



RINVIO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA SULLE CLAUSOLE DI ADESIONE AD APPALTI E ACCORDI QUADRO

Michele Cozzio*



Consiglio di Stato, sez. VI, 11 aprile 2017 n. 1690 - rinvio pregiudiziale CGUE

Appalti di servizi - Sanità - Sanificazione ambientale e gestione rifiuti - Accordo quadro - Clausola di adesione: facoltà di estensione del contratto ad altre strutture - Determinazione dei contenuti - Profilo soggettivo - Indicazione degli enti - Profilo oggettivo - Quantità delle prestazioni richieste - Valore complessivo prestazioni - Rinvio al fabbisogno ordinario - Parere Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

☞ *Se gli artt. 2, co. 5, e 32 dir. 2004/18/UE e l'art. 33 dir. 2014/24/UE possano consentire la stipulazione di un accordo quadro in cui: un'amministrazione aggiudicatrice agisca per essa stessa e per altre amministrazioni specificamente indicate, le quali però non partecipino alla sottoscrizione dell'accordo quadro; non sia determinata la quantità delle prestazioni che potranno essere richieste dalle amministrazioni non firmatarie degli accordi successivi ovvero sia determinata mediante il riferimento al loro ordinario fabbisogno.*

1. Premessa¹. L'ordinanza del Consiglio di Stato di rinvio alla Corte di giustizia tocca il tema ampio del processo di (ri)organizzazione

* Il presente contributo costituisce ripubblicazione dell'articolo dell'Autore nella *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2017, 2, 418 e ss.

¹ Nell'ambito della procedura avviata alla Corte di giustizia, si segnala la presentazione il 3 ottobre 2018 delle Conclusioni dell'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona, secondo il quale "Gli art. 1, par. 5, e 32 della dir. 2004/18/CE:

- non ostano a un accordo quadro ai sensi del quale un'amministrazione aggiudicatrice che non abbia partecipato direttamente alla sua stipulazione né ne sia firmataria può essere parte degli appalti pubblici basati su tale accordo, a condizione che tale amministrazione aggiudicatrice venga identificata nel medesimo accordo o in un documento allegato al capitolato d'oneri, secondo i termini previsti dalla dir. 2004/18/CE;

della domanda pubblica e, più in particolare, del funzionamento degli strumenti contrattuali (particolarmente l'accordo quadro) correlati a tale processo, ambiti nei quali le innovazioni legislative susseguitesi a partire dal 2010, sia a livello europeo che nazionale sono state particolarmente intense e foriere di cambiamenti.

Il rinvio suscita interesse anche per ragioni che riguardano l'equilibrio non sempre facile tra *favor* legislativo per il ricorso a forme consorziate o aggregate di acquisto da parte delle pubbliche amministrazioni, espressione dell'interesse generale al contenimento finanziario (cd. *spending review*), e il rispetto delle regole e dei principi comunitari e nazionali (trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità) posti a presidio del buon funzionamento e della concorrenza del mercato dei contratti pubblici.

Altro elemento di interesse è rappresentato dall'intervento dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM). Al riguardo, va detto che il rafforzamento del ruolo, delle funzioni e dei 'poteri' di intervento e sanzionatori che il nuovo Codice nazionale dei contratti pubblici assegna all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) non preclude, infatti, l'intervento di altre Autorità indipendenti cointeressate al buon funzionamento del settore, *in primis* dell'AGCM. Il mercato dei contratti pubblici rappresenta, non

-
- ostano a che la quantità di prestazioni che tale amministrazione aggiudicatrice potrà richiedere nel momento della conclusione dei successivi contratti previsti dall'accordo quadro non sia determinata, o non sia univocamente determinata, nell'accordo quadro stesso;
 - non ostano a che tale quantità venga fissata mediante riferimento al fabbisogno ordinario dell'amministrazione aggiudicatrice, sempre che l'accordo quadro fornisca informazioni chiare, precise e trasparenti circa il fabbisogno che tale amministrazione aggiudicatrice ha dovuto soddisfare in passato.

Nel contributo sono oggetto di valutazione anche le seguenti decisioni Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2016 n. 4387 Parere Autorità Garante Concorrenza Mercato, AS1271, 25 febbraio 2016; TAR Lombardia, sez. Brescia, 8 marzo 2016 n. 342; TAR Lombardia, sez. Brescia, 7 novembre 2016 n. 1449.

a caso, un settore “*privilegiato*”² per l’avverarsi di fenomeni di collusione tra le imprese, come pure tra queste e le pubbliche amministrazioni, che possono facilmente sfociare in episodi di favoritismi, corruzione, mal funzionamento.

