

La questione della revisione dei prezzi nei contratti di appalto di servizi o forniture ad esecuzione periodica o continuata

di Federica Pagliano

Data di pubblicazione: 24-12-2019

Revisione dei prezzi - Art. 115 del D.lgs 163/2006 - revisione periodica del prezzo - appalto di servizi o forniture ad esecuzione periodica o continuata

Con la sentenza in commento, la V Sezione del Consiglio di Stato, ha affrontato nuovamente la questione della revisione dei prezzi nei contratti di appalto di servizi o forniture ad esecuzione periodica o continuata, ribadendo il principio già enunciato nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 27.8.2018 n. 5059 e, recentemente, nella sentenza della sez. VI, 28.5.2019 n. 3478 per cui, in materia di appalti pubblici, presupposto per l'applicazione della norma di cui all'art. 115 del D.lgs 163/2006, – secondo cui tutti i contratti ad esecuzione periodica, continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo - è che via sia stata una mera proroga e non un rinnovo del rapporto contrattuale.

Viene ribadito il principio per cui l'art. 115, D.lgs. n. 163/2006 introduce, inderogabilmente, una clausola di revisione del prezzo applicabile ai contratti di durata pluriennale a partire dall'anno successivo al primo. Ne consegue che il compenso revisionale è escluso solo in forza di una nuova negoziazione tra le parti.

Il caso di specie, aveva ad oggetto un contratto di fornitura di ausili ed assorbenti per incontinenti con consegna domiciliare concluso con la ASL, in forza della convenzione stipulata dalla società ricorrente con CONSIP S.p.A..

Il Collegio ha qualificato il contratto in oggetto non come un unico contratto di fornitura sottoposto a duplice proroga ma come un contratto rinnovato, per ben due volte. E ciò in quanto il tenore della deliberazione del Direttore Generale della Asl evidenziava un contenuto di rinnovo e non di proroga tecnica, anche perché la convenzione CONSIP S.p.A. prevedeva la possibilità di proroga (di sei mesi) della durata della convenzione mentre non prevedeva alcuna possibilità di proroga dei singoli ordinativi di fornitura, stipulati dalle Amministrazioni e dagli Enti contraenti, che dovevano avere una durata massima di 24 mesi. Il che avrebbe dovuto escludere il compenso revisionale così come stabilito dalla sentenza del TAR impugnata, oggetto di riforma, che aveva ritenuto legittimo il rigetto, da parte dell'A.S.L., della richiesta di revisione dei prezzi riferita ai predetti periodi di asserita proroga del rapporto contrattuale.

Il Consiglio di Stato, pur condividendo questa impostazione del TAR, ha accolto parzialmente l'appello dell'impresa osservando però che la revisione prezzi si applica ai contratti di durata pluriennale a partire dall'anno successivo al primo, e che l'art. 115 D.Lgs. 163/2006 prevede l'inserimento obbligatorio della clausola di revisione prezzi, con conseguente sostituzione di diritto ex art. 1339 cod. civ. delle clausole contrattuali difformi, nulle, di pieno diritto, ex art. 1419 cod. civ.. Sicché, nel caso in esame, trattandosi di contratti aventi un durata di 24 mesi, il Collegio ha riconosciuto il diritto dell'impresa al compenso revisionale per il ridotto periodo di un anno a partire dal secondo anno dell'originario rapporto contrattuale, sempre in applicazione dell'indice FOI, previa sostituzione automatica delle difformi clausole contrattuali con l'art. 115 del D.lgs. n. 163/2006 applicabile *ratione temporis*.

