

CONTRATTI DELLA P.A.: TAR Sicilia, Catania, Sezione Seconda, Sentenza 26 aprile 2023, n. 1366, in urbanistica ed Appalti n. 5/2023, pag. 634: “Immodificabilità della convenzione concessoria e primazia della *lex specialis*. Un nuovo canone ermeneutico?”, di F. Muzzati.

1.- Contratti della P.A. - Bando di gara - Superamento dal successivo accordo - Possibilità di introdurre indicazioni integrative - Sussistenza.

2. -Contratti della P.A. - Bando di gara - Superamento dal successivo accordo - Possibilità di introdurre modifiche effettivamente sostanziali - Impossibilità - Ragioni.

3. - Contratti della P.A. - Bando di gara - Superamento dal successivo accordo - Rifiuto delle nuove condizioni da parte dell’aggiudicatario -Possibilità -Limiti.

1. Il bando di gara può essere definitivamente superato, per effetto dell’esaurimento della sua funzione, dal successivo accordo, in quanto nei contratti della Pubblica Amministrazione conclusi all’esito di procedimenti ad evidenza pubblica la stipulazione non costituisce una mera riproduzione o ripetizione del negozio già formatosi per effetto dell’aggiudicazione e può quindi introdurre indicazioni integrative, volte a precisare aspetti anche rilevanti del rapporto.

2. Il contratto non può introdurre modifiche effettivamente sostanziali, tanto nel caso in cui le nuove condizioni siano più favorevoli all’aggiudicatario, quanto nel caso in cui esse risultino più gravose. Ciò per evidenti ragioni: a) il contenuto del contratto non può vanificare la *ratio* e la finalità della procedura di evidenza pubblica e il suo oggetto non può tramutarsi in qualcosa di sostanzialmente dissimile da quanto ha formato oggetto della procedura selettiva cui i candidati hanno partecipato confidando nella *par condicio*; b) l’aggiudicatario non può essere costretto ad accollarsi oneri non valutati al momento dell’offerta e che incidano in modo significativo sulla remunerazione del rapporto.

3. L’aggiudicatario ha certamente il diritto di rifiutare le nuove condizioni che l’Amministrazione intende imporre, ma, nel caso in cui tali modifiche siano accettate, e dunque l’aggiudicatario provveda alla sottoscrizione del contratto, questi, come affermato dalla Suprema Corte nella pronuncia che è stata indicata, risulta vincolato alle condizioni risultanti dal contratto stipulato.

Visti tutti gli atti della causa e le difese delle parti, come in atti o da verbale;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 20 aprile 2023 il dott. Daniele Burzichelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha chiesto: a) dichiararsi l’obbligo del Comune di Taormina di prorogare per un quinquennio la concessione dell’immobile di proprietà comunale denominato “Casa di Riposo Carlo Zuccaro”, destinato all’espletamento di servizi socio-assistenziali per le persone, di cui al contratto stipulato in data 25 settembre 2018; b) dichiararsi l’obbligo del Comune di far decorrere il quinquennio iniziale di durata dalla stipula del contratto; c) condannarsi il Comune a disporre la proroga del rapporto per un ulteriore quinquennio dalla scadenza del primo; d) disapplicarsi o annullarsi la nota in data 4 maggio 2022 del Comune di Taormina con cui è stata denegata la proroga

del rapporto di concessione per l'ulteriore quinquennio ed è stata preannunciata l'indizione di apposta gara per l'aggiudicazione della concessione; e) condannarsi il Comune a risarcire il danno.

Il Comune ha negato il rinnovo, osservando che: a) una volta conclusa la fase amministrativa preordinata alla scelta del contraente, il rapporto tra l'appaltatore e l'Amministrazione committente è assoggettato esclusivamente alle condizioni risultanti dal contratto sottoscritto dalle parti; b) è al contratto quindi che occorre far riferimento ai fini dell'individuazione degli obblighi dell'appaltatore; c) il contratto escludeva la possibilità di proroga (e, comunque il termine andrebbe computato dalla consegna anticipata del bene e non dalla stipula del contratto).

Il contenuto dei motivi di gravame può sintetizzarsi come segue: a) il bando di gara ha stabilito (punto 4.5) che "la durata della concessione è fissata in cinque anni, con decorrenza dalla data di stipula del contratto, con possibilità di rinnovo per ulteriori cinque anni qualora la normativa vigente al momento del rinnovo lo consenta"; b) la convenzione non contempla la possibilità di proroga, ma il contratto ha forza inferiore rispetto al bando, come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza; c) è irrilevante che il contratto sia stato sottoscritto dalla Cooperativa, poiché ciò non lo rende immune dalla nullità scaturente dal contrasto con l'atto autoritativo e con la legge che sancisce la subordinazione del primo al secondo; d) va, poi, disapplicata o annullata la nota in data 4 maggio 2022 e va dichiarata nulla la clausola contrattuale che nega la possibilità di proroga.

Con ordinanza n. 83/2023 in data 13 febbraio 2023 il Tribunale ha accolto la domanda cautelare della ricorrente, riconoscendo la sussistenza del cosiddetto *fumus boni juris* e osservando che occorre, comunque, *approfondire nell'opportuna sede di merito la circostanza che nel caso in esame non veniva in rilievo un contratto di appalto stipulato a seguito di una procedura di affidamento, ma il cosiddetto "contratto" accessivo al provvedimento concessorio, cioè un atto che sembra doversi qualificare quale accordo ex art. 11 della legge n. 241/1990, in quanto tale non interamente parificabile al vero e proprio contratto - di natura squisitamente privatistica - che segue la procedura di affidamento di un appalto.*

Con memoria in data 15 marzo 2023 la ricorrente ha osservato, in sintesi, quanto segue: a) l'evoluzione normativa - con particolare riferimento alla disciplina di cui al decreto legislativo n. 50/2016 - ha sostanzialmente riconosciuto l'identità di natura fra le concessioni e gli appalti; b) alla "concessione" vanno, quindi, applicati i noti principi in ordine al rapporto tra "bando" e "contratto", con conseguente riconoscimento della non modificabilità del primo ad opera del secondo, come risulta dagli artt. 106 e 175 del decreto legislativo n. 50/2016; c) dalle previsioni indicate risulta che possono introdursi modifiche al contratto quando, nel caso di appalto, emergano fatti imprevisti o si contemplino variazioni non sostanziali e, nel caso di concessioni, quando emergano esigenze relative all'interesse esclusivo del concessionario; d) sicché, pur ammettendosi, per assurda ipotesi,

l'estensione al "bando" della disciplina che è stata appena contemplata, mancherebbero nella specie le condizioni legittimanti una modifica.

Nella pubblica udienza in data odierna la causa è stata trattenuta in decisione.

Il Collegio osserva quanto segue.

La Suprema Corte (Cassazione Civile, I, 13 ottobre 2014, n. 21592) ha ammesso la possibilità che il contratto stipulato abbia un contenuto diverso rispetto alla legge di gara, affermando che, una volta conclusa la fase amministrativa preordinata alla scelta del contraente, disciplinata dalle regole dell'evidenza pubblica, il rapporto tra l'appaltatore (o il concessionario) e l'Amministrazione committente è assoggettato esclusivamente alle condizioni risultanti dal contratto sottoscritto dalle parti.

In questa prospettiva, pertanto, il bando di gara può essere definitivamente superato, per effetto dell'esaurimento della sua funzione, dal successivo accordo, in quanto nei contratti della Pubblica Amministrazione conclusi all'esito di procedimenti ad evidenza pubblica la stipulazione non costituisce una mera riproduzione o ripetizione del negozio già formatosi per effetto dell'aggiudicazione e può quindi introdurre indicazioni integrative, volte a precisare aspetti anche rilevanti del rapporto.

Tuttavia, come precisato dalla Suprema Corte, il contratto non può introdurre modifiche effettivamente sostanziali, tanto nel caso in cui le nuove condizioni siano più favorevoli all'aggiudicatario, quanto nel caso in cui esse risultino più gravose.

Ciò per evidenti ragioni: a) il contenuto del contratto non può vanificare la *ratio* e la finalità della procedura di evidenza pubblica e il suo oggetto non può tramutarsi in qualcosa di sostanzialmente dissimile da quanto ha formato oggetto della procedura selettiva cui i candidati hanno partecipato confidando nella *par condicio*; b) l'aggiudicatario non può essere costretto ad accollarsi oneri non valutati al momento dell'offerta e che incidano in modo significativo sulla remunerazione del rapporto.

In questo caso l'aggiudicatario ha certamente il diritto di rifiutare le nuove condizioni che l'Amministrazione intende imporre, ma, nel caso in cui tali modifiche siano accettate, e dunque l'aggiudicatario provveda alla sottoscrizione del contratto, questi, come affermato dalla Suprema Corte nella pronuncia che è stata indicata, risulta vincolato alle condizioni risultanti dal contratto stipulato.

Sulla scorta delle considerazioni esposte il Collegio deve modificare la valutazione espressa in sede cautelare e concludere nel senso del rigetto del ricorso.

Nulla deve disporsi quanto alle spese di lite, poiché l'Amministrazione intimata non si è costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Staccata di Catania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, lo rigetta e compensa fra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente, Estensore

Salvatore Accolla, Referendario

Emanuele Caminiti, Referendario