La legge 10 ottobre 1990 n. 287 (“*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*”) istitutiva dell’AGCM provvede ad assegnare a quest’ultima una serie di “*poteri*” in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza, di abuso di posizione dominante (artt. 12 - 15) e divieto delle operazioni di concentrazione (artt. 16 - 19), nonché poteri conoscitivi e consultivi (artt. 21, 22 - 24) estesi anche “*agli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza*” (art. 21-*bis*). Quest’ultima disposizione, di recente introduzione (legge 22 dicembre 2011 n. 214 recante “*Disposizioni urgenti per la crescita, l’equità e il consolidamento dei conti pubblici*”) è tra quelle che sembrano aver maggiormente favorito l’attenzione dell’AGCM sul mercato degli appalti pubblici. Spetta, infatti, all’AGCM, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emettere un parere motivato e, in caso di non adeguamento da parte dell’amministrazione, presentare ricorso tramite l’Avvocatura dello Stato (art. 21-*bis*, co. 2) avanti al Tribunale amministrativo regionale del Lazio (art 33).

Non a caso il rinvio pregiudiziale in esame scaturisce da un ricorso davanti al giudice amministrativo di secondo grado promosso dall’AGCM dopo che l’amministrazione aggiudicatrice ha ritenuto di non conformarsi al parere motivato espresso dalla stessa Autorità (AS1271 del 25 febbraio 2016) e dopo che sulla controversia è

² Cfr. P. Sabbatini, *La tutela della concorrenza negli appalti pubblici*, in *L’industria*, 4, 2014.

intervenuto il giudizio in primo grado del TAR Lombardia, sez. di Brescia (sentenza del 7 novembre 2016 n. 1449)³.

2. Alcuni elementi di contesto. Un primo elemento di contesto che occorre considerare è la svolta impressa dal legislatore nazionale al processo di aggregazione e centralizzazione degli acquisti pubblici. Vi hanno concorso, prima ancora che scelte di razionalizzazione e riordino del settore, necessità non prorogabili di riduzione della spesa pubblica (cd. *spending review*).

Le disposizioni adottate nel periodo tra il 1999 (anno di costituzione della Centrale di committenza statale Consip S.p.a.) e il 2010, pur introducendo rilevanti elementi di novità, non avevano conseguito risultati significativi né a livello statale né regionale (ad eccezione di limitate esperienze, territorialmente circoscritte e settoriali). A partire dal 2011 (legge *Salva Italia*) e poi ripetutamente (nel 2014 sul tema si sono susseguite le leggi cd. *Spending review 3*, *Destinazione Italia*, *Sblocca Italia*, *Milleproroghe*) il processo di centralizzazione degli acquisti è stato oggetto di una serie di provvedimenti normativi, particolarmente incisivi nel settore della sanità, che hanno investito la pubblica amministrazione imponendo cambiamenti significativi, con effetti che ancor'oggi non sono del tutto prevedibili (vedi part. art. 38, d.lgs. 50/2016).

L'obiettivo delle recenti disposizioni è la progressiva riduzione del numero delle stazioni appaltanti qualificate per lo svolgimento delle procedure di aggiudicazione e, al contempo, l'introduzione dell'obbligo agli acquisti mediante centrali di committenza, accordi

³ Gli stessi argomenti, per altro, sono stati al centro di un'altra controversia risolta in primo grado dal TAR Lombardia, sez. di Brescia (sentenza dell'8 marzo 2016 n. 342) e in secondo grado dal Consiglio di Stato (sentenza del 20 ottobre 2016 n. 4387), nonché di altri precedenti del TAR Lombardia (7 dicembre 2010 n. 4796 della sezione di Brescia e 6 luglio 2011 n. 1819).

consortili, soggetti aggregatori o alternativamente attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip S.p.A. o da altro soggetto aggregatore di riferimento.

L'intento, in altri termini, è quello di risolvere il 'drammatico' numero delle amministrazioni aggiudicatrici, con professionalità e strumenti spesso non adeguati, puntando su soggetti unitari in grado sia di curare la gestione delle procedure di gara (procedura per la scelta del contraente, redazione dei capitolati, definizione dei criteri di aggiudicazione, redazione degli atti di gara, cura degli adempimenti relativi allo svolgimento della procedura di gara), sia di collaborare all'individuazione dei contenuti dello schema del contratto (progettazione dei contenuti negoziali)⁴.

⁴ Sul tema è più volte intervenuta anche la soppressa Autorità per la Vigilanza su Contratti Pubblici, che, valutato il funzionamento del mercato nazionale, suggeriva, anticipando le attuali misure legislative, di *“delineare un sistema di valutazione delle capacità amministrative e gestionali delle stazioni appaltanti al fine di classificarle per classi di importo o per tipologia di contratti ... così da consentire che ogni amministrazione indichi gare e gestisca contratti in relazione alle proprie capacità strutturali. Il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti non dovrebbe risolversi in una mera centralizzazione della committenza, sull'esempio, appunto, delle centrali di committenza, ma in una delega a soggetti più efficienti di gran parte del ciclo dell'appalto (progettazione ed esecuzione), in base all'importo e quindi alla “sostenibilità” della procedura da parte delle singole amministrazioni”*, vedi Relazione annuale 2009, del 22 giugno 2010, pt. 9.4. Vedi anche M. Cozzio, *Il mercato dei contratti pubblici nella Relazione annuale 2015 dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Riv. Trim. App.*, , 2016, 4, 978-984, specie con riferimento al dPCM del 24 dicembre 2015 entrato in vigore il 9 febbraio 2016 il quale individua le categorie merceologiche e le relative soglie per le quali le SA indicate sono tenute al ricorso ai contratti attivati dal soggetto aggregatore (tipicamente accordi quadro, convenzioni, gare su delega). Trattasi per ora di 19 categorie merceologiche per lo più attinenti all'ambito sanitario, quello maggiormente rappresentativo in termini di importi nel panorama degli appalti di servizi e forniture. Vedi anche la sentenza del Consiglio di Stato che giudica illegittimo il bando di gara Consip per l'affidamento dei servizi integrati di vigilanza (sentenza del 6 marzo 2017 n. 1038) rilevando una sproporzionata ed irragionevole restrizione della concorrenza a causa della dimensione dei lotti fissata da Consip, insieme ai requisiti di fatturato richiesti per la partecipazione alla gara a tutto svantaggio delle “numerosissime imprese, di piccole e medie dimensioni, che compongono il mercato”.

Il legislatore, dunque, è orientato alla creazione di strutture a servizio dell'attività amministrativa finale (cd. *core business* amministrativo), che siano in grado di dialogare con i mercati che offrono beni e servizi ad un sistema complesso come quello amministrativo.

Un ulteriore elemento di contesto è costituito dalle nuove regole europee in tema di appalti pubblici (part. direttiva 2014/24/UE), che definiscono assetti e organizzazione dei mercati nazionali dei contratti pubblici. Il legislatore dell'Unione, pur ribadendo l'autonomia degli Stati membri relativamente alle modalità di organizzazione e controllo sull'applicazione delle regole (“*gli Stati membri garantiscono il controllo dell'applicazione delle norme sugli appalti pubblici*”), esprime un netto *favor* per i processi di aggregazione della domanda, che costituiscono tendenza oggi rilevabile nella maggior parte degli Stati membri⁵.

In particolare, con le nuove regole il legislatore europeo incentiva modelli aggregativi:

- sia di tipo *strutturale*, attraverso la costituzione di grandi acquirenti (“attività di centralizzazione delle committenze e centrali di committenza”) che assicurino - tenuto conto della dimensione, del volume degli acquisti e delle professionalità sviluppate - maggiori capacità di garantire qualità ed efficienza della spesa pubblica;

⁵ Cfr. considerando 59, dir. 2014/24/UE, secondo il quale “Nei mercati degli appalti pubblici dell'Unione si registra una forte tendenza all'aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici, al fine di ottenere economie di scala, ad esempio prezzi e costi delle transazioni più bassi nonché un miglioramento e una maggior professionalità nella gestione degli appalti. Questo obiettivo può essere raggiunto concentrando gli acquisti in termini di numero di amministrazioni aggiudicatrici coinvolte, oppure in termini di fatturato e di valore nel tempo. Tuttavia, l'aggregazione e la centralizzazione delle committenze dovrebbero essere attentamente monitorate al fine di evitare un'eccessiva concentrazione del potere d'acquisto e collusioni, nonché di preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMI”. Cfr. anche il considerando 69 della medesima direttiva.

- sia di tipo *occasionale*, quali gli “appalti congiunti occasionali” e gli appalti “transfrontalieri”, che rientrano nell’ambito della più generale attività di cooperazione orizzontale tra amministrazioni, anche appartenenti ad uno e/o a differenti Stati membri.

Le indicazioni del legislatore europeo (segnatamente art. 2, pt. 14, art. 37 e considerando 69 della direttiva 2014/24/UE) precisano che le centrali di committenza dovrebbero poter svolgere due tipologie di attività: (i) l’acquisizione di forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici, come fanno i grossisti, comprando, immagazzinando e rivendendo (in questo caso siamo di fronte ad un soggetto altamente specializzato che gestisce tutto il processo e se ne assume in pieno la responsabilità); (ii) l’aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici, come fanno gli intermediari, aggiudicando appalti, gestendo sistemi dinamici di acquisizione o concludendo accordi quadro ad uso delle amministrazioni aggiudicatrici (in questi casi il ruolo di intermediazione può essere svolto in autonomia o in nome e per conto delle amministrazioni aggiudicatrici).

Le nuove direttive, in questo modo, cercano di fare chiarezza su modalità, ruoli e funzioni riguardanti il processo di centralizzazione delle committenze. L’intento, come anticipato, è quello di conseguire “economie di scala” nonché “miglioramento e maggior professionalità nella gestione degli appalti”, in altri termini l’efficientamento della spesa pubblica.

Il legislatore europeo, per altro, non impone alcun obbligo di aggregazione / centralizzazione (non avendo la competenza per farlo) ma rimette questa facoltà ai legislatori nazionali. Non sfugge, inoltre, come il *favor* europeo per le misure di aggregazione della domanda

non sia incondizionato. Il legislatore dell'Unione, infatti, è consapevole degli effetti (anche negativi) che queste misure possono comportare sul funzionamento del mercato a detrimento delle MicroPMI, a favore di episodi di illegalità e corruzione, a favore di accordi tra imprese in violazione delle regole poste nei Trattati. Il rischio, ad esempio, è che nel mercato si creino 'cartelli' per far fronte alle nuove tipologie di 'grandi' gare, risultanti dal processo di aggregazione delle amministrazioni aggiudicatrici. Esemplificativo, in tal senso, è il recente provvedimento con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha deliberato l'avvio di un'istruttoria (I808 del 23 marzo 2017)⁶ nei confronti dei principali operatori economici attivi nel settore del *facility management*, in quanto avrebbero coordinato le proprie strategie partecipative, in violazione della normativa a tutela della concorrenza, nell'ambito della gara Consip FM4 suddivisa in 18 lotti regionali, definiti con un criterio geografico, per un importo totale della base d'asta di circa 2,7 miliardi di euro.

A prescindere dall'esito della vicenda va segnalato che nel corso degli ultimi tre anni, in coincidenza con la progressiva attuazione delle misure di aggregazione della domanda pubblica, sempre più frequentemente l'AGCM è stata chiamata ad interessarsi di fattispecie riguardanti intese e accordi tra imprese che partecipano a procedure per l'aggiudicazione di grandi appalti.

Per bilanciare questi rischi le direttive predispongono una serie di 'contromisure', in particolare: - richiedono agli Stati membri di assicurare un'efficace azione di vigilanza e monitoraggio; - permettono di escludere dalle procedure degli operatori nei cui confronti l'amministrazione disponga di "indicazioni sufficientemente

⁶Cfr. Il [comunicato stampa dell'AGCM e ivi il link al provvedimento](#), con indicazioni dettagliate sugli elementi che sembrano avvalorare l'ipotesi ripartitoria dei lotti in gara tra gli operatori.

plausibili” circa la sottoscrizione di accordi intesi a falsare al concorrenza; - permettono di frazionare gli albi fornitori in categorie facendo riferimento, ad esempio, all’importo, ai quantitativi massimi, all’area geografica di esecuzione degli appalti.

Per altro, è abbastanza evidente che: “se, da un lato, è immaginabile che la riduzione dei centri di costo costituisca una misura necessaria di contenimento della spesa pubblica e di revisione dell’organizzazione amministrativa (con minor rischio che molti centri, ridotti in dimensione e poco controllati, aggiudichino appalti o concessioni in modo non trasparente), dall’altro pare evidente che la cattura di poche centrali di committenza di grandi dimensioni possa avere impatto su grandi quantità di risorse pubbliche potenzialmente distraibili a fini illeciti” 7.

3. Vicenda all’origine del rinvio pregiudiziale. Quanto finora riportato permette di meglio inquadrare la vicenda dalla quale origina il rinvio pregiudiziale: la procedura di aggiudicazione conclusa nel 2011 dall’Azienda Ospedaliera di Desenzano del Garda per l’affidamento del servizio di pulizia, sanificazione, raccolta e smaltimento rifiuti per 108 mesi (dal 2012 al 2021).

In particolare, risulta che l’Azienda Ospedaliera di Desenzano ha aggiudicato l’appalto non solo in nome e per conto proprio ma anche in qualità di Azienda capofila di una serie di altre aziende del servizio sanitario regionale, segnatamente tutte quelle aderenti al consorzio A.I.P.E.L. (Accordo Interaziendale Provveditori Est Lombardia) talvolta definito anche come Unione di acquisto A.I.P.E.L.. Queste aziende, pur non partecipando direttamente alla procedura di aggiudicazione, possono quindi chiedere all’impresa aggiudicataria la

⁷ Cfr. F. Di Cristina, *La prevenzione dell’illegalità e l’interazione tra le amministrazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, 12, 1163.

disponibilità ad estendere la fornitura del servizio anche nei loro confronti. Nel caso in esame, tale facoltà può essere esercitata nel rispetto dei seguenti limiti (riportati nei documenti di gara dell'appalto aggiudicato dall'Azienda Ospedaliera di Desenzano):

- possibilità di una sola estensione della fornitura del servizio per ciascuna delle aziende partecipanti al consorzio;
- rispetto dei termini temporali dell'aggiudicazione iniziale (2012-2021);
- accettazione delle medesime condizioni (economiche e prestazionali) dell'aggiudicazione iniziale, salvo la possibilità di adeguamenti prestazionali e frequenziali più aderenti ad esigenze specifiche delle singole aziende;
- preventiva accettazione da parte dell'impresa aggiudicataria.

Di conseguenza, le aziende aderenti al consorzio possono procedere con affidamento diretto di singoli appalti all'aggiudicataria della procedura iniziale, rimanendo ogni azienda *autonoma* nella gestione operativa dei singoli appalti, anche con riferimento alla richiesta di cauzione, all'emissione degli ordinativi e alla liquidazione delle fatture. Tale *modus negotiale* - per adesioni successive - trova più fonti di legittimazione.

In primo luogo nella *lex specialis* della procedura di aggiudicazione iniziale ove si fa riferimento esplicito ad una cd. *clausola di adesione*, a mente della quale viene prevista, e resa nota a tutti i potenziali offerenti, "la possibilità di adesione successiva per le aziende sanitarie partecipanti all' A.I.P.E.L., nel caso in cui l'impresa aggiudicataria si rendesse disponibile ad estendere la fornitura alle suddette aziende".

In secondo luogo negli accordi adottati dai Direttori generali delle singole aziende aderenti al consorzio A.I.P.E.L.8.

⁸ Si vedano le [linee guida adottate dai Direttori Generali delle Aziende Sanitarie aderenti all'unione formalizzata AIPEL](#), in attuazione della DGR 2633/2011 che

In terzo luogo nella serie di atti normativi e amministrativi, nazionali e regionali, che sottolineano la necessità per le aziende sanitarie di procedere in via prioritaria all'acquisto di beni e all'affidamento di servizi in forma aggregata, al fine di avere maggiore forza contrattuale verso i fornitori, razionalizzare i propri acquisti, garantire prestazioni maggiormente standardizzate.

Gli effetti sono significativi e sollevano problematiche di non poco conto. Si consideri che a valle dell'aggiudicazione operata nel 2011 dall'Azienda Ospedaliera di Desenzano del Garda le adesioni effettuate da alcune aziende aderenti all'A.I.P.E.L. hanno portato all'aggiudicazione in via diretta di appalti di valore rilevante⁹: 13 milioni di euro nel caso dell'Azienda Ospedaliera Carlo Poma di Mantova¹⁰ per il periodo 2015-2021, oltre 10 milioni di euro nel caso dell'Azienda socio-sanitaria territoriale della Valcamonica per il periodo 2016-2021. Per altro, le adesioni all'appalto aggiudicato dall'Azienda di Desenzano vanno ben oltre le due ricordate, posto che le aziende sanitarie aderenti all'A.I.P.E.L. sono 18.

4. Vincoli giuridici all'utilizzo delle gare per adesioni successive.

Va subito detto che il modello di negoziazione pubblica sopra descritto non pone problemi di legittimità se svolto nel rispetto di determinate regole e accorgimenti operativi.

impone l'obbligo di rafforzare l'interazione e l'integrazione delle Aziende sanitarie in relazione a tutte le procedure di acquisto di beni e servizi adottano le seguenti linee guida per l'espletamento di gare in forma aggregata. Tra i documenti reperibili in internet.

⁹ Circostanza che si riscontra frequentemente. Si condideri, ad esempio, un altro caso riguardante appalti per l'affidamento di servizi di pulizia, sanificazione, lavaggio stoviglie, attività di supporto cucine e trasporti, laddove l'importo massimo previsto per le adesioni era fissato in oltre 91 milioni di euro nell'arco di sei anni, soglia che è stata interamente utilizzata; sulla vicenda cfr. sentenza del TAR Lombardia, sez. I, del 6 luglio 2011 n. 1819 che ha riconosciuto la legittimità del sistema per adesioni successive.

¹⁰ In questo caso, per altro, l'atto di adesione è stato giudicato illegittimo dal Consiglio di Stato (sentenza del 20 ottobre 2016 n. 4387).

Il quadro normativo di riferimento, per quanto tuttora in fase di assestamento (specie con riferimento al tema della qualificazione delle stazioni appaltanti) va ravvisato nell'ambito dei principi generali, europei e nazionali, che disciplinano i sistemi di contrattazione pubblica nonché, per via degli elementi di similitudine, nell'ambito delle disposizioni in tema di centrali di committenza (art. 3, co. 1, lett. i, d.lgs. 50/2016), strumenti di acquisto (art. 3, co. 1, lett. cccc, d.lgs. 50/2016), attività di committenza ausiliarie (art. 3, co. 1, lett. m, pt. 4, d.lgs. 50/2016), aggregazioni e centralizzazione delle committenze (art. 37, d.lgs. 50/2016), accordi quadro (art. 3, co. 1, lett. iii e art. 54, d.lgs. 50/2016).

Quest'ultima norma, in particolare, stabilisce che gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati “solo tra le amministrazioni aggiudicatrici, individuate nell'avviso di indizione di gara o nell'invito a confermare interesse, e gli operatori economici parti dell'accordo quadro concluso”. L'indicazione legislativa tabilisce la necessità di preventiva definizione / conoscibilità delle parti contrattuali, sia dal lato della domanda che da quello dell'offerta¹¹.

La stessa norma, inoltre, prevede la possibilità che si dia esecuzione all'accordo quadro “senza riaprire il confronto competitivo”, quindi con affidamenti diretti, “se l'accordo quadro contiene tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture, nonché le condizioni oggettive per determinare quale degli operatori

¹¹ Sul punto vedi anche il considerando 60 della direttiva 2014/24/UE, secondo il quale “gli accordi quadro non dovrebbero essere utilizzati dalle amministrazioni aggiudicatrici che non vi sono identificate. (...) è opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici parti di un accordo quadro siano chiaramente indicate fin dall'inizio attraverso la denominazione o con altri mezzi, ad esempio un riferimento a una determinata categoria di amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito di un'area geografica chiaramente delimitata, in modo che le amministrazioni aggiudicatrici interessate possano essere facilmente e chiaramente individuate. Analogamente, un accordo quadro non dovrebbe essere aperto all'adesione di nuovi operatori economici dopo essere stato concluso”.

economici parti dell'accordo quadro effettuerà la prestazione" (art. 54, co. 4, lett.a, d.lgs. 50/2016). Il legislatore nazionale, dunque, sottolinea che tutti i termini dell'appalto attuativo dell'accordo quadro (ad esempio, durata, valori economici ed ulteriori elementi tecnici) devono essere predefiniti, non potendo essere oggetto di successiva negoziazione. Tale circostanza è confermata sia dal comma 2 del medesimo articolo, secondo il quale "gli appalti basati su un accordo quadro non comportano in nessun caso modifiche sostanziali alle condizioni fissate nell'accordo quadro", sia dall'art. 3, co. 1, lett. iii, a mente del quale l'accordo quadro costituisce "l'accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste".

Le prescrizioni descritte non fanno che confermare gli arresti giurisprudenziali finora intervenuti nell'ambito delle gare per adesioni successive.

Il giudice amministrativo, infatti, sottolinea la necessità di rispettare alcune limitazioni nella fase di affidamento degli appalti a valle dell'aggiudicazione principale (accordo quadro), a tutela "dei principi generali del diritto comunitario (trasparenza, non discriminazione, proporzionalità) e di quelli del diritto interno (prestazioni definite o definibili, termine finale dell'opzione)"¹². Si tratta delle seguenti limitazioni¹³:

(a) la clausola di adesione deve essere indicata fin dall'inizio negli atti di gara, in modo che tutti gli operatori economici dispongano delle medesime informazioni in tempo utile per la partecipazione;

¹² Cfr. TAR Lombardia, sez. Brescia, 7 novembre 2016 n. 1449, pt. 13.

¹³ Cfr. TAR Lombardia, sez. Brescia, 7 novembre 2016 n. 1449, pt. 14; anche TAR Lombardia, sez. Brescia, 8 marzo 2016 n. 342, pt. 15 e ordinanza cautelare del TAR Lombardia, sez. Brescia, 9 giugno 2015 n. 1047.

- (b) è necessario che le amministrazioni aderenti siano individuate o individuabili;
- (c) deve essere stabilito, o risultare implicito, un tetto ragionevole al valore complessivo delle prestazioni;
- (d) deve essere definito l'intervallo temporale entro cui l'adesione può essere esercitata;
- (e) deve essere previsto il termine finale dei contratti in adesione (qualora manchi questa indicazione, non può comunque essere superato il termine del contratto originario, eventualmente prorogato);
- (f) deve essere riconosciuta all'aggiudicatario la facoltà di non accettare le istanze di adesione, allo scopo di non disincentivare la partecipazione alla gara degli operatori economici meno organizzati.

5. Motivazioni (e limiti) del rinvio pregiudiziale. Prima del rinvio pregiudiziale alla Corte l'appalto con clausola di adesione aggiudicato dall'Azienda Ospedaliera di Desenzano del Garda è stato oggetto di più vertenze giudiziarie, con esiti non sempre univoci.

La mancata fissazione del valore complessivo delle prestazioni 'estensibili' - ovvero la mancata preventiva quantificazione dell'intero valore economico delle potenziali adesioni - è stato l'elemento principale sul quale le parti ricorrenti hanno basato le proprie contestazioni.

Più precisamente, l'elemento prezzo riferito alle singole prestazioni dell'appalto (pulizia, sanificazione, raccolta e smaltimento rifiuti) era determinato 'a misura' (prezzi unitari invariati o comunque decrescenti in ragione delle quantità) ma la mancata indicazione di superfici e volumi complessivi non ha reso possibile quantificare un tetto massimo insuperabile. Le rimanenti condizioni di legittimità (trasparenza, individuazione delle amministrazioni interessate e degli

operatori economici, limiti temporali, facoltà di rifiuto da parte dell'aggiudicatario) risultano rispettate.

Una prima contestazione ha riguardato l'adesione operata dall'Azienda Ospedaliera Carlo Poma di Mantova. Il giudice di primo grado, pur riconoscendo che "la soluzione preferibile sia senz'altro la fissazione, ancora nell'originaria procedura, di un tetto insuperabile", ha ritenuto che la clausola di adesione fosse oggetto di un insieme di regole trasparenti e predeterminate, in coerenza con i principi pro-concorrenziali che tutelano gli operatori economici.

La decisione¹⁴ riflette una lettura sostanziale della vicenda: dall'esame della situazione concreta, infatti, il giudice non ritiene sussistenti profili di sproporzione o di indeterminatezza confliggenti in modo insanabile con i principi interni e comunitari. Proprio l'accostamento della fattispecie (appalto con clausola di adesione) allo schema dell'accordo quadro (ove la fissazione in via anticipata delle "quantità previste" per tutti gli appalti da aggiudicare è richiesta solo "se del caso") induce il giudice a privilegiare l'analisi delle circostanze fattuali e valutare, sulla base di queste, la ragionevolezza dell'ampliamento del contratto iniziale¹⁵.

Di diverso avviso risulta la decisione in appello formulata dal Consiglio di Stato. Secondo i giudici di Palazzo Spada, infatti, "in virtù dell'indeterminatezza della clausola di adesione si determina la possibilità di consentire ad una vasta platea di soggetti economici di disporre per un lungo periodo di tempo affidamenti diretti, del tutto discrezionalmente ed al di fuori di ogni procedura ad evidenza

¹⁴ TAR Lombardia, sez. Brescia, 8 marzo 2016 n. 342.

¹⁵ Sul significato che assume la precisazione "se del caso" nella prospettiva comunitaria vedi anche la sentenza CGUE, 7 aprile 2016, C 324/14, particolarmente il pt. 36, anche pt. 31-33 delle conclusioni dell'avvocato generale.

pubblica, di molteplici servizi di grande rilevanza economica, basandosi sugli esiti di una precedente gara espressamente riferita e limitata ad uno solo dei predetti soggetti, e quindi svoltasi secondo parametri del tutto inadeguati alla selezione della migliore offerta nelle nuove ed indeterminate condizioni consentite dalla clausola in esame, in contrasto con le regole e i principi dell'evidenza pubblica e della tutela della concorrenza" 16.

Una seconda contestazione (da cui origina il rinvio alla Corte) ha riguardato l'adesione dell'Azienda socio-sanitaria territoriale della Valcamonica sempre all'appalto iniziale aggiudicato dall'Azienda Ospedaliera di Desenzano.

Il giudice estensore è lo stesso della sentenza in primo grado che riguardava l'adesione dell'Azienda Carlo Poma di Mantova, non a caso il TAR conferma la legittimità della clausola di adesione 17.

La sentenza, pur confermando il precedente proprio orientamento, non si allinea né alla decisione quasi contestuale del Consiglio di Stato (resa in appello sulla sentenza relativa all'adesione dell'Azienda Carlo Poma di Mantova, vedi nota 30) né al parere motivato dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

¹⁶ Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2016 n. 4387, pt. 15.1.

¹⁷ Una curiosità emerge dalla tempistica delle citate decisioni, tutte riferite all'adesione allo stesso appalto aggiudicato dall'Azienda Ospedaliera di Desenzano. Nella prima vertenza, la sentenza del TAR Lombardia, sez. Brescia, che stabilisce la legittimità dell'adesione è pubblicata l'8 marzo; davanti al Consiglio di Stato la sentenza del TAR viene riformata ritenendo illegittima la clausola di adesione, la decisione adottata in camera di consiglio il 22 settembre 2016 e pubblicata il 20 ottobre 2016. Nella seconda vertenza, la sentenza sempre del TAR Lombardia, sez. Brescia, che ribadisce la legittimità della clausola di adesione, viene decisa in camera di consiglio il 21 settembre 2016 (dunque il giorno prima della pronuncia del Consiglio di Stato) e pubblicata il 7 novembre 2016.

Quest'ultima, in particolare, intervenendo ai sensi dell'art. 21-bis della legge 287/1990 (supra § 1) aveva ritenuto che l'adesione dell'Azienda della Valcamonica fosse "illegittima perché in contrasto con i principi e le disposizioni - comunitarie e nazionali - che impongono l'obbligo dell'evidenza pubblica a tutela della concorrenza". Nel proprio parere l'Autorità riferisce che la clausola di adesione "risulta priva di parametri di riferimento idonei a circoscrivere in maniera puntuale l'ambito oggettivo e il complessivo ammontare economico delle future estensioni, permettendo per un lasso temporale non indifferente la possibilità di affidare all'aggiudicataria una quantità indeterminata di affidamenti per importi indefiniti"¹⁸.

È l'Autorità, difatti, che presenta ricorso al Consiglio di Stato avverso la sentenza del TAR Lombardia.

Il Consiglio di Stato si dimostra particolarmente attento nell'analisi del diritto europeo. I giudici, infatti, scelgono di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte nonostante i numerosi precedenti del Consiglio di Stato, tutti orientati nel senso di stabilire, ai fini della validità dell'accordo quadro, "che la clausola di estensione sia determinata per l'aspetto soggettivo, (...) e per l'aspetto oggettivo, nel senso di prevedere il valore economico (...) della possibile estensione, anche nei termini di un importo massimo"¹⁹. Il rischio che intravede il giudice del rinvio è quello di offrire un'interpretazione restrittiva delle regole europee sull'accordo quadro, con riferimento all'inciso secondo il quale la quantità delle prestazioni deve essere predeterminata "*se del caso*".

¹⁸ Parere motivato dell'AGCM, AS1271 del 25 febbraio 2016.

¹⁹ Cfr. ordinanza di rimessione alla Corte da parte del Consiglio di Stato, sez. VI, 11 aprile 2017 n. 1690.