Viene pertanto ribadito, in definitiva, il principio per cui, nell'ambito dei contratti pubblici di servizi e forniture ad esecuzione periodica o continuativa, la norma per cui l'art. 115, D.lgs. n. 163/2006 introduce, inderogabilmente, una clausola di revisione del prezzo applicabile ai contratti di durata pluriennale a partire dall'anno successivo al primo e che, trattandosi di norma imperativa, la stessa opera anche in assenza di specifica pattuizione tra le parti ovvero in presenza di clausole con essa contrastanti.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 13/08/2019

N. 05715/2019REG.PROV.COLL.

N. 05205/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 5205 del 2017, proposto da Fater S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Gattamelata, Marina D'Orsogna, Giovanni D'Orsogna, con domicilio eletto presso lo studio Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore 22;

contro

Ulss 8 Berica, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa

dall'avvocato Mario Calgaro, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri n. 5;

Per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (sezione Prima) n. 00002/2017, resa tra le parti, concernente il ricorso per l'annullamento del diniego espresso dalla Azienda Sanitaria Locale n. 6 Vicenza con lettera del 21 ottobre 2010, prot. n. 75701/LD alla richiesta avanzata dalla Fater S.p.A. di revisione dei prezzi del contratto di appalto per forniture di ausili ed assorbenza per incontinenti con consegna domiciliare concluso con la suddetta ASL in adesione ed attuazione della convenzione Consip sottoscritta dalla Fater S.p.A. in data 22 novembre 2005 a seguito della aggiudicazione di procedura di gara indetta dalla Consip S.p.A. con bando pubblicato in G.U.C.E. n. S158 del 20 agosto 2003 e in G.U. della Repubblica Italiana n. 188 del 14 agosto 2003, nonché per l'accertamento del diritto della Fater S.p.A. alla revisione dei prezzi del suddetto contratto mediante sostituzione di diritto, a norma dell'art. 1339 cod. civ., dell'art. 15, commi 5 e 6 della convenzione Consip, e comunque di ogni altra clausola o condizione esclusiva od anche limitativa del diritto alla revisione dei prezzi, se del caso previa dichiarazione della loro nullità, con la disposizione di cui all'art. 115 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e succ. mod. int., secondo cui "Tutti i contratti ad esecuzione periodica e continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo", e per l'effetto per la condanna della predetta ASL N. 6 di Vicenza al pagamento in favore della Fater S.p.A. della somma di € 108.261,21, o di quell'altra somma eventualmente minore o maggiore che risultasse dovuta, con gli interessi legali sino al soddisfo.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ulss 8 Berica;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 maggio 2019 il Cons. Raffaello Sestini e uditi per le parti gli avvocati Stefano Gattamelata e Andrea Manzi su delega dichiarata di Mario Calgaro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 – Fater S.p.A. appella la sentenza del TAR per il Veneto (sezione Prima) n. 2/2017, che ha respinto il ricorso per l'annullamento del diniego opposto alla sua richiesta di revisione dei prezzi del contratto di appalto per la fornitura di ausili ad assorbenza per incontinenti con

consegna domiciliare, e per l'effetto, per la condanna al pagamento della somma di € 108.261,21, o di altra somma eventualmente minore o maggiore che risultasse dovuta, con gli interessi legali sino al soddisfo.

2 - La società appellante si era aggiudicata una convenzione con Consip per la sottoscrizione, con le amministrazioni che avessero aderito entro dodici mesi (prorogabili di sei), di contratti per la fornitura di assorbenti per incontinenti. Il contratto di fornitura è stato concluso in attuazione della medesima convenzione Consip, e con il ricorso viene chiesta la sostituzione di diritto, a norma dell'art. 1339 cod. civ., dell'art. 15, commi 5 e 6, della stessa convenzione Consip, e comunque di ogni altra clausola o condizione esclusiva od anche limitativa del diritto alla revisione dei prezzi, se del caso previa dichiarazione della loro nullità, con la disposizione di cui all'art. 115 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, applicabile pro tempore ai fatti di causa, secondo cui "Tutti i contratti ad esecuzione periodica e continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo".

