

## La variazione delle prestazioni entro il quinto dell'importo del contratto è consentita a condizione che le circostanze siano imprevedibili e non imputabili

di Ludovico Astengo

Data di pubblicazione: 3-8-2022

Deve essere, anzitutto, respinta l'eccezione relativa all'allegato difetto di legittimazione, per non avere l'originaria ricorrente in primo grado presentato domanda di partecipazione alla procedura di affidamento in contestazione perché, come del tutto condivisibilmente rilevato dal Tribunale, nella specie viene in considerazione l'impugnazione di un atto successivo all'aggiudicazione di tale commessa, con il quale si è determinata la sottoscrizione di un contratto diverso ed estraneo rispetto a quelli compresi nell'affidamento medesimo.

*(...) deve essere respinta l'ulteriore eccezione di insussistenza dell'interesse strumentale alla riedizione della procedura (la quale non potrebbe giammai essere "travolta" da un eventuale annullamento degli atti impugnati), dovendosi ritenere che – come pure rilevato dal Tribunale – nella specie Elilombarda ha agito non in qualità di partecipante alla gara (alla quale era rimasta estranea), bensì per far valere il proprio interesse di operatore del settore a dolersi di quello che, nella sostanza, costituiva un affidamento diretto in violazione delle regole dell'evidenza pubblica.*

*(...) non è (...) conferente il richiamo alle modifiche contrattuali disciplinate dall'articolo 106 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, stante la pacifica insussistenza delle circostanze imprevedibili e non imputabili che possono determinarle, tale non potendo considerarsi l'inidoneità di una delle sedi a ospitare il servizio per come programmato, che doveva certamente essere nota ab initio (e poco conta se ciò dipenda da un errore o da un'illegittimità connotanti la gara a monte, come adombra l'appellata).*

La sentenza annotata si sofferma su due aspetti interessanti della gara pubblica, uno di tipo processuale, l'altro sostanziale. Anzitutto si statuisce, infatti, in merito alla **legittimazione e all'interesse ad agire di un operatore economico che non ha partecipato alla gara**. Inoltre si indagano i **presupposti per la variazione delle prestazioni entro il quinto** del valore consentita dal **comma 12 dell'art. 106 D. Lgs. 50/2016**.

La vicenda riguarda una procedura aperta per l'affidamento novennale del servizio di elisoccorso per le Regioni Lombardia e Liguria, indetta previa indagine di mercato dall'Agenzia Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti lombarda (ARIA spa). Elilombarda SPA, appellata nel giudizio di cui trattasi, non prendeva parte alla gara in quanto priva di un requisito di capacità tecnico-professionale, circostanza considerata legittima dal giudice amministrativo in un distinto giudizio.

Conclusa la fase pubblica, la delibera impugnata dal ricorrente originario - Elilombarda - prendeva atto dell'adesione dell'aggiudicataria ad un **contratto diverso** da quello anticipato in sede di gara, pur nei limiti del **quinto di valore** dell'affidamento originario. In specie, ad essere modificata era l'entità della prestazione in ragione dell'inidoneità di una delle sedi ad ospitarla. Circostanza che viene quindi posta a base del **ricorso originario**, accolto dal TAR Lombardia.

L'appello proposto da ARIA s.p.a. verte su due aspetti principali:

1. sul **piano processuale** si contesta l'ammissione del ricorso di prime cure contestando la **mancata partecipazione alla gara** della ricorrente.
2. sul **piano sostanziale** si richiama l'**art. 106.12** D. Lgs. 50/2016 per giustificare la legittimità della modifica al contratto intervenuta tra l'aggiudicazione e la sottoscrizione.

Il Consiglio di Stato considera **infondato** il ricorso.

Desta interesse anzitutto la motivazione in ordine alla sussistenza di **legittimazione ed interesse ad agire** della ricorrente originaria, attuale appellata. E' infatti incontestata la sua mancata partecipazione alla gara in mancanza di un requisito di capacità tecnico-professionale. Com'è noto, ancora di recente l'**Adunanza Plenaria n. 4/2018** ha posto la condizione di partecipazione per l'ammissibilità del ricorso dell'operatore economico che contesti il bando di gara. In disparte la circostanza che oggetto di censura qui non è il bando ma la delibera che sancisce l'adesione dell'aggiudicataria ad un contratto modificato, si dubita ragionevolmente delle **condizioni dell'azione**. Com'è noto, alla luce dell'impostazione soggettiva della giurisdizione amministrativa, il ricorrente non può aspirare al mero rispetto delle regole di gara da parte della PA, dovendo invece ambire ad un **bene della vita** circostanziato e consequenziale all'accoglimento del ricorso.

E' altrettanto vero, tuttavia, che la più recente giurisprudenza amministrativa (Adunanza Plenaria n. 10/2020) e costituzionale (Corte costituzionale n. 271/2019), sulla scorta delle coordinate ermeneutiche fornite dal giudice europeo (Corte di Giustizia, Sez. X, 5 settembre 2019 in C-333/18, *Lombardi*), ha temperato questo assunto. In specie, è assodato il principio per cui «**l'esecuzione del contratto non è terra di nessuno**» e anzi gli operatori economici diversi dall'aggiudicatario hanno interesse alla sua corretta esecuzione. Inoltre, già solo l'**aspirazione alla riedizione della gara** fonda l'interesse del ricorrente a impugnarne gli atti.

Sulla base di questi assunti il Consiglio di Stato respingere l'appello in punto d'inammissibilità del ricorso principale poiché «*nella specie viene in considerazione l'impugnazione di un atto successivo all'aggiudicazione di tale commessa, con il quale si è determinata la sottoscrizione di un contratto diverso ed estraneo rispetto a quelli compresi nell'affidamento medesimo*». Inoltre «*deve essere respinta l'ulteriore eccezione di insussistenza dell'interesse strumentale alla riedizione della procedura (la quale non potrebbe giammai essere "travolta" da un eventuale annullamento degli atti impugnati), dovendosi ritenere che (...) nella specie Elilombarda ha agito non in qualità di partecipante alla gara (alla quale era rimasta estranea),*

*bensi per far valere il proprio interesse di operatore del settore a dolersi di quello che, nella sostanza, costituiva un affidamento diretto in violazione delle regole dell'evidenza pubblica».*

In ultima analisi l'adesione ad un contratto diverso da quello divisato in fase di gara finisce per assumere le vesti di un **affidamento diretto illegittimo**. Il che rende del tutto ammissibile l'impugnazione dell'operatore economico che non abbia partecipato alla gara, perché sull'oggetto dell'affidamento gara non vi è stata comunque. L'ipotesi rientra quindi in quelle che l'Adunanza Plenaria eccezionalmente ritiene suscettibili di ricorso senza partecipazione (mancata indizione di gara, indizione di gara laddove non v'erano i presupposti, clausole immediatamente escludenti).

Altresì infondata è la censura della sentenza di primo grado laddove **nega la sussistenza dei presupposti della modifica contrattuale** ex art. 106, comma 12 D. Lgs. 50/2016. La norma richiamata disciplina svariate ipotesi, tutte ispirate ad un **principio di conservazione**, affinché non vadano sprecate le risorse impiegate nella selezione pubblica. Tra queste, il comma citato contempla il caso di **modifica unilaterale entro il quinto del valore** dell'appalto, tanto in aumento quanto in diminuzione, senza che l'operatore possa agire in risoluzione.

Manca però, in questo caso, alcuna delle **«circostanze imprevedibili e non imputabili»** che giustificerebbero tale modifica. La disposizione tace su questo aspetto ma il ragionamento del giudice amministrativo si fonda sull'assunto incontestabile per cui l'art. 106 serve al **governo delle sopravvenienze** nel rispetto del canone generale di **correttezza e buona fede**. L'ineidoneità di un'area ad ospitare il servizio di elisoccorso, per contro, rappresenta una **circostanza conoscibile** già al tempo della gara, dunque insufficiente a giustificare la modifica del contratto da parte della Stazione Appaltante.

Non può che ritenersi quindi corretta anche sotto questo assunto la sentenza di prime cure.

Pare apprezzabile la chiosa finale della sentenza sugli **effetti conformativi** della sentenza: viene specificato che rispetto al servizio, per come modificato con la delibera annullata, dovrà procedersi a **nuova gara** nel rispetto delle disposizioni vigenti. Il che dunque esaurisce la discrezionalità della Stazione Appaltante sull'*an* della procedura ma lascia libera la scelta della procedura di affidamento.

