Pubblicato il 25/02/2022

**N. 00228/2022 REG.PROV.COLL.**
**N. 00478/2020 REG.RIC.**

**R E P U B B L I C A  I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 478 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Mobit Società Consortile A R.L., rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Bianchi, Massimo Luciani, Pier Luigi Santoro, Mario Siragusa, Fabio Cintioli, Giovanni Pravisani, Bruno Bitetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alberto Bianchi in Firenze, via Palestro 3;

***contro***

Regione Toscana, rappresentato e difeso dagli avvocati Lucia Bora, Luciana Caso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Autolinee Toscane Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Massimiliano Lombardo, Giannalberto Mazzei, Giuseppe Morbidelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Morbidelli in Firenze, via La Marmora 14;

*per l'annullamento*

- della Deliberazione della Giunta Regionale della Toscana n. 573 del 4.5.2020;
- della Deliberazione della Giunta Regionale della Toscana n. 281 del 2.3.2020, ivi incluso l'Allegato 1 alla predetta DGR 281/2020, acquisito mediante accesso agli atti effettuato in data 4.5.2020 e di tutti gli atti dell'istruttoria, ancorché non conosciuti, richiamati nella predetta DGR 281/2020;
- se ed in quanto occorrer possa, di ogni altro atto connesso, presupposto, antecedente e consequenziale, ancorché allo stato non conosciuto, tra cui, in particolare, il decreto dirigenziale n. 6585/2019;
- nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 6/10/2020:

per l'annullamento e/o la nullità e/o l'inefficacia

- del decreto dirigenziale n. 12355 del 4 agosto 2020 della Regione Toscana avente ad oggetto "affidamento in concessione dei servizi di TPL nell'ATO regionale toscano – approvazione schema di contratto e relativi allegati 8CIG 376562540D – CUP 59B120017007)" e dei relativi allegati, conosciuti in data 11 settembre 2020, all'esito della richiesta di accesso agli atti;
- del "Contratto per l'affidamento in concessione di servizi di trasporto pubblico locale nell'Ambito territoriale ottimale della Regione Toscana" sottoscritto tra la Regione Toscana e Autolinee Toscane S.p.A. il giorno 10 agosto 2020 ed i relativi allegati, conosciuti in data 11 settembre 2020, all'esito della richiesta di accesso agli atti;
- della comunicazione ex art. 79, comma 5, lett. b-ter) del D.lgs. 163/2006 trasmessa dalla Regione Toscana a Mobit s.c.ar.l., avente ad oggetto "Procedura aperta per l"Affidamento in concessione di servizi di trasporto pubblico locale nell'Ambito territoriale ottimale della Regione Toscana – TPL'. Comunicazione", con la quale la Regione Toscana ha comunicato che in data 10 agosto 2020 è stato stipulato il contratto con la società Autolinee Toscane s.p.a.;

- se ed in quanto occorrer possa, di ogni altro atto connesso, presupposto, antecedente e consequenziale, ancorché allo stato non conosciuto, tra cui, in particolare la delibera di Giunta regionale della Regione Toscana n. 781 del 22 giugno 2020, la delibera di Giunta Regionale della Regione Toscana n. 1048 del 27 luglio 2020, conosciute in data 11 settembre 2020, all'esito della richiesta di accesso agli atti.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Toscana e di Autolinee Toscane Spa;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2021 il dott. Raffaello Gisondi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Mobit, Società nata per partecipare alla gara indetta dalla regione Toscana per l'affidamento in concessione del servizio TPL ha instaurato con il predetto Ente e la Società Autolinee Toscane un contenzioso inerente la legittimità del provvedimento di aggiudicazione intervenuto a favore di questa. Il predetto provvedimento è stato in una prima fase annullato, poi reiterato e ancora una volta impugnato ma questa volta con esito negativo avendo prima questa Sezione e poi anche il Consiglio di Stato rigettato il secondo ricorso proposto dalla seconda classificata.
Con l'ulteriore iniziativa giudiziaria in epigrafe Mobit impugna con ricorso principale le delibere di cui in epigrafe con cui la Regione Toscana ha apportato alcune variazioni al contratto di concessione prima ancora della sua stipula. In particolare si tratta di adeguamenti economici che vanno a coprire l'aumento del costo della materie prime e i cali di introito derivanti della situazione emergenziale dovuta alla pandemia da Covid 19.

L'intero ricorso si regge sulla tesi secondo cui attraverso i predetti atti la regione avrebbe nella sostanza rinegoziato le condizioni contrattuali a favore dell'aggiudicatario ancor prima della stipula del contratto, modificando in tal modo gli assetti posti alla base del confronto concorrenziale con conseguente affidamento senza gara di un contratto diverso.

Sempre secondo Mobit tale operazione non sarebbe giustificabile alla luce del mutamento della situazione di fatto intervenuta nel periodo intercorso fra la conclusione della gara e la stipula del contratto (che ha coinciso con la durata del contenzioso), posto che se anche tali sopravvenienze avessero inciso sugli equilibri contrattuali la Regione non avrebbe potuto modificare il contratto messo a gara dovendo, invece, indirne una nuova.

Le predette tesi non sono condivise dal Collegio.

Il principio di immodificabilità del contratto non ha carattere assoluto.

Corte di Giustizia UE, sez. VIII, nella sentenza del 7 settembre 2016, in C. 549-14, ha chiarito che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne derivano ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario apportino alle disposizioni di tale appalto modifiche tali che tali disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse da quelle dell'appalto iniziale.

Ciò avviene, ha stabilito la Corte, solo quando le modifiche previste hanno l'effetto: a) di estendere l'appalto, in modo considerevole, ad elementi non previsti; b) di alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario; c) di rimettere in discussione l'aggiudicazione dell'appalto, nel senso che, «se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, sarebbe stata accolta un'altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi.

I principi affermato dalla Corte di Giustizia hanno trovato attuazione nelle direttive e poi nella disciplina interna prevista dal codice dei contratti pubblici il quale, in particolare, all'art. 106 ha fra l'altro esemplificato quelle che sono le modifiche sostanziali incompatibili con la trasparenza e la par condicio e

ammesso in via generale quelle modifiche il cui valore resti al di sotto del 10% salvo che alterino la natura complessiva del contratto.

E' noto poi che la disciplina delle concessioni prevede una elasticità ancora maggiore in tema di rinegoziazione delle condizioni contrattuali.

Il fatto che la concessione determini il trasferimento in capo al concessionario del rischio operativo non vale a connotarne la causa come aleatoria (Consiglio di Stato sez. IV - 19/08/2016, n. 3653); operano quindi anche in riferimento a tale tipologia contrattuale i rimedi volti a ricalibrare il rapporto qualora siano intervenuti fatti obiettivi che alterino in misura significativa l'equilibrio fissato dal piano economico finanziario, fra i quali è espressamente contemplata la revisione del contratto (art. 165 comma 6 D.lgs 50/2016).

Il Collegio ritiene che il complesso delle regole e principi sopra delineati trova applicazione anche al caso di specie ancorché le sopravvenienze che hanno determinato le modifiche deliberate dalla Regione siano intervenute nella fase fra la aggiudicazione e la stipula del contratto.

In primo luogo perché essendo stata causata la considerevole dilatazione della durata di tale fase dal contenzioso instaurato da Mobit deve trovare applicazione il generale principio secondo cui i tempi del giudizio non devono di per sé incidere sul rapporto controverso, non potendosi ammettere che la instaurazione di lunghi contenziosi possa assumere (anche in via indiretta ed involontaria) connotati strumentali che vadano oltre la reintegrazione delle posizioni soggettive lese.

In secondo luogo, militano a favore della soluzione accolta anche i principi di buona amministrazione ed economia delle risorse pubbliche: la indizione di una gara per l'affidamento della concessione di trasporto pubblico locale costituisce un impegno straordinario per l'amministrazione oltre a rispondere ad esigenze essenziali della collettività. Per questo i suoi esiti non possono essere vanificati in ragione di qualunque sopravvenienza che imponga una revisione delle condizioni contrattuali originariamente fissate, dovendosi

pervenire alla sua reiterazione, così come in fase di esecuzione del contratto, solo se le modifiche assumano carattere essenziale.

Ciò, tuttavia, nel caso di specie non accade.

Sotto un primo profilo la delibera impugna si è, infatti, limitata a dare applicazione all'adeguamento del corrispettivo all'aumento dei costi nei termini espressamente previsti dalla legge di gara (adeguamento che peraltro è stato espressamente richiesto sulla base dei medesimi presupposti anche dai gestori nel corso del periodo ponte fra cui la stessa Mobit)

Si è trattato quindi di una operazione non finalizzata a rimettere in discussione l'originario equilibrio del contratto messo a gara ma a conservarlo secondo un meccanismo noto e predeterminato.

Anche gli interventi causati dalla emergenza covid costituiscono attuazione di meccanismi di riequilibrio previsti dalla legislazione regionale (L.R.T. 22 giugno 2020 n. 41) per far fronte ad una situazione eccezionale ed imprevedibile (e quindi non ascrivile all'ordinario rischio di gestione) che nel periodo in considerazione ha completamente alterato l'ordinario flusso della utenza.

La ricorrente stigmatizza anche la nuova clausola in base alla quale la Regione ha deliberato di riconoscere ad AT il diritto di rivedere le condizioni dell'affidamento, prevedendo che "per gli anni 2023-2030 nel caso di mancato conseguimento degli obiettivi di efficienza stabiliti a livello nazionale in attuazione dell'art. 27 del D.L. n. 50 del 24 aprile 2017, convertito con Legge n. 96 del 21 giugno

2017, si procederà alla eventuale revisione dell'assetto della rete nel rispetto degli artt. 17, 18 e 33 del contratto di gara.

Anche in questo caso si tratta, tuttavia, di una previsione tutt'altro che innovativa degli assetti negoziali in quanto il suo significato non è quello di aprire la strada a qualunque forma di revisione a semplice richiesta della aggiudicataria ma, più semplicemente, quello di inserire nel testo contrattuale un dato di fatto che opererebbe anche a prescindere dal suo recepimento: e

cioè la necessità di ridefinire la ampiezza della rete di trasporto nel caso in cui i contributi statali previsti dal decreto legge 50/2017 dovessero essere ridotti.

Con ulteriore censura Mobit si duole del fatto che la Regione Toscana abbia deliberato di stipulare il contratto prima che siano completate le operazioni di trasferimento dei mezzi necessari dal vecchio al nuovo gestore in violazione di quanto previsto dalla lex specialis in base alla quale la stipula avrebbe dovuto seguire e non precedere le acquisizioni dei beni strumentali (la circostanza è posta anche alla base del terzo motivo aggiunto)..

Il rilievo è tuttavia inammissibile per difetto di interesse atteso che comunque la Regione ha stabilito di sospendere l'efficacia del contratto fino al completamento del subentro. Non si vede quindi quale vantaggio potrebbe trarre la ricorrente dal suo eventuale accoglimento.

Con il ricorso per motivi aggiunti Mobit, dopo aver ribadito le censure di cui al ricorso principale, ha sottoposto a critica altre previste modifiche contrattuali di cui sarebbe venuta a conoscenza a seguito di accesso agli atti.

Sotto un primo profilo la contestazione investe le anticipazioni che sarebbero state previste per far fronte alla emergenza Covid considerate alla stregua un ulteriore elemento che andrebbe ad alterare l'equilibrio contrattuale a favore del concessionario.

Tuttavia, come già si è detto, la pandemia da corona virus costituisce all'evidenza una sopravvenienza imprevedibile che giustifica la revisione del contratto. In questo contesto le anticipazioni non costituiscono una misura irragionevole o eccedente atteso che sono dirette a far fronte ad eventuali cali di liquidità dovuti alla drastica diminuzione del flusso di utenza durante le restrizioni varate dalle autorità.

La ricorrente lamenta che la Regione avrebbe disatteso le indicazioni contenute nel parere dell'Anac che pure è più volte richiamato negli atti impugnati.

In proposito va sottolineato che il parere della Autorità anticorruzione è stato chiesto in ordine alla possibilità di aggiornare il corrispettivo al mutamento di

costi intervenuto nella lunga fase di paralisi conseguente al contenzioso. Si tratta di questione giuridica la cui risposta in questa sede giudiziale è già stata data e rispetto alla quale il citata parere (pur assai autorevole) non può avere alcuna rilevanza.

Per il resto ANAC, che peraltro non aveva alcun potere di impartire prescrizioni vincolanti, si è limitata ad esprimere l'avviso che l'aggiornamento dovesse avvenire previa istruttoria sull'effettivo aumento dei costi e dovesse avvenire sulla scorta degli indici dell'aumento dei prezzi o secondo le modalità previste negli atti di gara. La Regione ha seguito tali indicazioni verificando l'effettivo aumento dei costi e applicando gli indici di adeguamento già fissati negli atti di gara,

Lamenta ancora Mobit che la revisione contrattuale avrebbe integrato l'oggetto del contratto aggiungendo nuovi servizi e prevedendo nuove tariffe.

Anche tale doglianza non merita favorevole considerazione posto che oggetto della concessione di cui si discute è un servizio pubblico che rimane nella disponibilità della amministrazione la quale conserva la facoltà di adeguarlo alle esigenze della collettività.

Detta facoltà comporta un diverso atteggiarsi dello jus variandi che trova la sua specifica disciplina nell'art. 175 del codice dei contratti.

Per stessa ammissione della ricorrente la variazione contestata rimane sotto la soglia del 10% del valore del contratto che è ammessa dal menzionato articolo, a nulla rilevando, per le ragioni di cui si è già detto, che la modifica sia stata disposta prima dell'inizio del contratto.

La ricorrente poi si sofferma su altre clausole del contratto che a suo dire ne avrebbero modificato la natura addirittura sgravando il concessionario dal rischio operativo che ne connota la figura.

Si tratta tuttavia di affermazioni del tutto generiche non venendo specificato in che modo la contestata disciplina contrattuale potrebbe sortire un siffatto risultato.

Ciò in particolare va detto in relazione ai rilevi afferenti le penali non previste per il mancato raggiungimento del rapporto di contribuzione alle modifiche dei del "rapporto di contribuzione".

Quanto alla clausola secondo cui la differenza tra i ricavi operativi indicati nel PEF di offerta e quelli comunicati ai sensi del punto, iii. costituisce il parametro di riferimento per verificare l'equilibrio economico del contratto", Mobit ne equivoca il contenuto, atteso che non si tratta certo di una previsione che consente sic et simpliciter di adeguare il contratto ad eventuali diminuzioni di ricavi.

La previsione si limita a disporre che il calo di ricavi rispetto al PEF può costituire un parametro per la verifica dell'equilibrio economico del contratto fermo restando, tuttavia, che tale verifica può mettere in modo una revisione del contratto solo ove sussistano i presupposti di cui al comma 6 dell'art. 165 del codice dei contratti che costituisce peraltro norma inderogabile.

La considerazioni di cui sopra valgono anche per respingere i profili di censura afferenti le modifiche afferente le maggiori tutele che sarebbero state inserite a favore di Autolinee Toscane di cui non viene dimostrata la natura essenziale.

L'ultima censura del ricorso per motivi aggiunti con cui si contesta la prevista anticipazione delle risorse a fronte dell'epidemia è da ritenersi superata per la circostanza che le anticipazioni cui si fa riferimento sono quelle previste per l'anno 2020 dalle citate leggi statali e regionali e, quindi ,non hanno effetto sul servizio che svolgerà il nuovo concessionario AT a partire dal 1 novembre 2021.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge,

Condanna la ricorrente alla refusione delle spese di lite che si liquidano in Euro 10.000 oltre accessori di legge a favore di ciascuna delle parti intimate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luigi Viola, Consigliere

Raffaello Gisondi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**
**Raffaello Gisondi**

**IL PRESIDENTE**
**Roberto Pupilella**

IL SEGRETARIO