

La fase di attuazione dell'Accordo quadro con pluralità di aggiudicatari

Con due interessanti sentenze “gemelle” il Consiglio di Stato¹, confermando integralmente le pronunce rese prime cure dal TAR Lazio², ha di recente dettato alcuni importanti principi in materia di

Accordo quadro, sui quali non constano precedenti specifici. In particolare, i Giudici amministrativi hanno affermato, sul piano sostanziale, che nel caso di Accordo quadro con pluralità di aggiudicatari e senza rilancio del confronto concorrenziale, non è possibile mutare, non solo in sede di stipulazione dell'Accordo, ma neppure in fase di definizione ed attuazione delle regole per l'individuazione del singolo contraente per ciascun appalto specifico, le modalità predeterminate per tale scelta dalla *lex specialis* di gara. In materia processuale, poi, ed in particolare in punto di riparto della giurisdizione, la giurisprudenza in esame ha fissato la regola secondo la quale la controversia avente ad oggetto la modifica di tali modalità - anche se intervenuta

dopo l'aggiudicazione della gara e la conclusione dell'Accordo quadro, ma prima dell'assegnazione degli appalti attuativi, vale a dire nella fase di implementazione delle modalità, anche di carattere tecnico, per l'individuazione degli aggiudicatari ai quali assegnare i singoli contratti di fornitura - appartiene alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo.

1) La fattispecie

Un'amministrazione regionale indice una procedura aperta finalizzata alla stipula di un Accordo quadro con una pluralità di operatori economici, ai sensi dell'art.

54, comma 4, d. lgs. n. 50 del 2016, per la fornitura di dispositivi medici per l'automonitoraggio della glicemia nei pazienti diabetici. La *lex specialis* di gara prevede che all'Accordo quadro siano ammessi i primi dieci operatori economici risultati in graduatoria, in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indicando anche le specifiche modalità esecutive di scelta del fornitore fra gli aggiudicatari ammessi, in particolare stabilendo che il paziente - e per lui, ovviamente, il medico prescrittore - potrà scegliere il dispositivo, tra quelli offerti dai fornitori aggiudicatari, che riterà maggiormente conforme alle proprie esigenze cliniche e di usabilità. Dopo l'aggiudicazione della gara e la sottoscrizione dell'Accordo quadro con i primi

dieci operatori della graduatoria finale, l'amministrazione regionale individua un'azienda sanitaria territoriale quale responsabile per le fasi attuative della distribuzione per conto sul territorio regionale dei dispositivi medici oggetto di fornitura. A questo punto, in fase di attuazione dell'accordo quadro e di implementazione delle modalità tecniche per la prescrizione e la distribuzione per conto

L'Accordo quadro costituisce una procedura di selezione del contraente allo scopo di semplificare il processo d'aggiudicazione dei contratti fra una o più stazioni appaltanti ed uno o più operatori economici prefissando condizioni e clausole relative agli appalti in un dato arco temporale massimo

¹ Cons. Stato, sez. III, 15 dicembre 2022, n. 10989 e n. 10990

² TAR Lazio, Roma, sez. III quater, 23 giugno 2022, n. 8524 e 20 settembre 2022, n. 11930

dei dispositivi medici, l'azienda sanitaria delegata dall'amministrazione regionale modifica i "termini e le condizioni oggettive" previste dalla *lex* di gara per l'individuazione e la scelta, ai sensi dell'art. 54, comma 4, lett. a), d. lgs. n. 50 del 2016, del singolo operatore economico, fra quelli ammessi all'Accordo quadro, con il quale concludere lo specifico contratto di fornitura, introducendo di fatto un regime di preferenza prescrittiva a favore dei dispositivi offerti al prezzo più basso, così neutralizzando quello della piena libertà di scelta del paziente originariamente indicato dalla stazione appaltante e recepito nell'Accordo quadro. Contro tali provvedimenti attuativi dell'Accordo quadro insorge, proponendo ricorso al competente TAR, uno degli operatori economici classificatosi in posizione utile nella graduatoria finale di gara e, quindi, ammesso allo strumento di negoziazione, che tuttavia non ha formulato offerta al prezzo più basso e si vede quindi, di fatto, escluso in misura rilevante dalla possibilità che la scelta del medico prescrittore ricada sul proprio dispositivo. Secondo il ricorrente, la condotta assunta dall'azienda sanitaria si porrebbe in contrasto con quanto disposto dall'art. 54, comma 4, lett. a), d. lgs. n. 50 del 2016, in forza del quale "l'accordo quadro concluso con più operatori economici è eseguito [...] a) secondo i termini e le condizioni dell'accordo quadro, senza riaprire il confronto competitivo, 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 economici parti dell'accordo quadro effettuerà la prestazione. Tali condizioni sono indicate nei documenti di gara per l'accordo quadro". Le amministrazioni intimare si difendono, sostenendo che le modifiche attuate alle "regole d'ingaggio" dell'Accordo quadro sarebbero legittime, in quanto - privilegiando il solo aspetto economico nella scelta del dispositivo da prescrivere - risulterebbero finalizzate a garantire un risparmio di spesa; in ogni caso, tali modifiche sono intervenute dopo la conclusione e la sottoscrizione dell'Accordo quadro, quindi in fase di esecuzione del contratto, con la conseguenza che la controversia avente ad oggetto la loro validità ed efficacia risulterebbe assoggettata alla giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria, e non quella del Giudice amministrativo, in quanto estranea al novero dell'art. 133 c.p.a.

2) La giurisdizione del Giudice amministrativo desunta dalla natura e dalla disciplina dell'Accordo quadro

Con le sentenze in premessa indicate i Giudici amministrativi, accogliendo i ricorsi proposti, hanno in primo luogo affermato la propria giurisdizione sulla controversia avente ad oggetto la legittimità o meno della modifica delle condizioni *ex* art. 54, comma 4, d. lgs. n. 50 del

2016, dell'Accordo quadro, unilateralmente apportate dall'amministrazione appaltante, ancorché dopo la conclusione dello stesso, rispetto a quelle originariamente previste dalla *lex specialis* di gara. La sussistenza della giurisdizione del GA viene affermata dal Consiglio di Stato, in particolare, all'esito di un'attenta ricostruzione della natura e della disciplina dello strumento negoziale dell'Accordo quadro, correttamente individuandosi le particolarità e le peculiarità, specialmente con riferimento a quello concluso con più operatori economici. Il percorso argomentativo muove dalla constatazione secondo la quale l'art. 54, comma 4, d.lgs. 50 del 2016, individua chiaramente un momento di scelta "dell'operatore economico parte dell'accordo quadro che effettuerà la prestazione", che avviene - qualora l'Accordo quadro, recependo le modalità previste dalla *lex specialis* di gara, contenga tutti i termini e le condizioni oggettive per determinare quale degli operatori economici parti del medesimo concluderà l'appalto applicativo - "sulla base di decisione motivata in relazione alle specifiche esigenze dell'amministrazione" (lett. a), senza riapertura del confronto competitivo. L'Accordo quadro, pertanto, non può essere qualificato quale vero e proprio contratto d'appalto, concluso il quale prende avvio la fase dell'esecuzione contrattuale. Se, infatti, nel caso del contratto di fornitura concluso con l'unico aggiudicatario della procedura di gara, la sottoscrizione del contratto costituisce la linea di demarcazione fra la fase dell'evidenza pubblica e quella dell'esecuzione contrattuale, e quindi - in termini di riparto di giurisdizione - fra quella del Giudice amministrativo e quella dell'AGO, nel caso di conclusione dell'Accordo quadro, fra la sottoscrizione dello stesso e l'inizio dell'esecuzione contrattuale si pone una fase intermedia, nella quale l'amministrazione è chiamata ad attuare le regole previste dalla *lex specialis* di gara e dal medesimo strumento negoziale per "individuare" tra i più operatori parti dello stesso quello a cui intende affidare la singola prestazione.

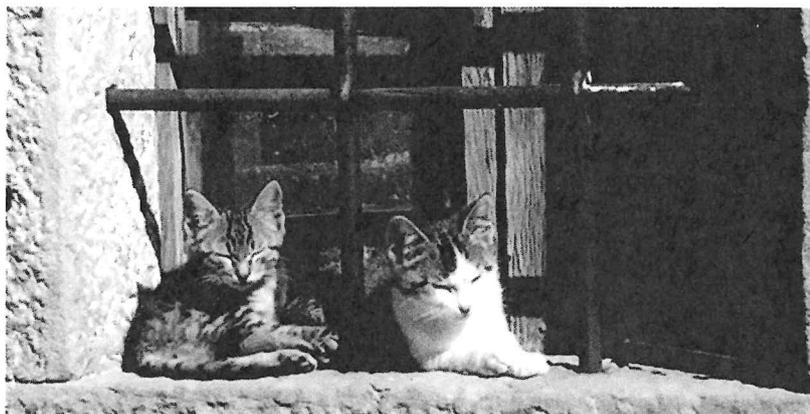
Anche laddove tale momento non comporti una riapertura del confronto competitivo, secondo i Giudici di Palazzo Spada, è ragionevole ritenere che lo stesso sia connotato dalla spendita di poteri autoritativi, attraverso la "decisione motivata" di individuazione degli operatori economici selezionati per la conclusione dei contratti attuativi e l'esecuzione vera e propria dell'appalto, a fronte dei quali la posizione degli operatori economici, parti dell'Accordo quadro, si attegga manifestamente a interesse legittimo: il che ben si armonizza con quanto la giurisprudenza di merito ha da sempre affermato in relazione all'Accordo quadro³, e cioè che da esso non sorge in capo all'aggiudicatario un diritto a eseguire le prestazioni nella loro inte-

³ TAR Campania, Napoli, sez. I, 10 maggio 2021, n. 1056; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 11 febbraio 2021, n. 387

gralità, ma solo a eseguire quelle prestazioni che l'amministrazione deciderà di affidargli secondo le proprie esigenze. D'altro canto, sul sito ANAC, alla voce Accordo Quadro - FAQ Accordi Quadro, può leggersi:

“D3: Qual è il contenuto dell'accordo quadro?”

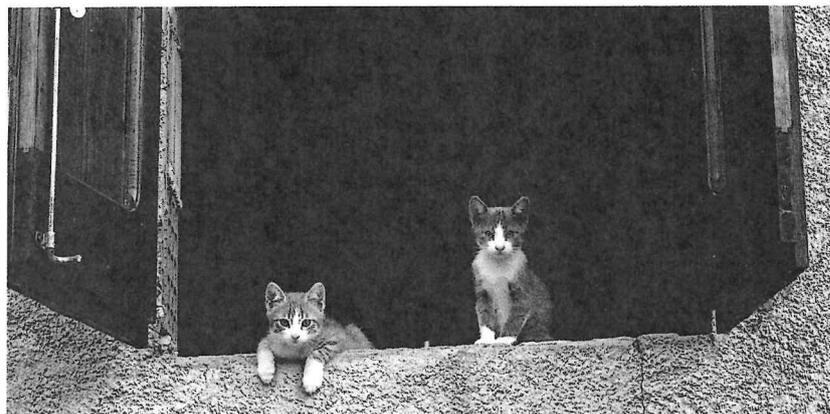
R3: Con l'accordo quadro si fissano le caratteristiche vincolanti dell'oggetto dei successivi contratti applicativi; in particolare devono essere definiti negli atti di gara le specifiche tecniche, i tempi di consegna minimi, la tipologia delle lavorazioni, la loro qualità, i prezzi e quant'altro necessario per identificare compiutamente le prestazioni da eseguire con i successivi contratti applicativi”. E sempre l'Autorità, nel parere AG 8/2011 del 22.6.2011 ha precisato che “...nell'accordo quadro - accade che vengano posti in essere, in dipendenza dello stesso, qualificato come contratto normativo, dei contratti applicativi non autonomi, il cui oggetto è solamente determinabile, in applicazione del contenuto prefissato nell'accordo medesimo. [...] un contratto normativo, dal quale discendono non già obblighi esecutivi e neppure un obbligo a contrarre (pactum de contrahendo), bensì l'unico obbligo, nel caso in cui l'amministrazione si determini a contrarre, di applicare al futuro contratto (o alla serie di futuri contratti) le condizioni contrattuali predefinite nell'accordo quadro (pactum de modo contrahendi)”. Dunque con l'Accordo quadro si realizza esclusivamente un contratto qualificabile come “normativo”, dal quale non scaturiscono effetti reali o obbligatori, ma la cui efficacia consiste nel “vincolare” la successiva manifestazione di volontà contrattuale delle stesse parti. Da esso discende, secondo l'interpretazione giurisprudenziale⁴ più attenta, “... non un assetto di specifiche obbligazioni, bensì una disciplina generale alla quale gli operatori economici devono attenersi in vista della stipulazione, a valle, di successivi contratti esecutivi, in numero non predeterminabile, entro il limite economico costituito dalla quota parte di rispettiva assegnazione nell'interesse e secondo le esigenze dell'amministrazione”. Infatti, come ha precisato il Consiglio di Stato⁵, l'Accordo quadro costituisce una procedura di selezione del contraente allo scopo di semplificare, sotto il profilo amministrativo, il processo d'aggiudicazione dei contratti fra una o più stazioni appaltanti ed uno o più operatori economici, individuando futuri contraenti, prefissando condizioni e clausole relative agli appalti in un dato arco temporale massimo. Il fatto che l'Accordo quadro non possa essere considerato un contratto d'appalto, ma uno strumento negoziale di selezione e scelta del contraente, inoltre, si ricava dall'esame sistematico delle norme del Codice degli appalti che lo disciplinano. L'art. 54, d. lgs. n. 50 del 2016, infatti, è collocato nell'ambito del



Titolo III del Codice, relativo alla “Procedura di affidamento”, in particolare nella Sezione II, che disciplina “Tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati”, accanto allo SDA (art. 54), alle Aste elettroniche (art. 56) e agli altri strumenti di negoziazione previsti dal codice. Lo stesso art. 54, nel disciplinare specificamente l'Accordo quadro, prevede che “gli appalti basati” sullo stesso “sono aggiudicati”, rendendo palese il fatto che lo stesso non possa essere considerato “un contratto d'appalto”, ma sia uno strumento negoziale finalizzato alla conclusione del medesimo. Dall'esatta individuazione della natura e della funzione dell'Accordo quadro, quindi, discende l'ovvia conseguenza, esattamente colta dalla giurisprudenza in esame, secondo la quale la conclusione e la sottoscrizione del medesimo non determinano l'inizio dell'esecuzione contrattuale e, quindi, la *translatio iurisdictionis* dal GA all'AGO della controversia che abbia ad oggetto le modalità di attuazione dello stesso. D'altro canto, appare di tutta evidenza come l'attività provvedimentale che venga eventualmente posta in essere dalla stazione appaltante per l'attuazione delle regole di rotazione e individuazione del contraente dell'appalto specifico si collochi a monte dell'esecuzione del contratto, palesandosi evidentemente come attività di natura amministrativa, connotata dalla relativa discrezionalità, ancorché vincolata al rispetto delle specifiche previsioni sul punto della *lex specialis* di gara. Le condizioni di attuazione dell'Accordo quadro, in definitiva, lungi dall'afferire alla fase esecutiva del contratto, rappresentano unicamente un presupposto preliminare e prodromico alla sua esecuzione, avendo la funzione di stabilire le concrete modalità operative di applicazione, peraltro vincolata, delle regole prestabilite dalla *lex specialis* di gara, fonte unica ed obbligatoria per la determinazione delle regole di “rotazione”, ossia di individuazione dell'operatore economico - fra tutti quelli risultati aggiudicatari della procedura di scelta del contraente e, perciò, ammessi allo strumento negoziale - con il quale concludere lo specifico contratto di fornitura.

⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2018, n. 1455; in senso analogo, T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 7 gennaio 2021, n. 89

⁵ Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2021 n. 5785



Il fatto che le condizioni di attuazione dell'Accordo quadro vengano determinate dopo la sua sottoscrizione, eventualmente in violazione delle relative prescrizioni della *lex* di gara, non deve indurre a ritenere automaticamente che la situazione giuridica dell'operatore economico che lamenta tale violazione sia di diritto soggettivo, “*non potendo escludersi che anche nella fase esecutiva del contratto di appalto l'Amministrazione committente disponga di poteri autoritativi, il cui esercizio si manifesti attraverso atti aventi natura provvedimento espressione di discrezionalità valutativa, a fronte dei quali la posizione soggettiva del privato si attegga a interesse legittimo*”⁶. Infatti, ai fini della determinazione della giurisdizione, ciò che va considerato non è il momento di adozione di un dato provvedimento, ma esclusivamente le modalità di esercizio dell'attività provvedimento amministrativa contestata e le conseguenze da essa derivanti in capo ai soggetti, pubblici e privati, interessati.

3) Le regole di individuazione dei contraenti dei contratti specifici previste nella *lex* di gara non sono modificabili in sede di determinazione delle modalità di attuazione dell'Accordo quadro

Come si è accennato in premessa, sul piano sostanziale gli arresti giurisprudenziali in esame si segnalano anche per la chiara affermazione in ordine all'immodificabilità delle regole di individuazione degli appaltatori con i quali concludere i contratti attuativi, previste *ex art.* 54, comma 4, d. lgs. n. 50 del 2016, dalla *lex specialis* di gara, non solo in sede di conclusione e sottoscrizione dell'Accordo quadro, ma anche nella fase di determinazione delle sue concrete modalità operative ed attuative, anche di carattere tecnico e/o informatico. Nel caso giudicato, il disciplinare di gara prevedeva chiaramente che il paziente potesse liberamente scegliere il dispositivo, tra quelli offerti dai fornitori aggiudicatari ed ammessi all'Accordo quadro, ritenuto maggiormente conforme alle proprie

esigenze cliniche e di usabilità. È indubbio che una tale previsione, volta a definire i criteri di scelta degli affidatari dei singoli contratti attuativi, poneva evidentemente tutti gli aggiudicatari ammessi all'Accordo quadro in una posizione di parità dinanzi alla stazione appaltante, riservando al paziente (e, quindi, al medico prescrittore) la definizione delle esigenze che avrebbero indirizzato la scelta verso l'uno o l'altro dei dispositivi.

In tale ottica, i provvedimenti assunti dall'amministrazione appaltante, con i quali sono state stabilite le concrete modalità per la prescrizione dei dispositivi medici oggetto dell'Accordo quadro privilegiando la scelta di quelli offerti al prezzo più basso, hanno causato un'evidente disparità di trattamento ed un'alterazione postuma del confronto concorrenziale, atteggiandosi e fungendo da veri e propri nuovi criteri di scelta del contraente, diversi da quelli originari indicati nella *lex specialis* di gara, in evidente violazione dell'art. 54, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016. D'altro canto, come correttamente sottolineato dalle sentenze in commento, neppure esigenze di contenimento della spesa sanitaria possono giustificare un'alterazione postuma, in sede di implementazione delle modalità attuative dell'Accordo quadro, del confronto concorrenziale, privilegiando la scelta di indicare il criterio del prezzo più basso ai fini della conclusione dei contratti attuativi di un Accordo quadro al quale gli operatori economici sono stati ammessi all'esito di una procedura di gara basata sul criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in regime di parità nella successiva individuazione degli affidatari dei contratti attuativi. Anche volendo considerare come la razionalizzazione della spesa in ambito sanitario rappresenti sempre un “*principio immanente al nostro sistema sanitario*”, infatti, va rilevato comunque che, come anche correttamente affermato dal TAR Lazio e dal Consiglio di Stato nelle sentenze in esame, pur tenendo conto della “*necessità del contenimento della spesa sanitaria, tuttavia tale principio doveva trovare ingresso nella predisposizione dei documenti di gara, [...] non potendo essere inserito ex post attraverso una scelta unilaterale*”, solo in sede di attuazione dell'Accordo quadro. La conclusione raggiunta dai Giudici amministrativi, peraltro, appare la sola condivisibile, considerato come nei documenti di gara non vi fosse alcun riferimento, neppure genericamente enunciato, né ad esigenze di risparmio di spesa, né all'eventualità che la scelta del fornitore avrebbe potuto avvenire in base ad elementi esclusivamente di carattere economico, cioè a favore dell'operatore economico che avesse presentato l'offerta al prezzo più basso.