



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2926 del 2015, proposto dall' Azienda Ospedaliera San Carlo Borromeo, rappresentata e difesa dagli avv. Maurizio Zoppolato e Angela Francesca Canta, con domicilio eletto presso gli stessi in Roma, Via del Mascherino, 72;

contro

SIRAM s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Bruno Becchi e Loredana Grillo, con domicilio eletto l'avv. Giuseppe Graziosi in Roma, Via Orazio, 3;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE III n. 00222/2015, resa tra le parti, concernente accertamento del diritto alla revisione dei prezzi per la realizzazione di interventi finalizzati al risparmio energetico

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di SIRAM s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2015 il consigliere Bruno Rosario Polito e uditi per le parti gli avvocati Canta e Faccini, quest'ultimo per delega dell'avv. Becchi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. SIRAM s.p.a. in esito a procedura di gara indetta dall' l'Azienda ospedaliera Ospedale San Carlo Borromeo, (in prosieguo di trattazione Azienda ospedaliera), risultava affidataria, in associazione temporanea con Aster s.p.a., dell'appalto concorso per la realizzazione degli interventi finalizzati al risparmio energetico, nonché per la conduzione e l'ordinaria manutenzione degli impianti termici e di condizionamento, per un periodo di nove anni.

Detto affidamento, inizialmente previsto per il periodo 1 marzo 2001 – 28 febbraio 2010, era prorogato con successivi provvedimenti fino al 31 marzo 2013.

Con ricorso proposta avanti al T.A.R. per la Lombardia la soc. SIRAM formulava domanda di accertamento del proprio diritto alla revisione prezzi, più volte richiesta nel corso dell'esecuzione del contratto, per il periodo 1 marzo 2001 – 28 febbraio 2010, di durata a regime del contratto, e per quello di proroga 1° marzo 2010 – 30 giugno 2013; con successivi motivi aggiunti il diritto alla revisione era azionato con riferimento all'ulteriore periodo di proroga 1° aprile 2013 – 1° agosto 2013. Era dedotta la violazione degli artt. 6 della legge n. 537 del 1993 e 115 del d.lgs. n. 163 del 2006, in base ai quali i contratti ad esecuzione periodica o continuativa afferenti ad appalti di servizi devono recare una clausola di revisione periodica del prezzo.

La soc. SIRAM formulava, inoltre, domande di declaratoria di nullità, ovvero annullamento e/o disapplicazione, dell'art. 18 del capitolato d'oneri e delle clausole

di delibere e/o lettere di proroga e delle note dell' Azienda ospedaliera, affermantì l'invariabilità del prezzo offerto in sede di gara, e di pagamento di somme a titolo di revisione prezzi, oltre interessi e rivalutazione monetaria, in subordine anche a mezzo di sentenza ex art. 34, comma 4, c.p.a.

Con sentenza n. 222 del 2015 il T.A.R. adito:

- riconosceva la propria giurisdizione in ordine all'insorta controversia e la tempestività;
- statuiva che le attività di manutenzione oggetto del contratto ricadono nell'ambito degli appalti di servizi con ogni conseguente applicazione della regola di revisione periodica dei prezzi;
- dichiarava nullo l'art. 18 del capitolato speciale di appalto;
- riconosceva il diritto alla revisione dei prezzi con obbligo dell' autorità committente di determinarne il *quantum* con maggiorazione per interessi ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2002 o, in subordine al tasso legale;
- dichiarava prescritta la pretesa creditoria per il periodo corrente dall'inizio dell'esecuzione del contratto e fino al 28 febbraio 2006;
- compensava fra le parti le spese del giudizio.

Avverso al sentenza del T.A.R. ha proposto appello l' Azienda ospedaliera ed ha insistito nell'eccezione di tardiva proposizione del ricorso avanti al T.A.R. a fronte della natura autoritativa dell'atto che pronunzia sulla domanda di revisione; nel merito ha contrastato le conclusioni del primo giudice sulla sussistenza del titolo alla revisione dei prezzi.

Resiste SIRAM s.p.a. che ha contraddetto i motivi di gravame e chiesto per la conferma della sentenza del T.A.R.

In via incidentale la soc. SIRAM ha censurato il capo della sentenza del T.A.R. nella parte in cui non reca puntuali statuizioni sui criteri da osservarsi da parte dell' Amministrazione appaltante per la determinazione dei compensi revisionali.

In sede di note conclusive e di replica le parti hanno insistito nelle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 22 ottobre 2015 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

2. Con il primo mezzo l' Azienda ospedaliera ripropone l'eccezione di irricevibilità del ricorso in prime cure. Ciò sul rilievo che con nota del 23 marzo 2011 era stato comunicato all'a.t.i. costituita fra le società SIRAM e ASTER che la richiesta di revisione dei prezzi non può formare oggetto di accoglimento, poiché l'art. 18 del capitolato d'oneri stabilisce che il corrispettivo di appalto rimarrà fisso e invariato per tutto il periodo di durata del contratto. Nella nota era, inoltre, precisato che la prosecuzione del contratto, nelle more dell'indizione della gara, *“prevede l'immodificabilità delle condizioni contrattuali ed economiche originarie, come peraltro espressamente indicato nella corrispondenza intercorsa in merito al punto in argomento”*.

Avverso l'atto di diniego la soc. SIRAM è insorta avanti al T.A.R. per la Lombardia con ricorso notificato nel giugno 2013.

Il primo giudice - ritenuta la giurisdizione ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, c.p.a. - ha qualificato l'azione proposta come di accertamento e non di impugnazione, trovando quindi applicazione, ai fini della tempestività, il termine di prescrizione e non quello decadenziale previsto per il ricorso contro statuizioni aventi carattere autoritativo.

La conclusione del T.A.R. non merita conferma.

Il collegio, con riguardo alla fattispecie di cui è controversia, non ravvisa di doversi discostare dall'indirizzo in giurisprudenza secondo il quale la decisione di effettuare la revisione prezzi e la determinazione dei parametri da osservarsi a tal fine sono espressione di una sfera di valutazione discrezionale, che sfocia in un provvedimento autoritativo, il quale deve essere impugnato innanzi al giudice amministrativo nel termine decadenziale di legge, atteso che la posizione dell'appaltatore assume carattere di diritto soggettivo solo dopo che

l'Amministrazione abbia riconosciuto la sua pretesa e si verta in materia del *quantum* del compenso revisionale (*ex multis* Consiglio di Stato sez. IV, 6 agosto 2014, n. 4207; sez. V, 24 gennaio 2013, n. 465; V 03 agosto 2012 n. 4444; Corte di Cassazione, SS.UU. 30 ottobre 2014, n. 23067; 15 marzo 2011, n. 6016; 12 gennaio 2011, n. 511; 12 luglio 2010, n. 16285).

Nella specie il rapporto negoziale fra le parti - quanto al riconoscimento di compensi revisionali - recava una clausola di chiaro contenuto negativo, così che la pretesa azionata in alcun modo poteva ricondursi a un diritto soggettivo perfetto tutelabile con azione di accertamento, come riconosciuto dalla Corte di Cassazione ove il contratto rechi un'apposita clausola che preveda il puntuale obbligo dell'Amministrazione di dar luogo alla revisione dei prezzi (cfr. Corte di Cassazione, SS.UU. 13 luglio 2015, n. 14559).

La stessa complessità della vicenda contenziosa - che coinvolge la natura del rapporto contrattuale intercorso fra l' Azienda ospedaliera e l' a.t.i. SIRAM/ ASTER, e cioè se a fronte di prestazioni del tutto peculiari in parte conservativo/manutentive degli impianti esistenti, in parte innovative, si versi a fronte di un appalto di servizi a prestazione continuativa o periodica, (che l'art. 6, comma 4, del d.lgs. n. 157 del 1993, ora art. 115 del d.lgs. n. 163 del 2006, assoggetta con carattere di obbligatorietà alla revisione dei prezzi) ovvero di lavori pubblici, per i quali l'obbligo non sussiste - mostra come rifluisca nella valutazione di merito della stazione appaltante la verifica dei presupposti per attivare o meno il procedimento di revisione, con esercizio di un potere valutativo che coinvolge, quanto all' *an* della verifica revisionale, posizioni di interesse legittimo dell'impresa affidataria e non di diritto soggettivo.

La consistenza di interesse legittimo della situazione soggettiva tutelata non muta per la previsione di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva per le questioni relative “alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo” nonché “ai

provvedimenti applicativi dell'adeguamento prezzi ai sensi dell'art. 133, commi 3 e 4" del d.lgs. n. 163 del 2006. La cognizione esclusiva del giudice amministrativo presuppone necessariamente il concorso per determinate materie di situazioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo agli effetti della tutela giurisdizionale, che il legislatore risolve con l'individuazione del giudice competente, senza che ciò incida sui mezzi di tutela (azione impugnatoria o di accertamento) a seconda della natura della posizione soggettiva che si assume lesa.

2.1. L' Azienda ospedaliera con la nota del 23 marzo 2011 ha escluso il diritto alla revisione anche per il periodo di rinnovo del contratto, che sconta l' immodificabilità degli originari corrispettivi.

E' stato, invero, chiarito in giurisprudenza che con le manifestazioni negoziali di procedere al rinnovo del contratto, anche se con contenuto analogo alle condizioni precedenti, si dà luogo a nuovi e distinti rapporti giuridici, in discontinuità con l'originario contratto, che non può essere assunto a parametro di raffronto per la maggiorazione dei corrispettivi a mezzo del procedimento di revisione (cfr. Cons. St., Sez. III, n. 2682 del 9 maggio 2012).

Ciò posto, sotto un primo profilo, l'ulteriore statuizione dell' Azienda Ospedaliera, ostativa per i periodi di rinnovo all'attivazione del procedimento di revisione, non risulta tempestivamente censurata.

Quanto al merito, dalle premesse delle delibere dirigenziali delibere dirigenziali n. 157 del 30 marzo 2011 e n. 493 del 7 giugno 2012, versate in giudizio dall' Azienda ospedaliera, emerge che la prosecuzione del rapporto contrattuale segue alla manifestazione di volontà dell'a.t.i. SIRAM/ASTER in ordine alla disponibilità a proseguire il servizio alle condizioni previgenti per il periodo indicato e, comunque, fino all'espletamento della nuova gara..

Per il periodo in cui l'espletamento del servizio è proseguito in virtù di apposita clausola di rinnovo del rapporto contrattuale si determina uno iato con il contratto

originario, il nuovo periodo contrattuale si configura, pertanto, autonomo rispetto al precedente. Non può, quindi, trovare applicazione il meccanismo di revisione dei prezzi, perché incompatibile con la rinnovata volontà negoziale della ditta di rendere il servizio al medesimo costo in precedenza concordato e con accettazione della congruità del corrispettivo.

Quanto precede vale anche per l'ultima delibera n. 559 del 26 giugno 2013 che in parte dà atto della prosecuzione in fatto del servizio fino 30 giugno 2013 e, in parte, lo proroga fino al 30 settembre 2013 e fa, in conseguenza, sistema con il precedente regime di rinnovo del contratto insensibile, per quanto su esposto, ad ogni pretesa revisionale dei corrispettivi.

Per le considerazioni che precedono l'appello va accolto e, per l'effetto, il ricorso avanti al T.A.R. va dichiarato in parte irricevibile ed in parte infondato.

In relazione ai profili della controversia spese e onorari del giudizio possono essere compensati fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, dichiara il ricorso proposto avanti al T.A.R. in parte irricevibile ed in parte infondato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere, Estensore

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/12/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)