



ANCORA SULLE CLAUSOLE DI ADESIONE POSTUMA AD APPALTI E ACCORDI QUADRO

*Michele Cozzio**



TAR Toscana, sez. III, 8 giugno 2017, n. 783

Appalti di servizi - Ristorazione ospedaliera - Clausola di adesione - Estensione del contratto - Servizi aggiuntivi - Limiti - Modifiche sostanziali - Esigenze sopravvenute e imprevedibili - Profilo soggettivo - Violazione par condicio - Segretezza delle offerte

☞ *L'adesione in forza di specifica clausola ad un contratto stipulato da altra amministrazione aggiudicatrice ha come presupposto l'identità dell'oggetto dei due contratti o, comunque, che le prestazioni acquisite attraverso l'estensione siano determinabili in base a criteri trasparenti che possano evincersi dalla stessa lex specialis in modo che nessuna incertezza possa sussistere al riguardo.*

☞ *Appare incompatibile con il modulo della adesione una rinegoziazione delle condizioni contrattuali operata sulla base di scelte discrezionali della stazione appaltante che non siano state oggetto di un previo confronto concorrenziale aperto a tutte le imprese in possesso dei necessari requisiti.*

1. Premessa¹. La sentenza del TAR Toscana è l'ultima di una serie di pronunce rese dal giudice amministrativo di Firenze sull'applicazione della cd. clausola di adesione. La sentenza offre l'occasione per tornare a riflettere sul tema delle adesioni postume ad appalti già aggiudicati (vale a dire gli affidamenti posti in essere attraverso l'adesione agli esiti di una gara bandita da un'altra amministrazione

* Il presente contributo costituisce ripubblicazione dell'articolo dell'Autore nella *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2017, 3, 770 e ss.

¹ Nel contributo sono oggetto di valutazione anche le seguenti decisioni: Consiglio di Stato, sez. III, 4 febbraio 2016 n. 442; TAR Toscana, sez. I, 25 marzo 2015 n. 725; TAR Toscana, sez. III, 6 febbraio 2017 n. 183; Comunicato congiunto AGCM e ANAC, affidamenti di appalti pubblici mediante adesione postuma, 21 dicembre 2016.

per soddisfare esclusivamente le proprie esigenze), prassi che negli ultimi anni è oggetto di crescente attenzione da parte dei giudici interni, delle autorità amministrative indipendenti (2) e della Corte di giustizia (come già rilevato in questa rivista) (3); una prassi, non a caso, il cui impatto economico e sul funzionamento del mercato è estremamente significativo, si consideri che il valore dei contratti affidati *per adesione* ammonta a decine e decine di milioni di euro.

Sul punto si intrecciano, come abbiamo osservato, contrapposte esigenze e interessi: da un lato il *favor* per le forme consorziate o aggregate di acquisto da parte delle amministrazioni, espressione dell'interesse al contenimento finanziario (cd. *spending review*) e, dall'altro lato 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. Vi sono, quindi, almeno due ordini di principi normativi da considerare: la concentrazione ed aggregazione della domanda, da una parte e la libera concorrenza e la parità di trattamento dall'altra.

Vero è, come ricorda il Consiglio di Stato, che "l'estensione del contratto aggiudicato all'esito di regolare gara pubblica è un fenomeno che non contraddice, in sé e automaticamente, le regole della concorrenza, (...) ma costituisce, semmai, una deroga al

² Sul tema vedi il comunicato congiunto dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e dell'Autorità Anticorruzione del 21 dicembre 2016 avente ad oggetto *gli affidamenti di appalti pubblici mediante adesione postuma a gare d'appalto bandite da altra stazione appaltante*; vedi anche la *Relazione annuale* sull'attività svolta nel 2016 dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato pubblicata il 31 marzo 2017, p. 18 e ss. Entrambi i documenti sono disponibili sul portale web dell'Autorità www.anticorruzione.it.

³ M.Cozzio, *Rinvio alla Corte di giustizia sulle clausole di adesione (ad appalti/accordi quadro) senza preventiva esplicita determinazione quantitativa* (osservazioni a Consiglio di Stato, sez. VI, 11 aprile 2017 n. 1690), in *Riv. Trim. App.*, 2017, 2.

principio di perfetta corrispondenza tra singola stazione appaltante e singola gara bandita” (4). È questa una deroga la cui giustificazione si basa sui vantaggi che derivano “dalla progressiva concentrazione delle gare, evitando la loro inutile, inefficiente, antieconomica e, in fin dei conti, dispendiosa - per le Amministrazioni e per le stesse imprese - parcellizzazione tutte le volte in cui esse abbiano caratteristiche soggettive ed oggettive comuni, riguardando enti o plessi amministrativi omogenei e richiedendo beni o prestazioni analoghi, se non identici” (5).

Son tutte motivazioni condivisibili, tuttavia, non va sottaciuto che il meccanismo dell’adesione postuma non è esente da criticità.

