

Opinione dissenziente dell'arbitro avv. Filippo Lattanzi

Confermo il mio dissenso, già comunicato nel corso delle camere di consiglio del 4 ottobre, 12 ottobre, 18 ottobre e 11 novembre 2021, rispetto alla decisione assunta dalla maggioranza del collegio arbitrale e trasfusa nel lodo.

1. In generale una declaratoria di nullità (pur se parziale) di una clausola di un contratto aggiudicato all'esito di una procedura di evidenza pubblica costituisce di per sé ipotesi del tutto originale; ma quando la motivazione della supposta radicale invalidità della previsione negoziale viene ricondotta, come nella specie, al mancato raggiungimento dell'accordo delle parti sul suo contenuto, una siffatta soluzione ermeneutica non può trovare alcuno spazio nell'ordinamento per le seguenti ragioni.

2. In primo luogo perché la tesi qui contestata si risolve nella inammissibile disapplicazione di una regola puntuale fissata dalla disciplina di gara, la quale a sua volta aveva rinviato ad una norma di legge, per di più di diretta derivazione eurounitaria.

Va infatti considerato che in una procedura selettiva ispirata alle regole dell'evidenza pubblica lo schema di contratto (predisposto dalla stazione appaltante) costituisce elemento costitutivo e parte integrante della *lex specialis*, come tale sottoposto alla piena, incondizionata ed integrale accettazione dei concorrenti, a pena di non ammissione alla competizione.

Nella specie il vincolo di stretta inerenza e dipendenza delle pattuizioni contrattuali dai presupposti atti pubblicistici di indizione e regolamentazione della fase di scelta del contraente risultava ancora più intenso.

Ed infatti, fissata dal bando (punto II.2.2, *Opzioni*) la regola secondo cui *la Cnpadc si riserva l'opzione prevista dall'art. 57 comma 5 lett. b) come meglio stabilito dal disciplinare di gara* - il quale a sua volta precisava (art. 2 quartultimo capoverso) che *la stazione appaltante si riserva la facoltà di esercitare l'opzione di cui all'art. 57 comma 5 lett. b) .. in tale ipotesi la ripetizione dei servizi potrà essere richiesta per un periodo massimo di 36 mesi-*, del tutto coerentemente l'art. 3 del contratto, dopo aver stabilito che il rapporto avrebbe avuto durata triennale dall'1 aprile 2015 al 31 marzo 2018, ha ribadito che *così come previsto nella Sezione II.2.2. del bando .. la Cassa si riserva la facoltà di esercitare l'opzione di cui all'art. 57 comma 5 lett. b), Codice .. che potrà essere richiesta per un periodo massimo di 36 mesi.*

Sostenere dunque che le parti del rapporto contrattuale non avrebbero raggiunto l'accordo sulla portata applicativa della seconda parte dell'art. 3 del

contratto stipulato l'1 aprile 2015 - la quale, nella prospettazione fatta propria dalla maggioranza del Collegio nel lodo, addirittura dovrebbe essere considerata *inesistente*, come si trae dalla riconduzione all'ambito applicativo dell'art. 2041 cc dell'obbligazione restitutoria a carico della Cassa per il secondo triennio a fronte della erogazione delle prestazioni da parte della BPS - produce il paradossale e non consentito effetto non soltanto di svuotare di qualsivoglia contenuto precettivo una pattuizione negoziale, il presupposto atto indittivo e quello di regolamentazione della procedura di evidenza pubblica, ma soprattutto di rendere inoperativa l'unica base giuridica in grado di legittimare una previsione contrattuale derogatoria dell'obbligo della indizione di una nuova procedura di gara, e cioè l'art. 57 comma 5 lett. b) dlvo n. 163/06, che traspone la corrispondente disposizione contenuta nell'art. 31 n. 4 lett. b) della direttiva n. 18/2004.

