pubblicistica - ed incidente su interessi legittimi riferiti all'accesso, in condizioni concorrenziali, alle commesse pubbliche - ma avulso dalla procedura di gara in senso proprio, il che consente di escludere l'applicabilità del rito speciale appalti.

12. Alla stregua di quanto esposto l'appello deve essere accolto con conseguente annullamento della sentenza impugnata e rinvio al giudice di primo grado.

13. La peculiarità della controversia integra il presupposto di legge per compensare tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la sentenza impugnata e rimette la causa al primo giudice.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Nicola D'Angelo, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere