

La modifica contrattuale non afferente ai soggetti né ai contenuti del contratto rientra nella giurisdizione del g.o..

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 15-1-2022

La vicenda in esame, al contrario dei casi oggetto della giurisprudenza richiamata dall'appellante, non modifica né la compagine dei soggetti vincitori della gara né l'oggetto e i contenuti del contratto messo a gara, e quindi resta confinata all'interno della fase di esecuzione del contratto, senza violare il divieto di modifica del contratto aggiudicato o incidere in altro modo sulla legittimità della precedente fase di aggiudicazione.

La controversia, afferendo esclusivamente ai rapporti commerciali fra l'aggiudicatario ed un suo fornitore disciplinati dal diritto civile e attenendo alla sola fase di svolgimento del servizio successivamente alla sua aggiudicazione, così come esattamente statuito dal TAR, rientra a pieno titolo nella giurisdizione del giudice civile, e non in quella del giudice amministrativo.

Guida alla lettura

Con la pronuncia n. 7539 dell'11 novembre 2021, la III Sezione del Consiglio di Stato si è soffermata sulla questione della **modifica contrattuale**.

In particolare, ai fini della decisione, il Collegio considera che la controversia ha ad oggetto solo l'avvenuta sostituzione del fornitore di uno dei materiali di consumo necessari ai fini dello svolgimento del servizio messo a gara (fornito dall'appellante) con altro materiale di consumo di produzione propria dell'affidatario, senza incidere né sull'identità dei soggetti affidatari né sul contenuto del contratto.

La **vicenda in esame**, dunque, al contrario dei casi oggetto della giurisprudenza richiamata dall'appellante (in particolare, la pronuncia della Corte di Giustizia, Grande Sezione, 13 aprile 2010, causa C-91/08, è riferita ad una fattispecie di sostituzione del subappaltatore rispetto a quello indicato nel contratto) **non modifica né la compagine dei soggetti vincitori della gara né l'oggetto e i contenuti del contratto messo a gara, e quindi resta confinata all'interno della fase di esecuzione del contratto, senza violare il divieto di modifica del contratto aggiudicato o incidere in altro modo sulla legittimità della precedente fase di aggiudicazione.**

Ne consegue che la controversia, afferendo esclusivamente ai rapporti commerciali fra l'aggiudicatario e un suo fornitore disciplinati dal diritto civile e attenendo alla sola fase di svolgimento del servizio successivamente alla sua aggiudicazione, così come esattamente statuito dal TAR, rientra a pieno titolo nella **giurisdizione del giudice civile**, e non in quella

del giudice amministrativo. Resta, quindi, **preclusa al Collegio ogni ulteriore considerazione circa la circostanza che, anche laddove venisse accolta la domanda dell'appellante di annullamento della precedente gara oppure di declaratoria di inefficacia delle modifiche apportate all'originario contratto, egli in ogni caso non conseguirebbe né il diritto di subentrare nell'iniziale rapporto commerciale di fornitura con l'aggiudicatario**(comunque rimesso all'autonomia delle parti) **né di partecipare alla nuova gara** (essendo privo dei requisiti necessari ai fini dello svolgimento del servizio bandito) salva l'eventualità, di mero fatto, di riuscire ad essere il fornitore per altro soggetto partecipante, di modo che mancherebbe un interesse attuale, differenziato e tutelato dall'ordinamento, dell'appellante a far valere le dedotte illegittimità.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2991 del 2021, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Catarisano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

AOUC Policlinico di Bari, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Raffaella Travi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Giuseppe Orofino, Pietro Demola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia -OMISSIS, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di AOUC Policlinico di Bari e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2021 il Cons. Raffaello Sestini e dato atto, quanto ai difensori e alla loro presenza, di quanto indicato a verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - -OMISSIS- appella ex art. 105, comma 2, c.p.a. la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, -OMISSIS-, con la quale è stata declinata la giurisdizione del giudice amministrativo.

2 – Con il ricorso davanti al TAR l'odierna appellante aveva impugnato i provvedimenti con i quali l'azienda ospedaliera intimata ha autorizzato una modifica, ritenuta dal ricorrente sostanziale, del contratto dalla stessa stipulato con l'impresa contro interessata -OMISSIS- per l'esecuzione del servizio di -OMISSIS- con importo complessivo di -OMISSIS- per la durata di -OMISSIS-.

3 – Sostiene l'appellante che il contratto era stato affidato in via diretta all'impresa -OMISSIS- esclusivamente in ragione del possesso dell'elemento essenziale dell'offerta indebitamente modificato (-OMISSIS-, distribuito in esclusiva per l'Italia da -OMISSIS-, offerto in gara ma poi sostituito da -OMISSIS- prodotto direttamente da -OMISSIS-.

4 - La sentenza appellata ha ritenuto che la controversia azionata da -OMISSIS- non rientri nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a., sulla base del rilievo che la modifica in esame non è espressione di alcun potere autoritativo, collocandosi nella fase esecutiva in cui le parti si trovano su un piano di perfetta parità.

5 - L'appellante afferma, viceversa, che la sostituzione -OMISSIS- costituirebbe una modifica sostanziale, con il conseguente obbligo di celebrare una nuova gara. Infatti, prosegue, ove -OMISSIS- avesse offerto sin dall'inizio -OMISSIS-, -OMISSIS- avrebbe invece fornito il proprio -OMISSIS- ad altro concorrente (-OMISSIS-), che aveva partecipato alla procedura di gara originariamente indetta dall'azienda ospedaliera, che glielo aveva inutilmente richiesto e che era stato escluso dalla procedura proprio per l'assenza -OMISSIS-.

5.1 - Il giudice amministrativo sarebbe quindi chiamato a valutare la violazione del divieto di rinegoziazione delle condizioni contrattuali offerte in gara e del principio di obbligatorietà della gara pubblica, sanciti dall'art. 2 della direttiva 2004/18/CE; la violazione dell'art. 57, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 163/2006; la violazione degli artt. 63, comma 2, lett. b) e 106, commi 1, lettere a) ed e), 4) lett. a) del d.lgs. n. 50/2016 nonché dell'art. 72 e del considerando 107 della direttiva 2014/24/UE, valutando la legittimità dell'adottato metodo di scelta del contraente.

5.2 - Al riguardo, l'appellante richiama un orientamento della Corte di giustizia a mente del quale le modificazioni contrattuali sarebbero indebite quando portino ad alterazioni idonee ad incidere sulla concorrenza, sicché l'operatore economico che non abbia partecipato alla originaria procedura sarebbe legittimato a gravare l'atto con il quale l'amministrazione autorizza le modifiche contrattuali.

6 - La contro interessata -OMISSIS- replica che la giurisprudenza euro unitaria invocata fa riferimento alla possibilità di ricorrere di un operatore economico il quale, pur potendo accedere ad una procedura concorsuale, non vi abbia partecipato per via del regolamento contrattuale originariamente previsto, successivamente modificato in sede esecutiva. In tal caso, però, l'interesse riconosciuto sarebbe quello strumentale all'annullamento della modifica contrattuale – considerata alla stregua di una aggiudicazione senza gara – ed alla conseguente indizione di una procedura concorsuale alla quale possa partecipare anche il nuovo concorrente, mentre nel caso di specie la ricorrente non possederebbe i requisiti per prendere parte alla nuova ipotetica procedura concorsuale, e quindi sarebbe anche priva di legittimazione in giudizio.

6.1 - La contro interessata aggiunge poi che la sostituzione -OMISSIS- non ha alterato in alcun modo i termini del contratto ed è stata concordata con il Policlinico, che si era lamentato del prodotto offerto dalla -OMISSIS- (-OMISSIS-), sicché, per far fronte alle lamentele dell'amministrazione, si sarebbe resa necessaria la sostituzione -OMISSIS- con quelli di produzione propria della -OMISSIS-.

7 - Secondo il Policlinico, infine, la pretesa dell'appellante, così come correttamente sostenuto dal TAR, ha ad oggetto la verifica in ordine ai rapporti negoziali intercorrenti tra le due imprese e, dunque, deve essere devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, collocandosi la questione in un contesto non già riferibile alla procedura di corretta e trasparente selezione del miglior contraente, bensì di esecuzione del contratto già stipulato, coinvolgente la partnership commerciale (così come qualificata dalla stessa -OMISSIS- all'interno del proprio atto introduttivo), ormai consolidato da tempo, che vede la -OMISSIS-- agire, di regola, in qualità di fornitore di -OMISSIS- in favore di -OMISSIS-.