LEGGI LA SENTENZA

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 10953 del 2021, proposto da

AREU Agenzia, già Azienda Regionale Emergenza Urgenza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Anna D'Andrea, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

#### **contro**

- Elilombarda S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Carmelo Mendolia e Joseph Brigandì, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Carmelo Mendolia in Roma, largo di Torre Argentina;

- Babcock Mission Critical Services Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Laura Pierallini e Lorenzo Sperati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

#### **nei confronti**

- di ARIA S.p.a. - Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti, già AREU, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Lucia Tamborino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

- della Regione Lombardia e di Elifriulia S.r.l., non costituite in giudizio;

#### **per la riforma**

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 2606/2021, resa tra le parti, recante annullamento della delibera del direttore generale di AREU n. 324 del 13 ottobre 2020, recante “*Adesione convenzione ARIA ARCA\_2018\_113 - servizio di elisoccorso*” - lotti 1° e 2° per la Regione Lombardia per la durata complessiva di nove anni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Elilombarda S.r.l., di ARIA S.p.a. - Azienda Regionale per l’Innovazione e gli Acquisti e di Babcock Mission Critical Services Italia S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell’udienza pubblica del giorno 10 marzo 2022, il Cons. Antonio Massimo Marra e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. La controversia in esame trae origine dalla procedura aperta indetta dall’odierna appellata, l’Azienda Regionale per l’Innovazione e gli Acquisti – ARIA S.p.a. (di qui in avanti, per brevità, ARIA) - previo svolgimento di apposita consultazione di mercato ex art. 66 del d.lgs. n. 50/2016 - volta all’affidamento, per nove anni, della fornitura di servizi di elisoccorso in favore del servizio sanitario regionale di Regione

Lombardia e Regione Liguria.

L’odierna appellante AREU Agenzia, già Azienda regionale emergenza e urgenza – di qui in poi per brevità soltanto AREU – ha gestito la vista procedura, per la quale ai sensi dell’art. 8 del disciplinare di gara non vi era alcun vincolo di aggiudicazione, potendo le concorrenti aggiudicarsi tutti i lotti.

La procedura è stata suddivisa in tre lotti, distinti su base territoriale in cui veniva svolto il servizio, ma oggetto del presente giudizio sono il lotto 1 ed il lotto 2, entrambi aggiudicati alla società Babcock ed inerenti rispettivamente alle basi di Brescia e Como (operatività h. 24) e di

Bergamo, Milano e Sondrio (operatività h. 12). Trattandosi di appalto concepito e strutturato secondo il modello convenzionale di cui all'art. 26 della legge n. 488/1999, ciascun ente aderente avrebbe potuto attivare il servizio mediante la stipula del relativo contratto per mera adesione.

1.1. L'odierna appellata, Elilombarda S.r.l., non prendeva parte alla gara, poiché il ricorso dalla stessa società proposto contro la *lex specialis*, nella parte in cui - tra i requisiti di partecipazione di capacità tecnico professionale - richiedeva il preventivo possesso del certificato Coa, con approvazione *Nivis* per il volo con visori, era stato respinto anche in grado di appello (sent. Cons. Stato, sez. II, 26 febbraio 2020, n. 1414). L'assenza del visto requisito non permetteva, perciò, a Elilombarda di prendere parte alla gara.

1.2. Con la determinazione dirigenziale n. 136 del 2 marzo 2020, infine, l'appalto è stato aggiudicato quanto ai lotti 1 e 2 – d'interesse al presente gravame - in favore di Babcock.

2. Con il ricorso proposto avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Milano, Elilombarda ha chiesto l'annullamento degli atti successivi agli esiti di gara, articolando plurime censure in ordine all'inversione del servizio h.12/h.24 tra le basi aeroportuali di Brescia e Bergamo, disposta con la delibera n. 324/2020, a mezzo della quale si era prevista la temporanea variazione contrattuale, nei suddetti termini.

2.1. Si è costituita in giudizio AREU, odierna appellante, per chiedere la reiezione del ricorso, di cui ha eccepito la infondatezza. Si è costituita in giudizio ARIA, concludendo negli stessi termini.

2.2. All'esito del giudizio così incardinato, il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (di qui in avanti, per brevità, solo il Tribunale), con la sentenza n. 2606 del 9 giugno 2021, ha accolto il ricorso annullando per l'effetto la delibera n. 324 /2020 portante "*Adesione alla convenzione Aria – servizio di elisoccorso – lotti 1 e 2 per la Regione Lombardia*".

3. Avverso tale sentenza ha proposto appello AREU, deducendo due articolati motivi di censura che di seguito saranno esaminati, e ne ha chiesto, previa sospensione dell'esecutività, la riforma, con il conseguente ripristino dell'efficacia degli atti annullati in primo grado.

4. Si è costituita per opporsi all'appello la società Elilombarda.

5. Nell'udienza del 10 marzo 2022, il Collegio, uditi i difensori delle parti come da verbale d'udienza, ha trattenuto la causa in decisione.

6. L'appello di Areu deve essere respinto.

7. Anzitutto il Collegio può prescindere dall'esame delle eccezioni d'inammissibilità dell'appello per genericità ed assenza di censure sollevate da Elilombarda (odierna appellata), essendo l'appello infondato nel merito.

8. Sempre in via preliminare devono essere respinte le eccezioni di inammissibilità dell'impugnazione in primo riproposte da ARIA, tenuto conto che le stesse - espressamente respinte dal primo giudice - avrebbero dovuto essere riproposte mediante rituale appello e non a mezzo di semplice memoria.

9. Vanno, ancora, esaminate le eccezioni in rito riproposte da AREU con l'appello principale.

9.1. Deve essere, anzitutto, respinta l'eccezione relativa all'allegato difetto di legittimazione, per non avere l'originaria ricorrente in primo grado presentato domanda di partecipazione alla procedura di affidamento in contestazione perché, come del tutto condivisibilmente rilevato dal Tribunale, nella specie viene in considerazione l'impugnazione di un atto successivo all'aggiudicazione di tale commessa, con il quale si è determinata la sottoscrizione di un contratto diverso ed estraneo rispetto a quelli compresi nell'affidamento medesimo.

9.2. Analogamente deve essere respinta l'ulteriore eccezione di insussistenza dell'interesse strumentale alla riedizione della procedura (la quale non potrebbe giammai essere "travolta" da un eventuale annullamento degli atti impugnati), dovendosi ritenere che – come pure rilevato dal Tribunale – nella specie Elilombarda ha agito non in qualità di partecipante alla gara (alla quale era rimasta estranea), bensì per far valere il proprio interesse di operatore del settore a dolersi di quello che, nella sostanza, costituiva un affidamento diretto in violazione delle regole dell'evidenza pubblica. L'eccezione deve essere perciò disattesa.

9.3. E', altresì, da respingere l'eccezione connessa alla presunta natura programmatica della delibera n. 324/2020 gravata, posto che tale tesi non trova, in realtà, alcun riscontro dalla lettura del visto atto di "adesione convenzione Aria", dovendosi piuttosto ritenere, come puntualmente rilevato dalla difesa di Elilombarda, che la "inversione" con esso stabilita avrebbe potuto essere in qualsiasi momento attivata; così come non può condurre a conclusioni diverse l'affermazione della odierna appellante a sostegno del carattere programmatico dell'atto, là dove essa rileva che esso avrebbe potuto ricavarci in ogni caso *ex post* dalla circostanza che la stessa delibera non aveva mai avuto attuazione, per la semplice ragione che la inesecuzione della medesima delibera è potuta dipendere da svariate circostanze, tra le quali anche proprio la sopravvenuta proposizione del ricorso introduttivo del presente giudizio.

9.4. Deve essere, infine, disattesa anche l'eccezione fondata sul rilievo dello specifico carattere dell'atto impugnato che, secondo la prospettazione di ARIA, nel configurare un "*ordinativo di fornitura*", sarebbe meramente esecutivo della convenzione stipulata ai sensi dell'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488; ciò non solo perché tali ordinativi, a

mente della vista norma, sono contratti autonomi, ma soprattutto in quanto, nella specie, ciò di cui la ricorrente in primo grado si doleva era proprio il fatto che, in realtà, si trattasse di un contratto diverso ed estraneo, rispetto a quelli stipulabili in attuazione della convenzione e, quindi, in definitiva di un nuovo contratto.

10. Tanto premesso l'appello di AREU è infondato anche nel merito.

10.1. Con il primo motivo (pp. 13-16) l'odierna appellante, anzitutto, contesta la motivazione della sentenza impugnata, là dove essa avrebbe affermato, in base ad una pretesa alterazione dell'assetto negoziale, l'avvenuta sostanziale modifica da parte di AREU del servizio dedotto in gara; laddove, invece, il disciplinare fa espresso rinvio al comma 12 dell'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 che consente, tra l'altro, di poter ridurre le forniture fino a concorrenza del limite del quinto.