Non mi riferisco a quelle segnalate da ANAC e AGCM, nel comunicato congiunto del 21 dicembre 2016, secondo le quali la prassi delle clausole di adesione “deve essere stigmatizzata in quanto potenzialmente”: elusiva dell’obbligo di programmazione delle acquisizioni di cui all’art. 21 d.lgs. 50/2016, e lesiva dei principi che presiedono l’affidamento dei contratti pubblici e della concorrenza.

Mi riferisco, piuttosto, *all’abuso dello strumento* ravvisabile tutte le volte in cui la clausola è utilizzata violando i requisiti di determinatezza, sia sul piano soggettivo che oggettivo, che la legittimano. Ora, quando la violazione è macroscopica (ad es. nel caso di adesione operata dall’amministrazione completamente estranea alla gara e/o alla convenzione a monte della gara) ci si attende l’intervento tempestivo degli organi che vigilano sul mercato ed eventualmente sanzionano (Autorità e giudici). Maggiori difficoltà, invece, sorgono quando la violazione non è subito evidente, ad esempio nei casi in cui l’adesione riguarda prestazioni che: (i) *non risultano perfettamente*

⁴ Sentenza Consiglio di Stato, sez. III, 4 febbraio 2016 n. 442 (pt. 6.8).

⁵ Sentenza Consiglio di Stato, sez. III, 4 febbraio 2016 n. 442 (pt. 6.12).

omogenee a quelle richieste dall'amministrazione che si avvale della clausola di adesione, (ii) *sono analoghe ma non identiche* ... insomma tutte le volte in cui l'amministrazione aderisce al contratto iniziale anche se le prestazioni richieste impedirebbero contratti fotocopia con la conseguenza di rendere necessaria la negoziazione con gara. In altri termini, nei casi in cui l'amministrazione aderente deve proporre all'operatore economico delle *variazioni contrattuali* per assicurarsi beni e servizi idonei alle proprie esigenze.

Orbene, i limiti entro i quali poter legittimamente modificare i termini oggettivi del contratto al quale si aderisce, precisando prestazioni aggiuntive e/o parzialmente diverse, non sono netti.

Aggiungiamo che in numerosi ambiti (pulizie, forniture sanitarie, pasti etc.) se le amministrazioni non partecipano / concorrono alla fase di progettazione dell'appalto originario risulta difficile che l'adesione possa avvenire senza incidere sulle prestazioni richieste. Si consideri, in via esemplificativa, che nel caso di appalti per la fornitura di pasti ci troviamo di fronte a un contratto "*per natura variabile a seconda del soggetto somministrato e, quindi ovviamente modulato singulatim sulle specifiche esigenze delle varie amministrazioni aderenti*" (6) ma non necessariamente le varianti contrattuali comportano una radicale modifica o, comunque, una inammissibile indeterminatezza (e indeterminabilità) delle prestazioni richieste in fase di adesione. Su questo aspetto specifico - dei limiti di modificabilità - verte anche la sentenza che qui si segnala del TAR Toscana 783/2017.

2. La fattispecie riguardava la scelta operata da ESTAR (Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, con funzione di centrale di committenza per la sanità toscana) di avvalersi per l'intera ASL

⁶ Consiglio di Stato, sez. III, 4 febbraio 2016 n. 442 (pt. 11).

Toscana Sud Est della clausola di estensione inserita nei capitolati di gara per la fornitura del servizio di ristorazione ospedaliera da parte di altre ASL operanti sul territorio toscano.

La ASL Toscana Sud Est aveva necessità, inoltre, di ottenere servizi aggiuntivi non previsti nei contratti iniziali, quali il servizio di distribuzione e ritiro dei vassoi al letto del paziente e quello di prenotazione dei pasti con sistema informatizzato. Per questa ragione ESTAR faceva richiesta agli appaltatori di formulare delle offerte economiche in variante al contratto base.

ESTAR ha ritenuto di poter applicare in sede di estensione del contratto la norma sulle varianti contrattuali (art. 311, D.P.R. 207/2010), secondo la quale possono essere richieste, nell'esclusivo interesse della stazione appaltante, varianti, in aumento o in diminuzione, finalizzate al miglioramento o alla migliore funzionalità delle prestazioni oggetto del contratto, a condizione che tali varianti non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della sua stipulazione.

Tale disposizione, come chiarisce il giudice, è il risultato di un delicato bilanciamento fra le regole sulla concorrenza (che impongono la corrispondenza fra l'appalto eseguito e quello messo in gara) e le esigenze sopravvenute della stazione appaltante, che richiedono una modifica del contratto, senza la quale l'interesse che sta alla base della stipula verrebbe ad essere in vario modo frustrato o, comunque, non completamente o proficuamente realizzato.

Presupposto per l'applicazione di questa disposizione è che la variazione del contratto sia richiesta dalla medesima amministrazione

in favore della quale l'aggiudicatario sta svolgendo le prestazioni. *Condicio* che nella fattispecie non è soddisfatta. Il giudice, in particolare, ritiene che l'attenuazione del valore della concorrenza, insito nella variante contrattuale, pur essendo "tollerabile (...) quando la modifica delle condizioni riguarda l'amministrazione con cui il contratto è in corso, non può ugualmente esserlo in una situazione in cui le varianti (da affidare senza gara) potrebbero riguardare una pluralità di amministrazioni interessate ad adattare il medesimo contratto (ancora da stipulare) alle proprie specifiche esigenze".

Per il giudice del TAR Toscana, dunque, se il contratto in adesione è stipulato da altra amministrazione aggiudicatrice risulterebbe rafforzato il vincolo di identità con l'oggetto del contratto iniziale o, quantomeno la necessità che le prestazioni acquisite attraverso l'estensione siano determinabili in base a criteri trasparenti che possano evincersi dalla stessa *lex specialis* (7).

Il giudice, per altro, osserva che gli stessi vincoli sono imposti anche nell'ipotesi in cui la clausola di adesione venisse inquadrata nell'ambito della disciplina sull'accordo quadro, secondo la quale il contenuto dei contratti attuativi (a valle dell'accordo) può essere specificato in una fase successiva ma solo se e nella parte in cui ciò sia espressamente previsto e consentito dai documenti di gara dell'aggiudicazione iniziale. Neppure tale *condicio* nella fattispecie risulterebbe soddisfatta: le prestazioni aggiuntive richieste per soddisfare le esigenze specifiche della ASL Sud Est, infatti, non erano contemplate (nemmeno in via eventuale) dal contratto iniziale.

La scelta di ESTAR di fare riferimento alla disciplina delle varianti contrattuali per individuare i limiti oggettivi di applicabilità della

⁷ Vedi anche TAR Toscana, sez. III, 6 febbraio 2017 n. 183 e Consiglio di Stato, sez. V, 11 febbraio 2014 n. 663.

clausola di adesione si scontra, dunque, con l'interpretazione più rigorosa del giudice amministrativo.

Sul tema pende, come abbiamo ricordato, un rinvio pregiudiziale della Corte di giustizia, dalla quale ci si attendono chiarimenti in ordine alla *necessaria preventiva determinatezza* dei contenuti dei contratti, specie con riferimento alla formula letterale - *se del caso* - utilizzata dalla direttiva 2014/24/UE.

Tali chiarimenti potrebbero riservare 'delle sorprese', atteso il *favor* che la nuova direttiva opera con riferimento alla possibilità di modificare *i contratti e gli accordi quadro* durante il periodo di validità (art. 72, dir. 2014/24/UE), come si evince anche nei considerando che riportiamo:

- considerando 107. È necessario precisare, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, le condizioni alle quali le modifiche di un contratto durante la sua esecuzione richiedono una nuova procedura di appalto. La nuova procedura d'appalto è necessaria quando sono apportate modifiche sostanziali al contratto iniziale, in particolare all'ambito di applicazione e al contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti, inclusa la distribuzione dei diritti di proprietà intellettuale. Tali modifiche dimostrano l'intenzione delle parti di rinegoziare elementi essenziali o condizioni del contratto in questione. Ciò si verifica in particolare quando le condizioni modificate avrebbero inciso sul risultato della procedura di base nel caso in cui fossero già state parte della procedura iniziale. A tal fine e allo scopo di garantire la certezza giuridica, la presente direttiva dovrebbe prevedere soglie «de minimis», al di sotto delle quali non è necessaria una nuova procedura di appalto. Le modifiche contrattuali al di sopra di tali soglie dovrebbero essere possibili senza necessità di una nuova

procedura di appalto nella misura in cui soddisfino le pertinenti condizioni previste dalla presente direttiva;

- considerando 108. Le amministrazioni aggiudicatrici possono trovarsi di fronte a situazioni in cui si rendono necessari lavori, forniture o servizi supplementari; in tali casi può essere giustificata una modifica del contratto iniziale senza una nuova procedura di appalto, in particolare quando le consegne complementari siano destinate o al rinnovo parziale oppure all'ampliamento di servizi, forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obblighi l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare materiali, lavori o servizi con caratteristiche tecniche differenti il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate;
- considerando 109. Le amministrazioni aggiudicatrici si trovano a volte ad affrontare circostanze esterne che non era possibile prevedere quando hanno aggiudicato l'appalto, in particolare quando l'esecuzione dell'appalto copre un periodo lungo. In questo caso è necessaria una certa flessibilità per adattare il contratto a tali circostanze, senza ricorrere a una nuova procedura di appalto. Il concetto di circostanze imprevedibili si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile. Tuttavia, ciò non si applica qualora una modifica comporti una variazione della natura generale dell'appalto, ad esempio sostituendo i lavori, le forniture o i servizi oggetto dell'appalto con qualcosa di diverso, oppure comporti un cambiamento sostanziale del tipo di appalto poiché, in una

situazione di questo genere, è possibile presumere un'influenza ipotetica sul risultato.