7.1 - Visto che si tratta esclusivamente di una questione attinente il rapporto contrattuale tra -OMISSIS- ed -OMISSIS- Sarebbe quindi evidente la totale estraneità del Policlinico, che è tenuto invece a garantire la continuità ed uniformità assistenziale del servizio di -OMISSIS-, e che pertanto ha compiuto una preliminare valutazione di congruità dei -OMISSIS- utilizzati dalla -OMISSIS--. L'esigenza dell'amministrazione non è quindi mai stata quella di chiedere ed ottenere -OMISSIS- di produzione propria o di una determinata società, bensì di assicurarsi che il servizio ed i prodotti utilizzati fossero in possesso delle adeguate e conformi caratteristiche tecniche per l'espletamento del servizio richiesto.

7.2 - Infatti, nel verbale -OMISSIS-, impugnato con il ricorso, si dà atto dell'inesistenza di "difformità o incompatibilità tecniche dei predetti -OMISSIS- di produzione propria -OMISSIS- rispetto al -OMISSIS-.

7.3 – In ogni caso, espone il Policlinico, anche nel caso in cui vi fosse l'accoglimento del

ricorso giurisdizionale presentato, nessun beneficio si produrrebbe nella sfera giuridica del ricorrente.

8 - Ai fini della decisione, considera il Collegio che la controversia ha ad oggetto solo l'avvenuta sostituzione del fornitore di uno dei materiali di consumo necessari ai fini dello svolgimento del servizio messo a gara (-OMISSIS- fornito dall'appellante) con altro materiale di consumo di produzione propria dell'affidatario, senza incidere né sull'identità dei soggetti affidatari né sul contenuto del contratto. Quindi la vicenda in esame, al contrario dei casi oggetto della giurisprudenza richiamata dall'appellante (in particolare, la pronuncia della Corte di Giustizia, Grande Sezione, 13 aprile 2010, causa C-91/08, è riferita ad una fattispecie di sostituzione del subappaltatore rispetto a quello indicato nel contratto) non modifica né la compagine dei soggetti vincitori della gara, né l'oggetto ed i contenuti del contratto messo a gara, e quindi resta confinata all'interno della fase di esecuzione del contratto, senza violare il divieto di modifica del contratto aggiudicato o incidere in altro modo sulla legittimità della precedente fase di aggiudicazione.

8.1 - Ne consegue che la controversia, afferendo esclusivamente ai rapporti commerciali fra l'aggiudicatario ed un suo fornitore disciplinati dal diritto civile e attenendo alla sola fase di svolgimento del servizio successivamente alla sua aggiudicazione, così come esattamente statuito dal TAR rientra a pieno titolo nella giurisdizione del giudice civile, e non in quella del giudice amministrativo.

8.2 – Resta quindi preclusa al Collegio ogni ulteriore considerazione circa la circostanza che, anche laddove venisse accolta la domanda dell'appellante di annullamento della precedente gara oppure di declaratoria di inefficacia delle modifiche apportate all'originario contratto, egli in ogni caso non conseguirebbe né il diritto di subentrare nell'iniziale rapporto commerciale di fornitura con l'aggiudicatario (comunque rimesso all'autonomia delle parti), né di partecipare alla nuova gara (essendo privo dei requisiti necessari ai fini dello svolgimento del servizio bandito) salva l'eventualità, di mero fatto, di riuscire ad essere il fornitore -OMISSIS- per altro soggetto partecipante, di modo che mancherebbe un interesse attuale, differenziato e tutelato dall'ordinamento, dell'appellante a far valere le dedotte illegittimità.

9 – Alla stregua delle pregresse considerazioni l'appello deve essere respinto, con conseguente conferma della pronuncia di carenza di giurisdizione del TAR. Ciò preclude l'esame delle domande, formulate dall'appellante, di declaratoria ai sensi e per gli effetti degli articoli 121 e 122 c.p.a. dell'inefficacia in parte qua delle modifiche apportate al contratto, nonché di condanna ai sensi e per gli effetti degli articoli 30, 121, 122 e 124 c.p.a., al risarcimento del danno ingiusto patito in conseguenza dell'illegittimità degli atti e dei provvedimenti impugnati.

10 – Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza, nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando

sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese della presente fase di giudizio, liquidate in Euro 5.000 (cinquemila) oltre ad IVA, CPA ed accessori di legge.

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