3 – Il TAR per il Veneto, Sez. I, con la sentenza semplificata n. 2 del 2017, ha respinto le richieste dell'odierna appellante, con condanna alle spese di giudizio, ritenendo che si trattasse non di un unico contratto pluriennale di fornitura poi più volte prorogato, bensì di un originario contratto di 24 mesi, non prorogabile a termini di bando, poi rinnovato due volte.

4 – Fater S.p.A. propone appello deducendo che la convenzione Consip non poteva vincolare le Amministrazioni sottoscrittenti il contratto a non chiedere proroghe nei propri autonomi rapporti con la società fornitrice ove ne sussistessero i presupposti di legge (I motivo). Inoltre, secondo l'appellante gli atti dell'ASL disponevano una proroga tecnica legata alla conclusione della nuova gara, senza rinegoziazione del rapporto, essendo evidentemente insufficiente ai fini del concetto di rinnovo il passaggio (valorizzato dal TAR) secondo cui la società si dichiarava disponibile a "proseguire il contratto in atto alle medesime condizioni", di modo che il divieto convenzionale di revisione del prezzo, trattandosi di contratto pluriennale, deve essere dichiarato illegittimo.

In via subordinata l'appellante deduce (con il II motivo) l'erroneità della sentenza perché non ha tenuto conto della risposta confessoria in giudizio dell'Amministrazione, secondo cui la revisione prezzi era dovuta esclusivamente per il periodo 1 aprile 2008 – 31 marzo 2009, cioè dal decorso del secondo anno del rapporto contrattuale, periodo comunque non liquidato dal TAR.

L'Azienda sanitaria committente del rapporto contrattuale di fornitura si è costituita in giudizio, per contro dedurre l'esattezza della sentenza appellata e, in particolare per quanto d'interesse, la tardività della domanda di liquidazione di una minor somma articolata con il II motivo d'appello.

Ne è seguito un ulteriore scambio di memorie con il quale le parti hanno ribadito le proprie tesi.

5 – In particolare, con il ricorso in appello Fater S.p.A. agisce per l'annullamento della sentenza del Tar Veneto, Sez. I, 02 gennaio 2017, n. 2, affermando la fondatezza della sua pretesa alla corresponsione del compenso revisionale, richiesto ex art. 115 D.Lgs. 163/2006

(applicabile *ratione temporis*), previo annullamento del diniego opposto con nota prot. n. 75701/LD del 21 ottobre 2010, in relazione ad un contratto di appalto concluso con la predetta Azienda in adesione alla sopraindicata Convenzione con la Consip, che prevedeva la possibilità per le singole Amministrazioni sanitarie di concludere un contratto di fornitura, distinto e autonomo rispetto alla citata Convenzione, di durata di 24 mesi. L'A.S.L. n. 6 Vicenza, aderendo alla Convenzione, instaurava quindi con Fater S.p.A. un rapporto contrattuale di 24 mesi a far data dal 1° aprile 2007 (con forniture erogate dal maggio 2007), poi protratto fino al 1 novembre 2010 in virtù di due successive delibere di proroga che, secondo la Società, hanno determinato un unicum contrattuale, che ha avuto regolare esecuzione attraverso la puntuale evasione degli ordinativi ricevuti, con un importo complessivo, per il periodo ritenuto utile ai fini della revisione dei prezzi (dal secondo anno sino alla risoluzione), quantificato in € 2.630.572,69.

Con riferimento poi al quantum revisionale, attesa la non attuazione del meccanismo legale di aggiornamento dei corrispettivi degli appalti pubblici di servizi e forniture ad esecuzione ex art. 7, co. 4, lett. c) e 5, D.Lgs. n. 163 del 2006, l'appellante richiama la giurisprudenza che ha ritenuto che l'adeguamento dei corrispettivi debba essere calcolato utilizzando l'indice (medio del paniere)

di variazione dei prezzi per le famiglie di operai e impiegati (c.d. indice FOI) mensilmente pubblicato dall'ISTAT, maggiorato degli interessi decorrenti dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento fino all'effettivo saldo. In ogni caso, conclude l'appellante, è rimasto incontestato il suo diritto al compenso revisionale per il periodo 1.4.2008-1.3.2009 (ossia per il secondo anno dell'originario contratto).

8 – L'appellante deduce, quindi, che la sentenza breve del Tar sarebbe erronea sotto i seguenti profili:

I) *errores in procedendo et in iudicando*, difetto e/o erroneità della motivazione in ordine alla falsa applicazione dell'art. 115 del d.lgs. n. 163/2006; difetto di istruttoria; superficialità dell'azione della P.A.", Violazione dell'art. 112 c.p.c., omissione di pronuncia;

II) *errores in procedendo et in iudicando*, difetto e/o erroneità della motivazione in ordine alla falsa applicazione dell'art. 115 del d.lgs. n. 163/2006; difetto di istruttoria; superficialità dell'azione della P.A. lamentata con il primo motivo di ricorso sotto altro e diverso profilo, violazione dell'art. 112 c.p.c.; omessa pronuncia.

6 – A giudizio del Collegio, le predette censure sono fondate solo in parte, dovendo pertanto il ricorso, con le relative pretese, essere in parte respinto ed in parte accolto.

7 – In primo luogo, a giudizio del Collegio, così come esattamente statuito dal TAR, nel caso di specie non può parlarsi di un unico contratto di fornitura sottoposto a duplice proroga ed è, invece, configurabile l'istituto del rinnovo del contratto originario (avente efficacia dal 1° aprile 2007 al 31 marzo 2009), una prima volta dal 1° aprile 2009 al 31 dicembre 2009 e poi una seconda volta dal 1° gennaio al 31 dicembre 2010.

Depone in tal senso il tenore della deliberazione del Direttore generale della ASL n. 175 del 21 aprile 2009 che, contrariamente a quanto sostenuto dalla Società ricorrente in primo grado, evidenzia un contenuto di "rinnovo" e non di proroga tecnica (indipendentemente dal nomen iuris utilizzato) essendosi Fater S.p.A. dichiarata, a domanda, disponibile a proseguire il contratto alle medesime condizioni, e conseguendone una nuova manifestazione di volontà contrattuale fra le parti.

Vi è, però, anche un'altra e preponderante ragione, e cioè che la convenzione stipulata dalla società

ricorrente con CONSIP S.p.A. il 22 novembre 2005, mentre prevedeva all'art. 7, comma 1, la possibilità di una proroga (di sei mesi) della durata della convenzione, non prevedeva, al comma 2, alcuna possibilità di proroga dei singoli contratti di fornitura stipulati dalle Amministrazioni e dagli Enti contraenti per un periodo massimo di 24 mesi.

Dunque, l'art. 7 della Convenzione Consip precludeva proroghe dei singoli contratti di fornitura, non essendo immaginabile che la Convenzione, oltretutto regolamentare il rapporto tra la Consip e il

soggetto aggiudicatario, non dovesse disciplinare anche i singoli rapporti tra l'aggiudicatario della Convenzione e le singole Amministrazioni sanitarie via via aderenti, mediante condizioni generali di contratto da far fluire in ogni autonomo e separato contratto; l'ipotesi contraria avrebbe comportato una ondivaga incertezza circa l'effettiva consistenza e durata del rapporto contrattuale di fornitura messo a gara ed aggiudicato da CONSIP, in irrimediabile contrasto con la disciplina dell'ordinamento nazionale ed europeo che vuole, salvo espressi casi particolari, pubbliche gare aperte, secondo condizioni di parità, a tutti gli operatori interessati ad aggiudicarsi predefiniti rapporti contrattuali, i cui contenuti e la cui durata non possono essere ritenuti indifferenti ai fini di una corretta competizione nella formulazione delle offerte.

Perciò il TAR ha correttamente ritenuto legittimo il rigetto, da parte dell'A.S.L., della richiesta di revisione dei prezzi riferita ai predetti periodi di asserita proroga del rapporto contrattuale.

8 - L'appellata sentenza prosegue argomentando che l'art. 15, comma 6, della convenzione del 22 novembre 2005 escludeva la possibilità della revisione dei corrispettivi, senza

essere affetto dalla nullità lamentata dalla ricorrente, atteso l'indirizzo giurisprudenziale che ammette la revisione dei prezzi solamente nel caso di proroga, e non anche in quello

di rinnovo del contratto di appalto pubblico di fornitura. Viceversa, considera il Collegio,

la revisione prezzi, secondo la disciplina pro tempore applicabile, si applica ai contratti di

durata pluriennale a partire dall'anno successivo al primo, e l'art. 115 D.Lgs. 163/2006 prevede l'inserimento obbligatorio della clausola di revisione prezzi, con conseguente sostituzione di diritto ex art. 1339 cod. civ. delle clausole contrattuali difformi, nulle di pieno diritto ex art. 1419

cod. civ.

9 - Detti contratti, ancora in base all'art. 7, comma 2, della convenzione, potevano avere una durata massima di 24 mesi. Secondo l'appellante va dunque riconosciuto il suo diritto al compenso revisionale per il secondo anno dell'originario rapporto contrattuale, avendo Fater S.p.A., in via subordinata, richiesto, ai sensi dell'art. 34, co. 4, c.p.a., di accertare l'obbligo della ASL di liquidare il compenso revisionale e il proprio diritto a percepirlo per il più ridotto periodo di un anno, sempre in applicazione dell'indice FOI, mentre nulla avrebbe disposto il giudice di prime cure su questo aspetto, generando una fattispecie di omessa pronuncia.

10 – Pertanto, essendo per consolidata giurisprudenza l'art. 115 del D.lgs. n. 163/2006 norma imperativa, destinata, come tale, ad operare anche in assenza di specifica pattuizione tra le parti ovvero in presenza di pattuizioni con essa contrastanti nell'ambito dei contratti pubblici di servizi e forniture ad esecuzione periodica o continuativa, in riforma della sentenza gravata occorre annullare gli impugnati atti di diniego ed accertare il diritto dell'appellante alla liquidazione del maggior compenso derivante dalla revisione dei prezzi del contratto di fornitura per il periodo di originaria durata eccedente il primo anno, calcolato utilizzando l'indice (medio del paniere) di variazione dei prezzi per le famiglie di operai e impiegati (c.d. indice FOI) mensilmente pubblicato dall'ISTAT, previa sostituzione automatica delle difformi clausole contrattuali (artt. 15, co. 5 e 6, Convenzione CONSIP) con l'art. 115 D.Lgs. n. 163/2006.

11 – Al riguardo, non si palesano decisive le eccezioni volte a far valere la inammissibilità della domanda in quanto formulata solo in appello mentre in primo grado sarebbe stata presente solo nelle memorie non notificate alle controparti, in quanto il ricorso di primo grado concludeva per il riconoscimento del diritto alla revisione del prezzo a termini di legge, nella misura massima espressamente indicata ma anche, in alternativa, nella diversa misura individuata dal TAR, dopo aver ampiamente argomentato le ragioni della pretesa anche con riguardo alla originaria durata ultrannuale del contratto, risultando pertanto la domanda in esame già ricompresa nella più ampia pretesa fatta valere con il ricorso di primo grado.

12 – Conclusivamente, l'appello deve essere accolto in parte nei termini che precedono. Per l'effetto, La struttura sanitaria intimata deve proporre all'appellante, entro trenta giorni dalla comunicazione o dalla notifica a cura di parte della presente sentenza, la liquidazione di una somma commisurata ai predetti parametri e comprensiva degli interessi di legge. La particolare complessità e non univocità delle questioni motiva, infine, l'integrale compensazione delle spese dei due gradi di giudizio 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 in parte ed in parte lo respinge, ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Compensa fra le parti le spese dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

Solveig Cogliani, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere