

La revisione dei prezzi negli appalti dei settori speciali e le nuove modalità di proposizione delle domande pregiudiziali

di *Giacomo Mannocci*

Title: The European Court intervenes on the revision of prices in the contracts of the special sectors and on the new procedures for proposing the preliminary questions

Keywords: Reference for a preliminary ruling; Obligation to review prices; Public procurement.

1. – La sentenza in commento (Corte giustizia Unione Europea, Sez. IX, Sent., 19.4.2018, n. 152/17) è interessante per un duplice aspetto: per quanto concerne il merito, interviene sull'annosa questione della revisione dei prezzi negli appalti pubblici relativi ai settori speciali, che era sorta sotto la vigenza del Codice degli appalti del 2006 (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163); per quanto riguarda il rito, la sentenza fornisce dei primi criteri applicativi sulle modalità di remissione alla Corte di Giustizia delle questioni pregiudiziali da parte dei Giudici nazionali di ultima istanza, alla luce della nuova Raccomandazione del 25 novembre 2016.

Il contenzioso trae origine dalle modalità di esecuzione di un contratto di appalto con cui la Rete Ferroviaria Italiana aveva affidato ad una società il servizio di pulizia, di mantenimento del decoro dei locali e di altre aree aperte al pubblico delle stazioni ferroviarie della Sardegna, appartenenti al Compartimento di Cagliari. Il contratto non prevedeva la possibilità di modificare il prezzo pattuito, in deroga a quanto previsto dall'art. 1664 del codice civile, secondo cui in presenza di cause imprevedibili, è possibile riconoscere un aumento per la parte eccedente il decimo del prezzo complessivo originariamente concordato. In alternativa, si sarebbe potuto applicare l'art. 115 del previgente Codice dei Contratti se si fosse trattato di un appalto ordinario. In realtà, avendo ad oggetto la pulizia di strutture ferroviarie, si rientra nell'ambito dei "settori speciali" (allora disciplinati negli artt. 206 - 238 del d.lgs. n. 163/2006) che nulla prevedeva.

Durante l'esecuzione del contratto, la società appaltatrice ha convenuto in giudizio la stazione appaltante perché questa aveva respinto la sua richiesta di modificare il prezzo dell'appalto precedentemente concordato affinché si tenesse conto di un incremento dei costi contrattuali dovuto all'aumento delle spese per il personale. Non potendo invocare la disposizione civilistica sull'imprevedibilità dei nuovi costi di servizio, la società appaltatrice riteneva comunque di aver diritto ad un maggior introito perché – comunque – si trattava di una prestazione a carattere periodico e continuato.

Il Giudice di prime cure ha però respinto il ricorso sostenendo la legittimità del comportamento della stazione appaltante sulla base del presupposto che l'art. 115 del previgente Codice dei Contratti, non si applicava agli appalti relativi ai settori speciali (Sentenza T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, Sent., 11 aprile 2014, n. 433). Infatti, in fase di esecuzione, una delle differenze più importanti tra il settore ordinario e quelli speciali

riguardava la revisione del prezzo. Con riguardo a questi ultimi, non si poteva invocare l'art. 115 del Codice secondo cui *“tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo”*, in quanto lo stesso Codice ne escludeva espressamente l'applicazione.

La società appaltatrice ha però impugnato la sentenza *de quo* con una duplice argomentazione: in primo luogo contestava che il servizio di pulizia di una stazione ferroviaria rientrasse nel novero degli appalti afferenti ai settori speciali giacché tale attività è sempre la stessa, indipendentemente dal soggetto che ne beneficia; in ogni caso, la società ricorrente sosteneva che l'esclusione della revisione del prezzo negli appalti del settore speciale era da ritenersi irragionevole, ponendosi in contrasto con la normativa euro unitaria ed in particolare col principio della coesione economica (art. 3, par. 3 del TUE), con la libera circolazione delle merci e dei servizi (artt. 26, 56-58 del TFUE) e con la libertà di impresa (art. 16 della Carta Europea dei diritti fondamentali).

Quanto al primo aspetto sollevato – l'inapplicabilità della normativa sui settori speciali –, va osservato che si poneva in evidente contrasto con la prevalente e consolidata giurisprudenza amministrativa sul punto: già dal 2011 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato aveva chiarito che il criterio per determinare se un appalto rientri o meno nel settore speciale è quello finalistico. Bisogna cioè verificare se l'attività dell'appalto, pur di tipo ordinario, è funzionale all'attività oggetto del settore speciale. Quindi, se l'attività di pulizia riguarda una stazione, un porto, un aeroporto, è attratta nella normativa concernente gli appalti di questi ultimi. L'Adunanza Plenaria ha infatti statuito che *“l'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale”*; e ciò per effetto dell'art. 217, d.lgs. n. 163/2006 (che riproduce fedelmente l'art. 20, direttiva 2004/17/CE), *“a tenore del quale la disciplina dei settori speciali non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli articoli da 208 a 213 o per l'esercizio di tali attività in un Paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno della Comunità”*. (Ad. Plen. Consiglio di Stato, Sentenza 1° agosto 2011, n. 16). Tale principio si è consolidato proprio con riguardo specifico ai servizi di pulizia: nel 2011 e successivamente nel 2015, Palazzo Spada ha affermato che *“posta la previsione dei servizi di pulizia degli edifici e di gestione delle proprietà immobiliari negli allegati di entrambe le direttive europee (n. 17/2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, e n. 18/2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi), l'assoggettabilità dell'affidamento del servizio di pulizia alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità della pulizia all'attività speciale. Detto altrimenti, la pulizia rientra nella normativa dei settori speciali quando è funzionale a detta attività, il che si verifica qualora si tratti di proprietà immobiliari ed edifici che costituiscano parte integrante delle reti di produzione, distribuzione e trasporto indicate negli articoli 208 e ss. del d. lgs. n. 163 del 2006”* (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 13 maggio 2011, n. 2919; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 9 marzo 2015, n. 1192).

Nel ricorso in appello, non potendo sostenere efficacemente che l'appalto *de quo* non rientrasse nella normativa speciale, la società appaltatrice ha sollevato dubbi sulla legittimità della normativa nazionale rispetto alla Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (come modificata dal regolamento UE n. 1251/2011 della Commissione, del 30 novembre 2011), sia sulla compatibilità della stessa Direttiva coi principi euro unitari, sanciti dai Trattati.

Nell'Ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia (Consiglio di Stato, Sez. IV, 22/3/2017, n. 1297), il Consiglio di Stato sembra però non condividere nessuna delle tesi degli appellanti: richiamando anzitutto la giurisprudenza consolidata sul punto, ritiene che non sussistano dubbi sul fatto che l'appalto rientri nell'alveo del settore speciale sia per la natura dell'Ente appaltante (Rete Ferroviaria Italiana) sia per la natura del servizio (la pulizia delle stazioni sarde). Pertanto non è possibile applicare l'art. 115 del d.lgs. n. 163/2006 relativo alla revisione del prezzo nei contratti caratterizzati da prestazioni periodiche e continuative nei settori ordinari, in virtù di quanto stabilito dal successivo art. 206 che indica tassativamente le disposizioni del settore ordinario che trovano applicazione nei settori speciali: tra queste non c'è l'art. 115. Quindi la pretesa dovrebbe essere infondata; tuttavia il Collegio – in quanto giudice nazionale di ultima istanza – ritiene di dover adire la Corte di Giustizia per verificare se la normativa italiana sull'impossibilità di rivedere i prezzi nelle prestazioni periodiche degli appalti speciali sia conforme o meno alla normativa euro unitaria.

In realtà, era stata addirittura sollevata dagli appellanti una questione di legittimità costituzionale in merito all'inapplicabilità dell'art. 115 ai settori speciali per contrasto con l'art. 3 della Costituzione. Sul punto, laconicamente, il Consiglio di Stato si è limitato ad affermare di condividere in toto le argomentazioni addotte dal Giudice di Prime Cure che aveva respinto la richiesta sostenendo che *“la questione di legittimità costituzionale deve ritenersi manifestamente infondata, in considerazione della peculiarità e specialità degli appalti rientranti nei “settori speciali” che, in presenza dei necessari presupposti soggettivi e oggettivi normativamente previsti, obiettivamente si differenziano dalla generalità degli appalti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari, di cui alla parte II del Codice dei contratti pubblici, e sono oggetto di specifica apposita normativa di cui alla parte III del Codice stesso”* (T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, Sent., (ud. 14/05/2014) 11 aprile 2014, n. 433).

La Corte di Giustizia osserva preliminarmente che la Direttiva 2014/17 non impone agli Stati membri alcun obbligo specifico di prevedere disposizioni che impongano all'ente aggiudicatore di concedere alla propria controparte contrattuale una revisione al rialzo del prezzo originario dopo l'aggiudicazione dell'appalto. Addirittura, la Corte di Lussemburgo sembra considerare negativamente l'ipotesi di un rialzo del prezzo rispetto a quanto originariamente pattuito perché potrebbe porsi in contrasto con il principio di parità di trattamento e il conseguente obbligo di trasparenza che ne deriva (art. 10 della Direttiva). Non bisogna, infatti, dimenticare che il prezzo dell'appalto costituisce un elemento di grande rilievo nella valutazione delle offerte da parte dell'Ente aggiudicatore, così come nella decisione di quest'ultimo di attribuire l'appalto a un determinato operatore: modificare il prezzo *ex post* potrebbe infatti alterare la concorrenza se tale aspetto non è espressamente previsto dalla legge o dal bando di gara e, quindi, conosciuto *ex ante*. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, *“una modifica sostanziale di un appalto pubblico dopo la sua aggiudicazione non può essere apportata in via di trattativa privata tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario, ma deve dare luogo a una nuova procedura di aggiudicazione vertente sull'appalto così modificato (v., per analogia, sentenza del 13 aprile 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, punto 42). Diverso sarebbe soltanto se tale modifica fosse stata prevista dalle clausole dell'appalto iniziale (v., in tal senso, sentenza del 19 giugno 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punti 37, 40, 60, 68 e 69)”*. (Corte giustizia Unione Europea Sez. VIII, 07 settembre 2016, n. 549/14)

Proprio per questo motivo, l'eventuale modifica del prezzo pattuito nell'appalto dovrebbe essere espressamente disciplinata nel bando con l'esplicita indicazione dei presupposti di quando e come a tale rialzo si può dar luogo: prevedendo esplicitamente tale facoltà e fissandone le modalità di applicazione in detti documenti, l'Amministrazione aggiudicatrice garantisce che tutti gli operatori economici interessati a partecipare a tale appalto ne siano a conoscenza fin dall'inizio e si trovino pertanto su un piede di parità nel momento della formulazione dell'offerta (Corte giustizia, Sez. VI, Sent. 29 aprile 2004).

Nella sentenza in commento, la Corte ritiene pertanto che le modifiche al prezzo concordato, anche se dovute a circostanze impreviste al momento dell'appalto, alterino la concorrenza se non sono state previste dal bando: del resto, gli imprevisti costituiscono una caratteristica essenziale del rischio di impresa. Ne consegue a giudizio della Corte, che *“la direttiva 2004/17 e i principi generali ad essa sottesi devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a norme di diritto nazionale che non prevedono la revisione periodica dei prezzi dopo l'aggiudicazione di appalti rientranti nei settori considerati da tale direttiva”*. (Corte giustizia Unione Europea, Sez. IX, Sent., 19.4.2018, n. 152/17).

La Corte non ha invece esaminato la seconda questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato e precisamente se la Direttiva 2004/17 sia conforme ai principi dell'Unione Europea (in particolare, agli articoli 3, co. 1 TUE, 26, 56/58 e 101 TFUE, art. 16 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), *“per l'ingiustizia, la sproporzionalità, l'alterazione dell'equilibrio contrattuale e, pertanto, delle regole di un mercato efficiente”* (Consiglio di Stato, Sez. IV, 22/3/2017, n. 1297). La domanda pregiudiziale è ritenuta irricevibile perché per i Giudici Europei è palese che si tratti di una questione meramente ipotetica che non ha alcuna attinenza con il procedimento giudiziario a quo dal momento che la Corte ha già affermato che la Direttiva non impone al legislatore nazionale di prevedere un obbligo di revisione del prezzo di un appalto afferente ad un settore speciale quando nulla disponga in merito il bando di gara.

Per completezza va osservato che la sentenza in commento riguarda un'ipotesi che non è più prevista: il legislatore italiano, nell'emanare il nuovo Codice dei Contratti pubblici con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ha stabilito espressamente di estendere l'applicabilità della disciplina sulla revisione dei prezzi in esso contenuta anche con riguardo ai settori speciali. L'art. 106 del nuovo Codice stabilisce che la revisione periodica dei prezzi dopo l'aggiudicazione dell'appalto non è obbligatoria per legge – come nella previgente disciplina dettata dal d.lgs. 163/2006 solamente per i settori ordinari – ma opera solo se prevista dai documenti di gara. Ciò vale per tutti gli appalti senza alcuna eccezione. Secondo l'art. 106 comma 1, i contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento se le modifiche sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise ed inequivocabili di revisione dei prezzi (allo stesso modo delle forniture). Le clausole non devono alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro, ma devono quantificare e definire le modifiche facendo riferimento alla variazione dei prezzi e dei costi standard, ove definiti. Pertanto sia la decisione se ricorrere o meno alla procedura della revisione dei prezzi, sia i meccanismi di revisione del prezzo sono determinati dalla stazione appaltante, che deve darne evidenza nei documenti di gara. La variazione di prezzo in aumento o in diminuzione avviene nel rigoroso rispetto dei limiti di legge: deve essere valutata sulla base dei prezzari di riferimento e si applica una franchigia del 10%; è possibile infatti variare il prezzo solo per l'eccedenza in aumento o in diminuzione rispetto al 10% del prezzo originario e nella misura pari alla metà dell'eccedenza. Questi limiti si applicano solo ai lavori e non alla forniture.

Il Consiglio di Stato ha già citato diverse volte la sentenza della Corte di Giustizia, al di là del caso concreto. Ad esempio, intervenendo sulla disciplina da applicare *ratione temporis* alla revisione dei prezzi nei settori ordinari: nella sentenza n. 3768 del 19 giugno 2018, la sezione terza ha citato le argomentazioni della Corte di Giustizia nell'intervenire sull'inapplicabilità – vigente il nuovo Codice degli appalti di cui la d. lgs. n.- 50/2016 – della giurisprudenza sulla natura imperativa e sull'inserimento automatico delle clausole relative alla revisione prezzi e alla loro sostituzione delle clausole contrattuali difformi nei settori ordinari.

La sentenza in commento è interessante da analizzare non solo perché fornisce i criteri, alla luce delle nuove Raccomandazioni procedurali del 2016, cui i Giudici nazionali devono attenersi nel porre le questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia ma

soprattutto perché essa contiene delle evidenti critiche all'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato.

Infatti, la Corte di Giustizia – pur fornendo, alla fine, a Palazzo Spada i criteri cui attenersi per la risoluzione della controversia che ha scaturito la pronuncia – non manca di indicare puntualmente i motivi per i quali gran parte delle questioni sottoposte alla sua attenzione sono irricevibili. In primo luogo fa presente che l'ordinanza di rinvio non rispetta pienamente i criteri per la proposizione delle domande pregiudiziali, previsti dall'art. 94 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia, (Gazzetta Ufficiale L 265 del 29.9.2012) e successive modifiche, e non rispetta le indicazioni contenute nelle Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale (2016/C 439/01).

La Corte lamenta al giudice remittente di non aver fornito “alcuna spiegazione in merito alla rilevanza dell'interpretazione dell'articolo 3, paragrafo 3, TUE, nonché degli articoli 26, 57, 58 e 101 TFUE per la soluzione della controversia nel procedimento principale”; in sostanza, la Corte contesta al Consiglio di Stato di non aver argomentato, o quanto meno illustrato, i motivi che lo hanno indotto a interrogarsi sull'interpretazione o sulla validità di determinate disposizioni del diritto dell'Unione, nonché il collegamento che esso ritenga sussistere tra le disposizioni europee e la normativa nazionale applicabile alla causa principale (punto n. 15 delle Raccomandazioni). Per la Corte non è infatti sufficiente un'illustrazione sommaria dell'oggetto della controversia nonché dei fatti rilevanti, ma occorre che il Giudice nazionale motivi adeguatamente quali siano secondo lui le circostanze che rendono la normativa euro unitaria contraria ai principi contenuti nei Trattati, sulla base del caso concreto sottoposto alla sua attenzione.

Ma non è tutto. La Corte contesta velatamente il fatto che il Giudice del rinvio non abbia indicato esplicitamente il valore dell'appalto, elemento necessario per comprendere se superi la soglia rilevante di applicazione della direttiva 2004/17, fissata a EUR 400 000 ai sensi dell'articolo 16, lettera a).

In realtà tale, specifica contestazione, non appare del tutto condivisibile in quanto la normativa italiana impone al ricorrente di indicare espressamente il valore della controversia al momento della proposizione del ricorso introduttivo dinanzi al TAR ai sensi degli artt. 9 e seguenti del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 recante il Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia. Quindi, la Corte conosceva con certezza il valore della controversia (e non solo presuntivamente) perché il punto 20 delle Raccomandazioni ai giudici nazionali del 2016 impone che la domanda sia accompagnata da tutti i documenti pertinenti e, in particolare, dalle coordinate precise delle parti del procedimento principale e dei loro eventuali rappresentanti, nonché dal fascicolo del procedimento principale o da una copia del medesimo. Tale fascicolo (o una sua copia) viene conservato per tutta la durata del procedimento nella cancelleria, presso la quale, salvo indicazioni contrarie del giudice del rinvio, potrà essere consultato dagli interessati. È del tutto evidente che il fascicolo contiene necessariamente il ricorso introduttivo.

Le critiche più severe all'ordinanza di rinvio riguardano però un altro aspetto: il Giudice remittente si interroga sulla legittimità di una Direttiva euro unitaria senza indicare tuttavia in modo preciso e puntuale quali siano i punti controversi di essa rispetto ai principi di cui si teme la lesione.

Nel caso in esame, il Consiglio di Stato si è infatti limitato ad affermare che la Direttiva 2014/17 potrebbe ledere le regole di un mercato efficiente: nella parte motiva dell'Ordinanza, non si rinviene però alcuna giustificazione a tale grave affermazione ed è per questo motivo che la Corte di giustizia ha ritenuto irricevibile la domanda pregiudiziale così come formulata. A tal proposito, è stato rilevato che si tratta di una mera ipotesi, non suffragata da concreti elementi di fatto o di diritto. Il timore espresso dalla Corte riguarda il rischio che si ponga in dubbio la legittimità della normativa euro unitaria senza un'adeguata ponderazione da parte dei giudici nazionali. Emerge quindi il ruolo di ulteriore filtro da parte della Corte, proprio per non pregiudicare l'importanza

dello strumento del rinvio pregiudiziale. I Giudici di Lussemburgo spronano perciò i giudici nazionali ad essere esaustivi, chiari e a fornire per primi loro stessi delle considerazioni giuridiche sulla possibile lesione dell'ordinamento da parte di una fonte euro unitaria; ricordano pertanto che “secondo una costante giurisprudenza della Corte, nell'ambito della cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali, la necessità di pervenire a un'interpretazione del diritto dell'Unione che sia utile per il giudice nazionale impone che quest'ultimo rispetti scrupolosamente i requisiti relativi al contenuto di una domanda di pronuncia pregiudiziale e indicati in maniera esplicita all'articolo 94 del regolamento di procedura della Corte, i quali si presumono noti al giudice del rinvio.”

La seconda domanda pregiudiziale non sarebbe stata comunque esaminata perché a giudizio della Corte interrogarsi sulla legittimità della Direttiva non era rilevante ai fini della risoluzione della controversia originaria perché è una scelta del legislatore nazionale non prevedere – in caso di circostanze sopravvenute e imprevedibili – la revisione del prezzo originario di un appalto, stipulato in un settore speciale. Siccome la Corte ha accertato che tale facoltà rientra nell'ambito degli Stati e che si tratta di una scelta politica non in contrasto con la Direttiva 2004/17, quest'ultima diviene irrilevante ai fini della risoluzione della controversia: non vi sono, di conseguenza, più i presupposti per un intervento dei Giudici europei. Per costante giurisprudenza, qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione di una norma dell'Unione Europea o il giudizio sulla sua validità, chiesti dal giudice nazionale, non hanno alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della controversia relativa al procedimento principale o qualora il problema sia di natura ipotetica, è necessario respingere la domanda presentata in quanto irricevibile (*ex plurimis*, Corte giustizia Unione Europea Grande Sez., Sent., 28 marzo 2017, n. 72/15; Corte giustizia Unione Europea Grande Sez., Sent., 15/11/2016, n. 258/15).

La sentenza del 19 aprile 2018 è importante – al di là del merito della controversia che l'ha originata relativa al settore speciale degli appalti pubblici – proprio perché essa offre delle indicazioni pratiche sul modo con cui la Corte esamina il contenuto della domanda pregiudiziale ed esercita quindi un primo filtro delle questioni sottoposte alla sua attenzione.