

Con sentenza del 7 dicembre 2023, relativa alle cause riunite C-441/22 e C-443/22, la decima sezione della CGUE si è pronunciata in materia di appalto pubblico, definendo i criteri interpretativi del par. 1 - lett. c), i) e lett. e) - e del par. 4 dell'art. 72 Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 («Direttiva 2014/24»), intitolato «Modifica di contratti durante il periodo di validità».

L'art. 2, par. 1 della Direttiva 2014/24 definisce l'«appalto pubblico» come un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici (v. punto 5) e i termini «scritto» o «per iscritto» come qualsiasi insieme di parole o di cifre che può essere letto, riprodotto e poi comunicato, comprese informazioni trasmesse e archiviate con mezzi elettronici (v. punto 18).

Secondo il considerando 58 della direttiva, in una procedura di appalto, gli elementi essenziali - i documenti di gara, le richieste di partecipazione, le conferme di interesse e le offerte - dovrebbero sempre rispettare la forma scritta; la comunicazione orale con operatori economici, tuttavia, dovrebbe rimanere possibile purché il suo contenuto sia sufficientemente documentato.

Alla luce del par. 1, lett. e) dell'art. 72 della direttiva, i contratti e gli accordi quadro possono essere modificati senza una nuova procedura d'appalto se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali secondo il disposto del paragrafo 4.

L'art. 72 § 4 della direttiva chiarisce quindi che «[u]na modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua validità è considerata sostanziale ai sensi del paragrafo 1, lettera e), quando muta sostanzialmente la natura del contratto o dell'accordo quadro rispetto a quello inizialmente concluso». Il considerando 107 di tale direttiva aggiunge che le modifiche apportate al contratto sono considerate sostanziali qualora «dimostrano l'intenzione delle parti di rinegoziare elementi essenziali o condizioni del contratto in questione». Ne consegue che, in linea di principio, una modifica sostanziale ha natura consensuale. L'intenzione di rinegoziare le condizioni dell'appalto può essere rivelata anche in forme diverse da un accordo scritto vertente espressamente sulla modifica interessata: una volontà comune di procedere alla modifica di cui trattasi può altresì essere dedotta, infatti, da altri elementi scritti provenienti dalle parti. Un'interpretazione contraria delle disposizioni sopra menzionate faciliterebbe l'elusione delle norme relative alla modifica di appalti in corso, consentendo all'amministrazione aggiudicatrice e all'aggiudicatario, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, di apportare alle disposizioni dell'appalto modifiche tali da rendere le sue caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale; tali condizioni dovrebbero invece essere enunciate in modo trasparente nei documenti di appalti pubblici presumendosi applicabili allo stesso modo a tutti i potenziali offerenti al fine di garantire una concorrenza leale e non falsata sul mercato e il rispetto dei principi di trasparenza delle procedure e di parità di trattamento degli offerenti.

Occorre tuttavia ricordare che, dal combinato disposto dell'art. 72, par. 1, lett. c), i) e del considerando 109 della Direttiva 2014/24, è possibile modificare un appalto senza una nuova procedura di aggiudicazione di appalto qualora «la necessità di modifica è determinata da circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice diligente non ha potuto prevedere».

Le circostanze imprevedibili sono circostanze esterne che l'amministrazione aggiudicatrice, pur avendo dato prova di ragionevole diligenza nella preparazione dell'appalto iniziale, non poteva prevedere al momento dell'aggiudicazione dell'appalto (v. considerando 109 della Direttiva 2014/24).

Qualora sussistano, invece, circostanze prevedibili per un'amministrazione aggiudicatrice diligente, essa può avvalersi della possibilità, conformemente all'art. 72 § 1, lett. a), di prevedere espressamente, nei documenti che disciplinano la procedura di aggiudicazione e nel contratto iniziale di appalto pubblico, clausole di riesame in forza delle quali le

condizioni di esecuzione di tale contratto potranno essere adattate, in caso di sopravvenienza dell'una o dell'altra circostanza specifica, garantendo in questo modo che tutti gli operatori economici che desiderino partecipare all'appalto ne siano a conoscenza fin dall'inizio, a tutela del principio di parità nel momento della formulazione dell'offerta. La diligenza di cui deve aver dato prova l'amministrazione aggiudicatrice per potersi avvalere di tale disposizione richiede segnatamente che quest'ultima abbia preso in considerazione, nella preparazione dell'appalto pubblico in questione, i rischi di superamento del termine di esecuzione dovuti a cause di sospensione prevedibili, quali le condizioni meteorologiche abituali nonché i divieti regolamentari di esecuzione di lavori pubblicati in anticipo e applicabili per un periodo compreso nel periodo di esecuzione di detto appalto. Le condizioni meteorologiche e i divieti regolamentari non possono essere considerati idonei a giustificare l'esecuzione dei lavori oltre il termine fissato in tali documenti nonché nel contratto iniziale di appalto pubblico qualora non siano stati previsti nei documenti che disciplinano la procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico.

Riferimenti Normativi:

- art. 72, Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 («Direttiva 2014/24»)
- Considerando 107, Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 («Direttiva 2014/24»)
- Considerando 109, Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 («Direttiva 2014/24»)