Il motivo deve essere respinto.

La tesi dell'appellante è destituita di fondamento perché non è anzitutto conferente il richiamo alle modifiche contrattuali disciplinate dall'articolo 106 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, stante la pacifica insussistenza delle circostanze imprevedibili e non imputabili che possono determinarle, tale non potendo considerarsi l'inidoneità di una delle sedi a ospitare il servizio per come programmato, che doveva certamente essere nota *ab inito* (e poco conta se ciò dipenda da un errore o da un'illegittimità connotanti la gara *a monte*, come adombra l'appellata).

È, poi, evidente la non coerenza nei contenuti tra l'aggiudicazione e i contratti stipulati, a nulla rilevando, come già rilevato, che l'aggiudicatario dei due lotti fosse lo stesso concorrente, posto che tale discordanza come ben evidenziato dal Tar finirebbe per comportare un affidamento diretto ad un operatore individuato come aggiudicatario di un differente affidamento.

Ne consegue che la contestata modifica contrattuale non può non avere inciso sulla salvaguardia dei principi di libera concorrenza, trasparenza e non discriminazione che governano la scelta del contraente nell'ambito delle commesse pubbliche.

Né appare perspicuo il rilievo adombrato dall'appellante secondo cui l'inversione disposta con l'atto impugnato in prime cure avrebbe potuto essere decisa anche nella diversa ipotesi in cui i due lotti fossero stati aggiudicati a operatori diversi, posto che AREU non ha affatto chiarito come ciò sarebbe potuto avvenire, se non stipulando *ex novo* contratti del tutto difformi dagli "ordinativi di fornitura" di cui all'articolo 26 della legge n. 488/1999.

La censura deve essere perciò respinta.

10.2. Con il secondo motivo (pp. 17- 21) AREU lamenta ancora che il primo giudice avrebbe erroneamente respinto l'eccezione di irricevibilità del ricorso per difetto di legittimazione di Elilombarda, atteso che l'interesse strumentale fatto valere dalla originaria ricorrente non avrebbe, a suo dire, potuto prescindere dal vaglio circa l'esistenza di un interesse meritevole di tutela in capo alla ricorrente, tanto più in ipotesi, come quella all'esame, in cui la società Elilombarda non aveva partecipato alla gara.

Il motivo è privo di fondamento perché, come ha ben evidenziato il primo giudice, non può, nella specie, prescindere dalla rilevanza della suddivisione dell'affidamento in tre lotti distinti, da cui come ha reiteratamente chiarito la giurisprudenza pacifica discende la diversità e autonomia dei contratti stipulati per ciascuno di essi, nonché alle ragioni tecniche che hanno indotto l'Amministrazione a procedere a tale suddivisione, con la conseguente impossibilità di "commistione" tra le prestazioni di tali diversi contratti che, diversamente ragionando, si risolverebbe nell'impiegare la convenzione stipulata ex articolo 26 della legge n. 488/1999 per sottoscrivere contratti non rientranti in essa.

11. In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello va respinto in ragione dell'infondatezza dei motivi dedotti; il che esime il Collegio dalla disamina della preliminare eccezione di inammissibilità dell'appello per non specificità dei motivi, sollevata dalla Elilombarda S.r.l..

12. Quanto all'effetto conformativo dell'annullamento disposto dal T.A.R. va, da ultimo, precisato che esso consiste, anzitutto, nell'impossibilità per la stazione appaltante di adottare un provvedimento di "inversione" tra le prestazioni relative a due lotti distinti e, in secondo luogo, nel fatto che, per l'eventuale servizio di elisoccorso da svolgere nella sede di Brescia per sole h 12 (anziché h 24) l'Amministrazione dovrà stipulare un nuovo contratto, estraneo alla convenzione con ARIA S.p.a. e nel rispetto delle vigenti disposizioni.

13. La novità della controversia integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

Rimane definitivamente a carico dell'appellante il contributo unificato richiesto per la proposizione del gravame.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto da AREU – Agenzia già Azienda regionale emergenza e urgenza, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa le spese del presente grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico di AREU – Agenzia il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2022

con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE Antonio Massimo Marra**

**IL PRESIDENTE Raffaele Greco**

IL SEGRETARIO