In altri termini, non è la clausola contrattuale in sé ad essere oggetto di una divergenza interpretativa o applicativa, ma l'intera dimensione (tutta pubblicistica) della procedura di gara, strutturata in un certo modo proprio per consentire alla stazione appaltante l'esercizio di un diritto potestativo: ne consegue che la manifestazione della volontà delle parti non si ricava dalla sola dimensione psicologica di una di esse o di entrambe; ma sulla realtà oggettivizzata non solo dalla espressione letterale della singola clausola, ma dalla intera struttura del procedimento da cui è generata, e che costituisce, sin dal primo atto indittivo, una modalità specifica di autoregolamentazione degli interessi.

Conseguentemente, la decisione di considerare inapplicabile al caso di specie la norma (e la correlativa clausola di suo pedissequo recepimento nel sinalagma) sulla *ripetizione dei servizi analoghi* produce l'inevitabile (ma non consentito) effetto di aver consentito ad un operatore economico, quale BPS, di eseguire per il secondo triennio le prestazioni inerenti il servizio di tesoreria senza un valido titolo giuridico di fonte pubblicistica; essa dunque si pone in palese contrasto con le conferenti disposizioni di derivazione unionale che vietano tutte le forme di affidamento diretto dei contratti pubblici, non precedute cioè dall'espletamento di una procedura di gara, fatta eccezione per le ipotesi derogatorie tipizzate, fra le quali appunto quelle contemplate dall'art. 57 del previgente codice.

3. La soluzione della nullità parziale della clausola contrattuale *de qua* non convince anche sotto un ulteriore concorrente profilo.

L'art. 3 del contratto, nella parte in cui richiama l'art. 57 comma 5 lett. b) del previgente codice dei contratti pubblici, intendeva sottoporre allo specifico regime contemplato dalla norma derogatoria la possibilità per la stazione appaltante di prorarre per un ulteriore triennio la durata del rapporto contrattuale con l'aggiudicatario senza addivenire ad un nuovo confronto competitivo.

E' quindi incontrovertibile che le parti sottoscrittrici del contratto avessero manifestato la univoca volontà di attribuire alla committente il diritto potestativo di stabilire se, alla scadenza del primo triennio contrattuale, fosse preferibile proseguire con l'originario fornitore del servizio per un ulteriore periodo triennale, ovvero concludere il rapporto e procedere con una nuova gara.

Conseguentemente, insorta la controversia interpretativa sulla questione se, per l'ulteriore triennio, il rapporto sarebbe dovuto proseguire alle medesime pattuizioni, ovvero se le parti avrebbero dovuto avviare una fase di negoziazione per definire le nuove condizioni da applicare al rapporto per il prosieguo, BPS ha deciso di deferire ad arbitri la definizione della questione.

Ebbene, la circostanza che, rispetto alla portata precettiva dell'art. 57 comma 5 lett. b), le parti avessero prospettato due soluzioni antitetiche in ordine alla rinegoziabilità delle condizioni avrebbe imposto al Collegio arbitrale di dirimere il conflitto ermeneutico fornendo la sua interpretazione della norma; al contrario, la decisione della maggioranza del Collegio di dichiarare l'invalidità radicale (addirittura l'inesistenza) della clausola sulla opzione di estensione della durata del rapporto contrattuale, per di più in ragione del mancato raggiungimento dell'accordo, significa abdicare alla funzione essenziale ed imprescindibile per ogni organo attributario di potestà giurisdizionali di interpretare la portata precettiva di una disposizione di legge, a maggior ragione se trasfusa e/o richiamata in una clausola negoziale, ed in ogni caso decisiva per la soluzione della controversia.

4. In terzo luogo sulla effettiva portata applicativa dell'art. 57 comma 5 lett. b), ed in particolare sulla questione se la prosecuzione del rapporto dovesse avvenire o meno alle medesime condizioni del contratto originariamente aggiudicato, la giurisprudenza del giudice amministrativo e le conferenti decisioni di Anac sono consolidate nel ritenere che, nel caso della ripetizione di servizi analoghi, non vi siano margini per apportare significative modifiche alle originarie pattuizioni negoziali: con la inevitabile conseguenza che il dubbio interpretativo sul quale il Collegio era chiamato ad esprimere la sua

posizione avrebbe potuto essere agevolmente risolto in favore delle tesi propugnate dalla Cassa.

In effetti, va considerato che le varie ipotesi contemplate nell'art. 57 riguardano i diversi casi nei quali l'ente aggiudicatore è autorizzato ad affidare l'esecuzione del contratto senza il previo esperimento di procedure aperte o ristrette: si tratta delle fattispecie derogatorie nelle quali, a determinate rigorose condizioni, l'operatore economico può essere individuato direttamente dalla PA prescindendo dall'espletamento di una procedura competitiva previa pubblicazione del bando, fra le quali è prevista anche quella inerente la *ripetizione di servizi analoghi*.

In quest'ultimo caso l'estensione temporale della durata del contratto a favore dell'originario aggiudicatario si sostanzia in un affidamento diretto, eccezionalmente consentito al ricorrere delle condizioni fissate dalla norma, e cioè (a) *conformità ad un progetto di base*, (b) *previsione di tale opzione nel bando originario*, (c) *computo dell'importo aggiuntivo nella base d'asta*, (d) *limitazione al triennio successivo alla conclusione dell'appalto iniziale*; solo la concomitante presenza di tali requisiti autorizza infatti la PA a prorogare il vincolo contrattuale con l'originario affidatario piuttosto che applicare le regole ordinarie, che contemplano la indizione e l'espletamento *ex novo* di una procedura di affidamento aperta o ristretta.

Per stabilire dunque se nella situazione appena descritta all'esito della invocata negoziazione fosse consentita, ed eventualmente entro quali limiti, una modifica delle condizioni contenute nell'offerta presentata dall'operatore economico risultato aggiudicatario, occorre verificare in generale le ipotesi in cui l'ente aggiudicatore non abbia possibilità alcuna di applicare la norma derogatoria in oggetto e sia invece obbligato ad attivare una nuova procedura di evidenza pubblica.

A questi fini risulta dirimente la regola fissata dall'art. 106, comma 4 dell'attuale codice dei contratti (con la quale sono stati positivizzati principi consolidati nella giurisprudenza pregressa) secondo cui *la modifica di un contratto .. durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti .. in particolare quando (lett. a) *introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito .. l'accettazione di un'offerta diversa .. oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione*, ovvero (lett. b) *cambia l'equilibrio economico del contratto .. a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale* ..; la regola in oggetto è da*

leggere in combinato disposto con quella fissata dal primo comma dello stesso 106, in forza della quale *i contratti di appalto .. possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento ... (lett. e) se le modifiche non sono sostanziali ..*

Il principio si pone in linea con Corte di Giustizia UE, 7 settembre 2016, C-549/14, *Finn Frogne*, per la quale *il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza .. ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario apportino alle disposizioni di tale appalto modifiche tali .. da presentare caratteristiche sostanzialmente diverse da quelle dell'appalto iniziale; ed anche con Corte di Giustizia UE, 13 aprile 2010, C-91/08, *Wall*, secondo la quale *qualora le modifiche apportate alle disposizioni di un contratto di concessione di servizi presentino caratteristiche sostanzialmente diverse da quelle che abbiano giustificato l'aggiudicazione del contratto di concessione iniziale, e siano, di conseguenza, idonee a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale contratto, devono essere concessi .. tutti i provvedimenti necessari per reintrodurre la trasparenza nel procedimento, ivi compresa anche la possibilità di un nuovo provvedimento di aggiudicazione.**

Conseguentemente la pretesa di BPS di rinegoziare, alla scadenza del primo triennio, la misura del tasso di interesse creditore sui depositi da riconoscere alla Cassa - il quale, ai sensi dell'art. 8.1 del contratto di appalto, era parametrato *al tasso comunicato dalla BCE pro tempore vigente aumentato di 1,20 punti percentuali*- integra per definizione una tipica ipotesi di modifica *sostanziale* del contratto di appalto, come tale non consentita in quanto significativamente alterativa dell'equilibrio economico dell'originario sinalagma.

L'orientamento giurisprudenziale interno è sostanzialmente univoco nel propendere per la soluzione interpretativa in forza della quale, al ricorrere di tutti i presupposti legittimanti, la protrazione del rapporto con l'originario contraente è consentita solo *alle medesime condizioni* del rapporto già in essere.

Ed invero a fronte di un risalente ed isolato indirizzo contrario (sancito da Cons. Stato, n. 2882/09), tutte le pronunce successive (Cons. Stato nn. 3580/13, 4081/14, 1337/2018, 3520/19, Cgars, n. 1201/2020, Tar Lazio n. 14190/2020, Tar Umbria, n. 49/2021) confermano la necessità che la ripetizione dei servizi analoghi avvenga alle medesime condizioni del contratto originario, ammettendosi una eccezione solo per l'ipotesi (cfr. in termini

Cons. Stato n. 3520/19) in cui il rinnovo avvenga *a condizioni economiche più vantaggiose per la PA senza mutare l'oggetto del rapporto contrattuale*.

A sua volta Anac con una serie di decisioni identiche (deliberazioni nn. 34/2011, 6/2013, 117/2016, 68/2019, 175/2021, nonché Comunicato del Presidente del 4 novembre 2015) ha ribadito il principio in forza del quale *gli elementi indispensabili per l'utilizzo della opzione di rinnovo sono: 1. parità di condizioni del contratto iniziale; 2. tempo predeterminato e limitato; 3. previsione negli atti di gara, anche ai fini del computo dell'importo a base di appalto; 4. facoltà esercitata in modo espresso e con adeguata motivazione*.

Se ne trae che la divergenza interpretativa, ritenuta decisiva dalla maggioranza del Collegio arbitrale per ritenere non formato il consenso fra le parti sulla portata precettiva della clausola sulla opzione per il rinnovo, avrebbe potuto essere agevolmente risolta facendo mera applicazione del consolidato orientamento giurisprudenziale e della prassi dell'Autorità.

5. Ma anche ammettendo la plausibilità (*quod non est*) del dubbio interpretativo insorto sulla modificabilità delle condizioni del contratto originario, esso avrebbe potuto generare non già una ipotesi di nullità della clausola (men che mai di sua inesistenza) per mancato raggiungimento dell'accordo, ma, a tutto voler concedere, una questione di invalidità per vizio del consenso astrattamente sussumibile nell'ambito applicativo degli artt. 1428 cc e seguenti, in particolare per errore di diritto tale da determinare, al ricorrere delle condizioni prescritte dalla legge, l'annullabilità parziale della clausola ex art. 1429, n. 4 cc.

Ora, osservato in via pregiudiziale che parte attrice non ha mai formulato, neanche in via indiretta, una domanda fondata sull'art. 1441 cc (ciò che avrebbe comunque precluso al Collegio di delibare sotto questo angolo visuale il *thema decidendum*), ai fini del presente giudizio rileva la circostanza che i presupposti per l'annullabilità di un contratto per errore di diritto sono comunque assai rigorosi, ricorrendo quando il consenso di una parte sia determinato *in via esclusiva o principale da falsa rappresentazione circa l'esistenza, l'applicabilità o la portata di una norma giuridica imperativa o dispositiva e tale vizio, inoltre, sia rilevabile dall'altro contraente con l'uso della normale diligenza ...* (cfr. Cass. n. 2340/1995).

Ebbene, poiché in coerenza con il costante orientamento giurisprudenziale sopra rappresentato il dubbio interpretativo sollevato da BPS - non essendo connotato né da essenzialità, né da riconoscibilità da parte dell'altro contraente - non avrebbe potuto giustificare una pronuncia di annullamento per

errore di diritto, a maggior ragione mai avrebbe dovuto fondare una decisione dichiarativa della nullità radicale della clausola per mancata formazione dell'accordo sul suo significato precettivo.

6. Per tutte le ragioni esposte sono dell'opinione che nella specie difettino del tutto i presupposti per una statuizione decisoria del Collegio dichiarativa della nullità parziale della clausola contrattuale per mancanza del requisito di cui all'art. 1325 cc n. 1; assai significativo, in questa prospettiva, che in giurisprudenza non è dato rinvenire neanche un precedente in termini, nel quale cioè l'organo giudicante abbia pronunciato l'invalidità per mancato accordo di una specifica clausola di un contratto aggiudicato all'esito di una procedura di evidenza pubblica, per di più sollevando d'ufficio la relativa questione.

Per converso sono rinvenibili gli elementi per l'integrale accoglimento delle conclusioni rassegnate dalla Cassa.

Occorre prendere le mosse dalla constatazione che quella propugnata dalla Cassa sulla portata dell'art. 57 comma 5 lett. b) è l'unica opzione ermeneutica coerente con i principi dell'evidenza pubblica unionale, i quali consentono l'affidamento diretto del servizio al medesimo fornitore anche oltre la scadenza naturale del contratto solo se ricorrono tutte le condizioni fissate dalla conferente norma; conseguentemente, ogni configurazione del rapporto, sviluppatosi fra le parti per il triennio 2018-2021, che non si basi sulla pacifica ed integrale applicazione della norma comunitaria sulla *ripetizione dei servizi analoghi*, renderebbe priva di valido titolo giuridico l'esecuzione delle attività riconducibili al servizio di tesoreria da parte di BPS.

Quanto poi al profilo della modificabilità delle condizioni del contratto originario nella ipotesi della *ripetizione di servizi analoghi*, si è visto che la giurisprudenza ammette eccezionalmente la rivedibilità di talune pattuizioni purché non sostanziali ed in ogni caso più favorevoli per la PA (in termini Cons. Stato, n. 3520/19 cit. per la quale *le originarie condizioni di gara non precludevano dunque .. di disporre il rinnovo a condizioni economiche più vantaggiose per essa senza mutare l'oggetto del rapporto contrattuale*).

Ebbene, se a fronte di una ipotesi di *ripetizione di servizi analoghi* che contempli una rimodulazione qualitativa o quantitativa delle prestazioni da eseguirsi da parte dell'originario affidatario potrebbe astrattamente ammettersi una correlata proporzionale modifica delle condizioni economiche per il nuovo periodo, quando invece (come nel caso di specie) la Cassa ha esercitato l'opzione prevedendo il mero differimento del termine di scadenza del rapporto contrattuale senza alcuna alterazione del complesso delle attività da

eseguirsi demandate alla BPS per il secondo triennio, non è rinvenibile nell'ordinamento alcuna possibilità di modificare le condizioni economiche pattuite nel contratto originario.

Sono dunque dell'opinione che le domande formulate dalla Cassa debbono essere integralmente accolte mentre, correlativamente, quelle rassegnate dalla BPS tutte necessariamente respinte.

7. Un autonomo ordine di considerazioni critiche infine deve essere riservato alle statuizioni decisorie contenute nel §4 del lodo relativamente alle *conseguenze concrete rispetto ai comportamenti delle parti*, cioè agli effetti derivanti dalla declaratoria di inesistenza parziale della clausola.

Sono infatti numerose le aporie, sia di carattere processuale che di natura sostanziale, indotte dalla lettura dei relativi capi decisorii.

In buona sostanza la maggioranza del Collegio ha stabilito:

- i) di qualificare in termini di indebito arricchimento la fonte dell'obbligazione della Cassa, la quale avrebbe beneficiato delle prestazioni erogate dalla BPS senza un valido titolo contrattuale;
- ii) di qualificare come indennitaria l'obbligazione restitutoria della Cassa;
- iii) di assumere, in via equitativa, come parametro per la quantificazione del debito della Cassa il tasso di interesse unilateralmente applicato dalla BPS per il periodo 2019-2021.

Ma ognuna delle statuizioni decisorie appena declinate sottende le seguenti criticità in punto di competenza, ammissibilità, fondatezza.

Va infatti osservato innanzi tutto che, in presenza di una clausola compromissoria che deferisca agli arbitri la competenza a pronunciare sulle controversie in tema di esecuzione e validità del contratto (come quella attivata nella specie da BPS), in linea di principio deve ritenersi preclusa al collegio arbitrale la possibilità di pronunciare su una domanda ex art. 2041 cc in quanto (Cass. n. 18567/11) *la compromissione in arbitri delle controversie relative all'esecuzione del contratto non comprende di per sé le controversie aventi ad oggetto la domanda di pagamento dell'indennizzo per arricchimento senza causa, in quanto diverse per causa petendi e per petitum, riguardando entrambe diritti cd. eterodeterminati, per l'individuazione dei quali è indispensabile il riferimento ai relativi fatti costitutivi.*

Ma non basta, perché, anche in considerazione del carattere necessariamente sussidiario dell'azione *de qua* affermato dalla legge (cfr. art. 2042 cc), va

recisamente esclusa la possibilità di una decisione di condanna alla rifusione dell'indennizzo ex art. 2041 cc assunta da un organo giudicante in via officiosa, cioè senza la formulazione di apposita domanda della parte asseritamente danneggiata.

In altri termini la circostanza che la proponibilità dell'azione di arricchimento sia condizionata *ex lege* dalla oggettiva mancanza di altri strumenti di tutela del pregiudizio asseritamente subito impone all'organo giudicante (e dunque al Collegio arbitrale) di verificare con il massimo rigore che effettivamente l'azione in questione sia l'unica disponibile in termini assoluti per la parte danneggiata.

Tuttavia, è sufficiente esaminare le numerose domande formulate da BPS nel presente giudizio arbitrale (nonché quelle che teoricamente avrebbero potuto essere proposte dalla parte attrice) per rendersi conto che essa avrebbe avuto concretamente a disposizione numerosi strumenti di tutela, assai più pertinenti, di quello enucleato d'ufficio dalla maggioranza del Collegio arbitrale.

Né avrebbe pregio sostenere che il Collegio arbitrale, dichiarata la nullità parziale della clausola, si sarebbe dovuto comunque fare carico di statuire sulle conseguenze derivanti dalla inoperatività della pattuizione negoziale sulla opzione di durata; proprio la circostanza che nessuna domanda in tal senso risultava formulata avrebbe dovuto indurre la maggioranza del Collegio ad arrestarsi alla pronuncia di invalidità, senza sostituirsi indebitamente alle parti nell'assumere iniziative di loro esclusiva spettanza, anche in punto di valutazione fra le varie opzioni astrattamente disponibili.

Nel merito poi non convince affatto il recepimento della soluzione prospettata nella relazione di consulenza tecnica (la n. 3) che attribuisce rilievo di rimente al tasso di interesse applicato unilateralmente da BPS a decorrere dall'1 aprile 2019.

E' consolidato infatti in giurisprudenza (SSUU n. 23385/2008, nonché Cass. n. 18785/2005) l'orientamento che esclude dalla indennizzabilità in seguito ad una fattispecie di arricchimento senza causa qualunque voce a titolo di lucro cessante, riconoscendo solo la diminuzione patrimoniale subita dal creditore che abbia erogato la prestazione senza copertura contrattuale.

Poiché dalla relazione di consulenza si trae soltanto che il tasso di interesse applicato da BPS risulterebbe in linea con le condizioni di mercato, il suo

acritico recepimento attesta che la maggioranza del Collegio non ha effettuato alcuna autonoma indagine circa lo scomputo del cd utile da quel parametro.

8. Per tutte le ragioni sopra esposte invito la maggioranza del Collegio a rimeditare criticamente la motivazione sottesa alla decisione trasfusa nella bozza di decisione, la cui conferma nella versione definitiva di lodo comporterebbe il più che concreto rischio di una sua integrale caducazione in sede di impugnativa, anche in considerazione della previsione di cui all'art. 209 comma 14 dlvo n. 50/2016, la quale ammette l'impugnabilità del lodo *anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia*.

Nei termini esposti è la mia opinione dissenziente.

Roma, 22 novembre 2021

Avv. Filippo Lattanzi