Causa C-443/22

Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia

Data di deposito:

5 luglio 2022

Giudice del rinvio:

Varhoven administrativen sad (Bulgaria)

Data della decisione di rinvio:

21 giugno 2022

Ricorrente in cassazione:

Zamestnik ministar na regionalnoto razvitie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Natsionalnia organ po programa «INTERREG V-A Rumania – Bulgaria 2014-2020»

Resistente in cassazione:

Obshtina Balchik

Oggetto del procedimento principale

Impugnazione della decisione dello Zamestnik-ministar na regionalnoto razvitie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Natsionalnia organ po programa «INTERREG V-A Romania-Bulgaria 2014-2020» (Vice ministro per lo sviluppo regionale e i lavori pubblici e direttore dell'autorità nazionale del programma «INTERREG V-A Romania-Bulgaria 2014-2020»), con cui si impone all'Obshtina Balchik (comune di Balchik) una rettifica finanziaria pari al 25% dei costi ammissibili finanziati attraverso le risorse dei fondi strutturali e d'investimento europei («fondi SIE») risultanti dal contratto stipulato tra il comune e la «Infra Expert» AD, Sofia, per l'aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto la «Sistemazione del corso della città di Balchik tra il Darzhaven kulturen institut - kulturen tsentar "Dvoretsa" (Istituto statale di cultura - Centro culturale "Palazzo") e il Kulturno-turisticheski informatsionen tsentar "Melnitsata" (Centro di informazione culturale e turistica "Mulino")» (in prosieguo: la «Sistemazione del corso») e un valore dell'appalto pari a Leva (BGN) 1 245 532,25.

DOCUMENTO DI LAVORO

Oggetto e fondamento giuridico del rinvio pregiudiziale

Richiesta di interpretazione, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dell'articolo 72, paragrafo 1, lettera e), in combinato disposto con il paragrafo 4, lettere a) e b), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, nonché del considerando 109 della direttiva

Questioni pregiudiziali

1) Se l'articolo 72, paragrafo 1, lettera e), in combinato disposto con il paragrafo 4, lettere a) e b), della direttiva 2014/24 consenta una normativa nazionale o una prassi di interpretazione e applicazione di tale normativa in base alla quale si può presumere una violazione delle norme su una modifica sostanziale dell'appalto pubblico solo se le parti hanno firmato un accordo/allegato scritto che modifica l'appalto.

2) In caso di risposta negativa alla prima questione: se l'articolo 72, paragrafo 1, lettera e), in combinato disposto con il paragrafo 4, lettere a) e b), della direttiva 2014/24 consenta una normativa nazionale o una prassi di interpretazione e applicazione di tale normativa, secondo cui una modifica illegittima degli appalti pubblici può essere effettuata non solo mediante un accordo scritto firmato dalle parti, ma anche mediante atti congiunti delle parti in contrasto con le norme in materia di modifica degli appalti, espressi in comunicazioni e in loro tracce scritte (come quelle di cui al procedimento principale) da cui si possa desumere l'esistenza di una concorde volontà con riguardo alla modifica.

3) Se la nozione di «ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione», di cui al considerando 109 della direttiva 2014/24, nella parte relativa al termine per l'esecuzione delle attività, comprenda anche la valutazione dei rischi derivanti da condizioni meteorologiche usuali che potrebbero avere un impatto negativo sull'esecuzione dell'appalto entro il termine stabilito, nonché la valutazione dei divieti normativi relativi all'esecuzione delle attività in un determinato periodo, rientrante nel periodo di esecuzione dell'appalto.

4) Se la nozione di «circostanze imprevedibili» di cui alla direttiva 2014/24 comprenda solo le circostanze che si sono verificate dopo l'aggiudicazione dell'appalto [come previsto dalla disposizione nazionale di cui all'articolo 2, punto 27, delle Dopalnitelni razporedbi na Zakona za obshtestvenite porachki (Disposizioni complementari della legge sull'aggiudicazione degli appalti pubblici)] e che non potevano essere previste nemmeno con una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione, non sono imputabili ad atti od omissioni delle parti, ma rendono impossibile l'esecuzione alle condizioni concordate. Oppure se la direttiva non imponga che tali circostanze si siano verificate dopo l'aggiudicazione dell'appalto.

DOCUMENTO DI LAVORO

5) Se condizioni meteorologiche usuali, che non costituiscono «circostanze imprevedibili» ai sensi del considerando 109 della direttiva 2014/24, nonché il divieto legale di eseguire lavori per un determinato lasso di tempo, reso noto prima dell'aggiudicazione dell'appalto, costituiscano una giustificazione oggettiva per la mancata esecuzione dell'appalto entro il termine concordato. Se, in un siffatto contesto, un partecipante sia tenuto (con la necessaria diligenza e secondo buona fede), nel calcolare il termine proposto, a ricomprendere i rischi usuali che incidono sull'esecuzione dell'appalto entro il termine stabilito.

6) Se l'articolo 72, paragrafo 1, lettera e), in combinato disposto con il paragrafo 4, lettere a) e b), della direttiva 2014/24, consenta una normativa nazionale o una prassi interpretativa e applicativa di tale normativa secondo cui può sussistere una modifica illegittima di un appalto pubblico in una situazione come quella di cui al procedimento principale, in cui il termine di esecuzione dell'appalto entro certi limiti costituisce una condizione di partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica (e il partecipante è escluso in caso di inosservanza di tali limiti); l'appalto non è stato eseguito entro i termini a causa di condizioni meteorologiche usuali e di un divieto legale di svolgere attività reso noto prima dell'aggiudicazione dell'appalto, circostanze che rientrano nell'oggetto e nel termine dell'appalto e che non costituiscono circostanze imprevedibili; l'esecuzione dell'appalto è stata accettata senza alcuna contestazione relativamente al termine e non è stata fatta valere alcuna penale per ritardato adempimento, di modo che, in ultima analisi, nei documenti di gara che hanno determinato l'ambiente concorrenziale è stata modificata una condizione essenziale e l'equilibrio economico dell'appalto è stato spostato a favore dell'aggiudicataria.

Disposizioni del diritto dell'Unione e giurisprudenza richiamate

Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, articolo 72, paragrafo 1, lettera e), in combinato disposto con il paragrafo 4, lettere a) e b), nonché considerando 109.

Disposizioni nazionali richiamate

Zakon za obshtestvenite porachki (Legge sugli appalti pubblici; in prosieguo: lo «ZOP»), articolo 2, paragrafo 1, punti 1 e 2, nonché paragrafo 2, articolo 107, articolo 116, paragrafo 1, punti 2, 3 e 7, in combinato disposto con l'articolo 116, paragrafo 5, punti 1 e 2

Zakon za upravlenie na sredstvata ot Evropeyskite strukturni i investitsionni fondove (Legge sulla gestione delle risorse dei fondi strutturali e di investimento europei; in prosieguo: lo «ZUSESIF»), articolo 70, paragrafo 1, punto 9, e

DOCUMENTO DI LAVORO

paragrafo 2, nonché articolo 73, paragrafo 1, articolo 2, punto 27, delle Dopalnitelni razporedbi (Disposizioni complementari)

Zakon za zadalzheniata i dogovorite (Legge sulle obbligazioni e sui contratti; in prosieguo: lo «ZZD»), articolo 20a

Naredba za posochvane na nerednosti, predstavlyavashti osnovania za izvarshvane na finansovi korektsii, i protsentnite pokazateli za opredelyane razmera na finansovite korektsii po reda na Zakona za upravlenie na sredstvata ot Evropeyskite strukturni i investitsionni fondove (Regolamento sull'accertamento delle irregolarità che costituiscono motivo per effettuare rettifiche finanziarie, nonché sugli indicatori percentuali per determinare l'importo delle rettifiche finanziarie in conformità alla procedura della legge sulla gestione delle risorse dei fondi strutturali e di investimento europei; in prosieguo: il «regolamento sull'accertamento delle irregolarità»), punto 23 dell'allegato 1

Zakon za ustroystvoto na Chernomorskoto kraybrezhie (Legge sulla pianificazione territoriale della costa del Mar Nero), articolo 15, paragrafo 1

Breve esposizione dei fatti e del procedimento

1 Il comune di Balchik è beneficiario del programma INTERREG V-A – Romania-Bulgaria per la cooperazione transfrontaliera nell'ambito di un contratto di sovvenzione del Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR). Il contratto ha per oggetto la messa a disposizione di risorse di detto fondo per l'attuazione del ROBG-422 «Sinergia di natura e cultura – Potenziale per lo sviluppo della regione di confine».

2 Al fine di attuare le misure sovvenzionate attraverso le risorse dei fondi strutturali e di investimento europei («fondi SIE»), il comune di Balchik, in qualità di amministrazione aggiudicatrice, ha indetto una procedura ad evidenza pubblica con oggetto «Sistemazione del corso».

3 Il valore stimato dell'appalto per le opere edili è di BGN 1 245 532,25, al netto dell'IVA. Sono state presentate due offerte.

4 I documenti di gara, nella sezione «Termine per l'esecuzione dell'appalto» stabiliscono che l'appalto deve essere eseguito entro un periodo compreso tra 45 e 90 giorni di calendario e che il termine decorre dalla data di redazione del verbale di apertura del cantiere e di determinazione dell'allineamento e del livello di costruzione, e termina con la firma dell'atto giuridico secondo il modulo 15. Inoltre, in detti documenti è stabilito che un partecipante che ha fissato un termine per l'esecuzione dei lavori di costruzione e installazione (in prosieguo: «lavori di costruzione e installazione») inferiore al termine minimo o superiore al termine massimo fissato dall'amministrazione aggiudicatrice è escluso dalla partecipazione alla procedura perché la sua offerta non è conforme alle condizioni dell'appalto precedentemente comunicate (articolo 107, punto 1, dello ZOP).

DOCUMENTO DI LAVORO

5 L'aggiudicazione dell'appalto è stata effettuata tramite una «gara pubblica». La partecipante «Infra Expert» AD ha offerto un termine di 45 giorni di calendario per l'esecuzione dei lavori di costruzione e installazione. Nella sua offerta tecnica, l'aggiudicataria ha dichiarato di aver tenuto conto, nella pianificazione delle fasi di lavoro, delle possibili criticità, delle condizioni meteorologiche, delle specificità della natura dei lavori e delle scadenze per la loro esecuzione. È stato presentato un cronoprogramma lineare che indica la sequenza tecnica nell'esecuzione dell'appalto ed elenca le opere edili.

6 Con decisione dell'11 marzo 2019 sulla individuazione dell'aggiudicatario, il sindaco del comune di Balchik ha approvato il verbale dei lavori della commissione a lui sottoposto e ha dichiarato la partecipante «Infra Expert» AD come prima della graduatoria, con un'offerta di prezzo di BGN 1 245 532,35, al netto dell'IVA, o BGN 1 494 638,70, al lordo dell'IVA, e un termine per l'esecuzione dei lavori di costruzione e installazione di 45 giorni di calendario dalla data della determinazione dell'allineamento e del livello di costruzione.

7 Il termine per l'esecuzione dell'appalto pubblico era di 45 giorni di calendario, ma in realtà l'esecuzione dell'oggetto dell'appalto ha richiesto 250 giorni. Il comune sostiene che sussistevano ragioni oggettive per la sospensione di detto termine. Esso ha presentato una relazione del Natsionalen institut po meteorologia i hidrologia (Istituto nazionale di meteorologia e idrologia), filiale di Varna, sulla situazione meteorologica nel periodo compreso fra il 18 novembre 2019 e il 30 gennaio 2020, secondo cui i lavori edili erano stati sospesi a causa delle condizioni meteorologiche avverse e, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 1, della legge sulla pianificazione territoriale della costa del Mar Nero, è stato introdotto il divieto di eseguire lavori di costruzione e installazione nelle località balneari nazionali sulla costa del Mar Nero nel periodo compreso tra il 15 maggio e il 1º ottobre.

8 Il 28 febbraio 2020 è stato emesso un atto di accertamento dell'accettabilità dei lavori edili (modulo 15), con il quale è stato certificato che l'aggiudicataria aveva adempiuto tutti i suoi obblighi, senza fare menzione del fatto che i lavori edili erano durati più a lungo di quanto specificato nel bando di gara (durata massima di 90 giorni) e nell'offerta tecnica presentata (45 giorni di calendario) o nel contratto relativo all'appalto pubblico. L'amministrazione aggiudicatrice non ha applicato una penale per il ritardo nell'esecuzione.

9 In una relazione finale di verifica del Ministerstvo na regionalnoto razvitie i blagoustroystvoto (Ministero dello sviluppo regionale e dei lavori pubblici) si esprimeva il sospetto di un'infrazione qualificata come irregolarità ai sensi del punto 23, lettera a), dell'allegato n. 1 all'articolo 2, paragrafo 1, del regolamento sull'accertamento delle irregolarità, che sarebbe consistita nella modifica illegittima dell'appalto pubblico nella parte relativa al termine di esecuzione.

10 Nell'ambito della verifica, il direttore dell'autorità nazionale ha notificato al beneficiario il sospetto di irregolarità e l'avvio di un procedimento di rettifica

DOCUMENTO DI LAVORO

finanziaria, concedendogli la possibilità di presentare osservazioni scritte sulla fondatezza e sull'entità della rettifica finanziaria ed eventualmente di addurre prove, come previsto dall'articolo 73, paragrafo 2, dello ZUSESIF.

11 In seguito all'esame dei fatti, il procedimento si è concluso il 26 ottobre 2020 con l'adozione di una decisione con la quale il direttore dell'autorità nazionale ha imposto al comune di Balchik una rettifica finanziaria del 25 % dei costi ammissibili finanziati attraverso le risorse dei fondi strutturali e di investimento europei (fondi SIE) in forza del contratto di aggiudicazione di appalto pubblico n. 229, del 19 aprile 2019, concluso dal comune con la «Infra Expert» AG, Sofia, avente ad oggetto la «Sistemazione del corso».

Argomenti essenziali delle parti nel procedimento principale

12 Ai fini dell'accertamento della violazione dell'articolo 116, paragrafo 1, punto 3, in combinato disposto con l'articolo 116, paragrafo 5, punti 1 e 2, dello ZOP, il direttore dell'autorità nazionale ha tenuto conto di quanto segue:

13 Il termine di esecuzione è stato specificato nei documenti di gara con una durata minima e massima (da 45 a 90 giorni), prevedendo l'esclusione di un partecipante che offrisse un termine al di fuori di tale intervallo. Questo termine ha determinato l'ambiente concorrenziale per la partecipazione. Nel calcolare il tempo necessario per l'esecuzione dell'oggetto dell'appalto, sia l'amministrazione aggiudicatrice che il partecipante dovrebbero aver preso in considerazione tutte le circostanze prevedibili e pertinenti. Nel caso in esame, nonostante l'obbligo contrattuale di eseguire i lavori entro 45 giorni di calendario, l'effettiva esecuzione si è protratta per 250 giorni e sono stati emessi provvedimenti di sospensione dei lavori edili.

14 Una delle ragioni della sospensione dei lavori edili sono state le condizioni meteorologiche avverse. L'autorità le ha classificate come circostanze usuali per il periodo dell'anno in questione, di cui qualsiasi aggiudicatario avveduto avrebbe potuto tenere conto nel calcolare il tempo offerto per l'esecuzione. L'altro motivo era l'inizio della stagione turistica e il divieto, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 1, della legge sulla pianificazione territoriale della costa del Mar Nero, di eseguire lavori di costruzione e installazione nelle località balneari nazionali della costa del Mar Nero nel periodo compreso tra il 15 maggio e il 1º ottobre. Tale circostanza è stata comunicata dal legislatore prima della data dell'appalto pubblico e non costituirebbe una circostanza imprevedibile. Pertanto, se ne sarebbe dovuto tenerne conto nel calcolo del periodo di esecuzione.

15 Nell'offerta tecnica per l'esecuzione del contratto della «Infra Expert» AD era stato indicato un periodo di esecuzione di 45 giorni ed era stato fornito un cronoprogramma lineare con la sequenza tecnica dei lavori. Esercitando la necessaria diligenza e con una ragionevole e diligente preparazione, la partecipante avrebbe dovuto tenere conto del divieto legale e della possibilità di condizioni meteorologiche avverse, usuali per le stagioni in questione, di cui si sarebbe dovuto tenere conto nel calcolo del tempo di esecuzione.

DOCUMENTO DI LAVORO

16 In considerazione del fatto che il termine di esecuzione era stato fissato nei documenti secondo modalità e con limiti la cui inosservanza avrebbe comportato l'esclusione del partecipante (articolo 107, punto 1, dello ZOP); che detto termine ha determinato l'ambiente concorrenziale; che l'aggiudicataria aveva offerto un periodo minimo di esecuzione di 45 giorni e che i lavori erano stati sospesi più volte a causa delle usuali condizioni meteorologiche avverse e dei divieti normativi, che non eccedevano l'esercizio della dovuta diligenza e della preparazione della loro verifica (al di fuori dei casi di cui all'articolo 116, paragrafo 1, punto 3, dello ZOP), l'autorità nazionale ha concluso che, in ultima analisi, si era effettivamente verificata una modifica sostanziale illegittima dell'appalto pubblico.

17 Il tempo di costruzione effettivo, pari a 250 giorni, ha superato di 205 giorni il termine concordato. Nell'offerta tecnica l'aggiudicataria ha dichiarato che nella pianificazione delle fasi di lavoro si era tenuto conto delle possibili criticità, delle condizioni meteorologiche e delle specificità della natura dei lavori, circostanze dalle quali si evince che era consapevole del rischio di condizioni meteorologiche avverse durante il periodo di esecuzione del contratto. I divieti normativi erano noti a tutti. Le condizioni meteorologiche avverse non erano da considerarsi circostanze imprevedibili ai sensi dell'articolo 2, punto 27 delle disposizioni aggiuntive allo ZOP.

18 In conclusione, si è ritenuta sussistente una modifica sostanziale del contratto ai sensi dell'articolo 116, paragrafo 5, punti 1 e 2, dello ZOP, poiché il termine risultante dai documenti aveva determinato l'ambiente concorrenziale e un periodo di esecuzione più lungo avrebbe influito sui risultati della selezione. Se un partecipante avesse offerto un termine di esecuzione corrispondente al periodo di esecuzione effettivo, ne sarebbe stata esclusa la partecipazione (articolo 107, punto 1, dello ZOP).

19 La decisione dell'Autorità nazionale con cui è stata stabilita una rettifica finanziaria è stata impugnata dinanzi all'Administrativen sad – Dobrich (Tribunale amministrativo di Dobrich, giudice di primo grado), che ha annullato l'atto amministrativo impugnato per illegittimità sostanziale.

20 Il giudice di primo grado è partito dall'assunto che, secondo il tenore letterale dell'articolo 120 dello ZOP, a tutte le questioni non regolamentate relativamente all'aggiudicazione, all'esecuzione e alla conclusione degli appalti pubblici, sono applicabili le disposizioni del Targovski zakon (Codice commerciale; in prosieguo: il «TZ») e dello ZZD. Ai sensi dell'articolo 288 del TZ, nel caso di operazioni commerciali, per le questioni non disciplinate dal TZ si applicano le disposizioni del diritto civile. Ai sensi dell'articolo 20a dello ZZD, i contratti possono essere modificati solo con il consenso delle parti o nei casi previsti dalla legge, mentre, ai sensi dell'articolo 112, paragrafo 1, dello ZOP, le modifiche degli appalti, per essere validamente effettuate, devono avere esclusivamente la forma di pattuizioni scritte. L'autorità amministrativa ha quindi adottato la sua

DOCUMENTO DI LAVORO

decisione violando il diritto sostanziale quando ha presupposto che l'appalto di cui trattasi fosse stato modificato da un comportamento concludente.

21 Da un punto di vista formale, l'aggiudicataria non ha adempiuto correttamente, ossia entro i termini, i propri obblighi. Ciò non costituisce tuttavia una modifica del contratto, bensì una circostanza giuridicamente rilevante che determina il diritto della beneficiaria di applicare la penale prevista nel contratto, integrata espressamente e preventivamente nel contenuto del contratto. Di conseguenza, nel caso di cui trattasi non vi sarebbe modifica del contratto, ma un'irregolare esecuzione dello stesso. Tuttavia, vi sarebbero differenze sostanziali tra una modifica del contratto e un'esecuzione irregolare, accompagnata dalla penale prevista nel contratto per l'esecuzione irregolare.

22 L'autorità amministrativa avrebbe erroneamente ritenuto che, per quanto riguarda il termine stabilito per il completamento, avrebbero dovuto essere incluse e prese in considerazione tutte le possibili ragioni per la sospensione e il ritardo dei lavori edili, comprese le condizioni climatiche avverse nella stagione invernale e i divieti normativi. I motivi della sospensione dei lavori edili e l'eventuale imprevedibilità degli stessi per le parti sarebbero giuridicamente irrilevanti.

23 Il direttore dell'autorità nazionale ha presentato un ricorso per cassazione presso il Varhoven administrativen sad (Corte suprema amministrativa) contro la decisione del Tribunale amministrativo di Dobrich che ha annullato la rettifica finanziaria applicata a carico del comune di Balchik.

24 Nel merito, il ricorrente in cassazione continua a sostenere la tesi esposta nella motivazione dell'atto amministrativo da esso adottato, aggiungendo che la «forza maggiore» è un caso fortuito che non comprende i fattori di rischio nell'ambito dell'attività usuale svolta dell'aggiudicataria. Nel calcolare il termine di esecuzione, l'aggiudicataria, se avesse predisposto una corretta preparazione, avrebbe dovuto considerare rischi usuali le naturali condizioni meteorologiche avverse legate alla stagione. Il fatto di non averne tenuto conto nel calcolare il termine per l'esecuzione e la conseguente mancata esecuzione entro il termine indicano un'impossibilità soggettiva e non oggettiva dell'esecuzione.

25 Il resistente in cassazione ritiene che le condizioni meteorologiche avverse non siano oggetto degli atti giuridici adottati secondo il modulo 10. Il legislatore non prescrive alcun motivo per la loro emissione. La ripresa dei lavori edili è avvenuta dopo l'adozione di un atto giuridico secondo il modulo 11 e non a seguito del venir meno dei motivi di sospensione. Gli atti giuridici secondo i moduli 10 e 11 sono stati emessi in presenza della concorde volontà dei partner commerciali con prestazioni reciproche.

26 Inoltre, esso sostiene che non può esservi modifica efficace dell'appalto pubblico se le parti non concordano per iscritto di modificarlo.

DOCUMENTO DI LAVORO

Breve esposizione della motivazione del rinvio pregiudiziale

27 La Corte suprema amministrativa è investita di una controversia la cui decisione riguarda l'interpretazione e l'applicazione delle norme dell'Unione, tenendo conto del principio del primato del diritto dell'Unione rispetto al diritto interno in caso di conflitto tra di essi. Un ulteriore argomento a favore della ricevibilità della presente domanda di pronuncia pregiudiziale è il fatto che il bilancio dell'Unione è interessato nei limiti in cui la controversia riguarda la spesa legittima delle risorse dei fondi SIE.

28 La giurisprudenza nazionale sull'interpretazione dell'articolo 116, paragrafo 1, punto 7, in combinato disposto con l'articolo 116, paragrafo 5, punti 1 e 2, dello ZOP, che recepisce l'articolo 72, paragrafo 1, lettera e), in combinato disposto con il paragrafo 4, lettere a) e b), della direttiva 2014/24, non è uniforme. Inoltre, sorgono dubbi sul corretto recepimento della direttiva nella parte relativa alle «circostanze imprevedibili», nonché riserve pratiche circa la questione se i rischi prevedibili per l'esecuzione dell'appalto debbano essere presi in considerazione nello stabilire il termine di esecuzione. Si pongono le seguenti questioni controverse.

29 Una questione controversa è se sia possibile presumere una modifica illegittima dell'appalto pubblico anche quando le parti non hanno concluso un accordo scritto che modifichi l'appalto, ma esistano altri tipi di comunicazione tra le stesse con tracce scritte da cui si può dedurre una modifica dei termini essenziali dell'appalto.

30 È vero che gli appalti pubblici, secondo la definizione di cui all'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24, consistono in contratti stipulati per iscritto. Una modifica valida dell'appalto presuppone un accordo scritto delle parti per modificare le clausole del contratto d'appalto. Tuttavia, è anche vero che l'articolo 2, paragrafo 1, punto 18, della direttiva 2014/24 definisce come «scritto» o «per iscritto» un insieme di parole o cifre che può essere letto, riprodotto e poi comunicato, comprese informazioni trasmesse e archiviate con mezzi elettronici; mentre, secondo il considerando 58 della direttiva 2014/24, elementi essenziali di una procedura di appalto quali i documenti di gara, le richieste di partecipazione, le conferme di interesse e le offerte dovrebbero sempre essere in forma scritta, tuttavia la comunicazione orale con operatori economici dovrebbe d'altro canto rimanere possibile purché il suo contenuto sia sufficientemente documentato. La diversa interpretazione delle suddette disposizioni di diritto derivato dell'Unione, riscontrata dal giudice nazionale, solleva dubbi sul loro significato.

31 Secondo una delle opinioni espresse nella giurisprudenza della Corte suprema amministrativa (ad esempio nella sentenza della Corte suprema amministrativa n. 6755/2020), la volontà delle parti di un appalto pubblico deve essere interpretata non solo sulla base del suo contenuto, ma devono essere analizzate anche le circostanze, le dichiarazioni e il comportamento delle parti. Una modifica del contratto in violazione dell'articolo 116, paragrafo 1, dello ZOP non è

DOCUMENTO DI LAVORO

ipotizzabile solo nel caso di un accordo scritto efficace tra le parti. L'eventuale modifica illegittima dell'appalto deve essere valutata tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti, comprese le dichiarazioni e il comportamento delle parti nell'esecuzione dell'appalto.

32 La mancata esecuzione dell'appalto entro il termine previsto integra oggettivamente la fattispecie di una modifica sostanziale dell'appalto, a condizione che, in assenza di ragioni oggettive rilevanti, essa modifichi una condizione essenziale dei documenti, dell'offerta dell'aggiudicatario e del contratto stipulato con quest'ultimo, e a condizione che l'amministrazione aggiudicatrice non richieda una penale per l'esecuzione irregolare, ma la accetti senza contestazioni. Il termine risultante dai documenti ha determinato l'ambiente concorrenziale; questa modifica consente condizioni che avrebbero suscitato l'interesse anche di altri partecipanti e spostato l'equilibrio dell'appalto a favore dell'aggiudicatario.

33 A questo punto di vista si contrappone quello opposto (rappresentato, ad esempio, nella sentenza della Corte suprema amministrativa nella causa amministrativa n. 7911/2020). In base a esso, sussiste una modifica dell'appalto solo se le parti di un accordo scritto hanno convenuto di modificare una clausola contrattuale. La mancata applicazione di una penale contrattuale per il ritardo nell'adempimento non deve essere considerata come una modifica dell'appalto. Ove si debba ipotizzare che il motivo del ritardo nell'esecuzione dell'appalto pubblico sia attribuibile all'aggiudicatario, ciò non deve essere considerato come una modifica dell'appalto, ma come un'esecuzione non regolare dell'appalto da parte di esso. Non vi sono norme giuridiche che istituiscano la fictio iuris secondo cui l'esecuzione tardiva nel caso in cui non si faccia valere il diritto contrattuale al danno da ritardo costituisca una «modifica dell'appalto».

34 È inoltre necessario chiarire le nozioni di «ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione», «circostanze imprevedibili» e «circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice diligente non ha potuto prevedere» ai sensi della direttiva 2014/24.

35 Per le ragioni sopra esposte, l'interpretazione dell'articolo 72, paragrafo 1, lettera e), in combinato disposto con il paragrafo 4, lettere a) e b), della direttiva 2014/24 e l'articolo 72, paragrafo 1, lettera c), in combinato disposto con il considerando 109 della direttiva 2014/24 nonché nozioni quali «circostanze imprevedibili», «ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione» e «circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice diligente non ha potuto prevedere» è necessaria ai fini della corretta definizione del procedimento principale.

36 Secondo il considerando 109 della direttiva 2014/24, 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.

DOCUMENTO DI LAVORO

37 La legge nazionale sugli appalti pubblici, lo ZOP, definisce il termine «circostanze imprevedibili» come circostanze che si sono verificate dopo l'aggiudicazione dell'appalto, che non avrebbero potuto essere previste con l'esercizio della dovuta diligenza, che non sono riconducibili ad atti o omissioni delle parti, ma che rendono impossibile l'esecuzione alle condizioni concordate.

38 Il legislatore nazionale ha previsto all'articolo 116, paragrafo 1, punti 2 e 3, dello ZOP la possibilità di modificare legittimamente l'appalto pubblico, riguardando il punto 2 circostanze imprevedibili che rendono necessarie forniture, servizi o lavori supplementari non compresi nell'appalto pubblico originario e il punto 3 circostanze che non potevano essere previste dall'amministrazione aggiudicatrice esercitando la dovuta diligenza e che rendono necessaria una modifica che non cambia l'oggetto dell'appalto o dell'accordo quadro.

39 È inoltre controverso in che misura la direttiva sia stata correttamente recepita nel diritto nazionale sotto il profilo della definizione di «circostanze imprevedibili».

40 È altresì rilevante ai fini della definizione della controversia se, in un caso come quello di cui al procedimento principale, in cui nella documentazione dell'appalto era stato stabilito come condizione iniziale il termine di esecuzione entro certi limiti, il cui mancato rispetto comportava l'esclusione del partecipante, le disposizioni della direttiva 2014/24 consentano un certo grado di flessibilità per quanto riguarda le modifiche successive all'aggiudicazione dell'appalto, sotto forma di proroga del termine di esecuzione mediante l'emanazione di atti giuridici che lo sospendono durante i lavori edili per motivi che non sono qualificabili come circostanze imprevedibili, ma condizioni meteorologiche avverse usuali per la stagione e divieti normativi che le parti del contratto avrebbero potuto accertare o prevedere esercitando la dovuta diligenza al momento della conclusione del contratto. La modifica illegittima dell'appalto richiede un'azione comune delle parti.

41 Ci si chiede se le condizioni meteorologiche usuali per il periodo dell'anno in questione, rilevanti ai fini dell'esecuzione dell'appalto, nonché i divieti normativi sulle attività che rientrano nell'oggetto dell'appalto, costituiscano rischi che le parti del contratto avrebbero potuto prevedere con una ragionevole e diligente preparazione e esercitando la dovuta diligenza prima di concludere il contratto.

42 Per quanto riguarda la direttiva 2014/24/UE, questo Collegio presume che essa non sia applicabile nella causa pendente dinanzi al giudice nazionale, in quanto il valore dell'appalto pubblico di cui trattasi è inferiore alle soglie stabilite dalla direttiva. D'altra parte, l'articolo 116 dello ZOP recepisce l'articolo 72 della direttiva 2014/24 e l'interpretazione è necessaria ai fini dell'applicazione uniforme della legge negli Stati membri dell'Unione europea.

43 Per le ragioni sopra esposte, la Corte suprema amministrativa propone d'ufficio la presente domanda di pronuncia pregiudiziale con le questioni formulate.

DOCUMENTO DI LAVORO