

N. 01687/2012REG.PROV.COLL.
N. 00811/2011 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 811 del 2011, proposto da:

DDS Sanificazione s.r.l. in liquidazione ed in concordato preventivo, rappresentata e difesa dagli avv. Giorgio Brambilla ed Alessio Petretti, con domicilio eletto presso l'avv. Alessio Petretti in Roma, via degli Scipioni n. 268/A;

contro

Azienda ospedaliera Ospedale di Lecco;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE I n. 05663/2010, resa tra le parti, concernente REVISIONE PREZZI RELATIVA A SERVIZI DI SMALTIMENTO DI RIFIUTI SPECIALI.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2012 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Petretti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con decreto 5 febbraio 2009 n. 1 del Presidente del TAR per la Lombardia l'Azienda ospedaliera Ospedale di Lecco è stata condannata a pagare in favore di DDS Sanificazione s.r.l. in liquidazione ed in concordato preventivo, già esecutrice del servizio di ritiro e trasporto di rifiuti speciali ospedalieri, la somma di € 307.007,92, oltre interessi, rivalutazione e spese di procedura, a saldo delle fatture 24 giugno 2004 n. 3068 e 31 marzo 2007 n. 32 per revisione prezzi per il periodo dal 1° gennaio 1999 al 31 dicembre 2005.

Proposta opposizione da parte della medesima Azienda, con sentenza 13 settembre 2010 n. 5663 del detto TAR, sezione prima, l'opposizione è stata accolta, il decreto ingiuntivo è stato revocato ed è stata respinta la domanda della DDS Sanificazione.

2.- Con atto notificato il 24 ed il 27 gennaio 2011 e depositato il 3 febbraio seguente la DDS ha proposto appello avverso l'indicata sentenza, non notificata.

Premesso che con la pronuncia appellata è stato ritenuto non provato il credito in questione, stante la sufficienza della documentazione esibita ai soli fini dell'emissione del decreto ingiuntivo e tenuto conto della mancata indicazione nelle fatture della *causa petendi*, in particolare del contratto e dei coefficienti di rivalutazione applicati, a sostegno dell'appello ha dedotto errore di fatto ed in procedendo del giudice di primo grado, violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c. e dell'art. 167 c.p.c..

In sintesi, ha sostenuto che erroneamente il TAR ha ritenuto non provato il credito, dal momento che l'Azienda non ha contestato né il suo ammontare, né i fogli di calcolo allegati alle fatture (recanti l'indicazione degli indici ISTAT applicati ed ogni altro dato occorrente), che la ricorrente aveva prodotto il contratto stipulato il 16 luglio 1996 e tutta la

documentazione inerente le delibere di assegnazione del servizio e che il *thema decidendum* della controversia atteneva solo all'asserita abrogazione tacita dell'art. 6, co. 4, della legge n. 537 del 1993 come modificato dall'art. 44 della legge n. 724 del 1994, ossia all'applicabilità alla fattispecie dell'istituto della revisione automatica del corrispettivo. Peraltro, a seguito della novella della legge n. 353 del 1993, è principio pacifico che il convenuto ha l'onere di contestazione specifica e non generica dei fatti posti dall'attore a fondamento della sua domanda, i quali altrimenti devono essere considerati incontrovertibili e non richiedono specifica dimostrazione, con effetti vincolanti per il giudice. D'altra parte, ai sensi dell'art. 2697 c.c. e poiché DDS aveva chiesto l'adempimento di un proprio credito, suo onere era solo la mera allegazione e la dimostrazione della titolarità del credito (anche in base al principio della "persistenza del diritto"); tal onere è stato assolto con la non contestata prova della fonte negoziale da cui il credito deriva, ossia dal contratto e successivi rinnovi allo stesso prezzo, a seguito del quale ella ha eseguito le prestazioni i cui corrispettivi devono essere oggetto di rivalutazione. Le uniche questioni controverse – in diritto – consistevano nella nullità del decreto ingiuntivo, respinta dallo stesso TAR, e l'inesistenza del rapporto debitorio per inapplicabilità della normativa in materia di revisione del prezzo in quanto abrogata dagli artt. 26 e 27 della legge n. 488 del 1999, non affrontata dal primo giudice ma infondata poiché le norme richiamate nulla hanno a che vedere con la detta materia. In fatto, l'Azienda sosteneva in ogni caso l'inapplicabilità della revisione sia perché il contratto era stato rinnovato di volta in volta con espressa indicazione del prezzo, invece non indicato e non modificato sicché deve ritenersi soggetto *ex lege* a revisione; sia perché se l'Azienda fosse stata informata della volontà di DDS di richiederla, avrebbe valutato diversamente la convenienza del rapporto, ma l'eventuale negligenza in tal senso dell'ente non può essere addebitata a DDS atteso che la revisione

opera di diritto.

Infine, pur essendo sufficiente la documentazione in atti, aveva chiesto l'espletamento di consulenza tecnica d'ufficio, quindi il TAR, nel ritenere non sufficiente detta documentazione, avrebbe dovuto disporla.

3.- L'Azienda ospedaliera non si è costituita in giudizio.

4.- La Sezione ritiene che l'appello sia solo in parte fondato.

Invero, se il primo giudice può essere seguito laddove afferma che, a seguito dell'opposizione diretta a contestare l'esistenza del credito fatto valere, il giudizio si trasforma in processo ordinario ed il richiedente il provvedimento monitorio ha l'onere di provare la fondatezza della propria pretesa, non può invece condividersi l'assunto del difetto di prova in base a presunte carenze delle indicazioni riportate nelle fatture, stante la presenza in atti del contratto e dei fogli di calcolo del preteso compenso revisionale richiamati nelle fatture stesse.

Tuttavia, si osserva che l'accennato contratto-verbale di trattativa privata in data 16 luglio 1996 non include alcuna clausola revisione, sicché la fonte del diritto rivendicato – come del resto sostiene DDS – va ravvisata nell'art. 6, co. 4, della legge n. 537 del 1993 come sostituito dall'art. 44 della legge n. 724 del 1994; sotto questo aspetto, la rivendicazione deve ritenersi infondata in relazione a gran parte del periodo in questione, alla stregua di consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato.

5.- Giova premettere, in fatto, che al ripetuto contratto-verbale di trattativa privata, relativo all'affidamento del servizio con durata dal 1° ottobre 1996 al 30 settembre 1997, prorogabile di tre mesi, hanno fatto seguito vari rinnovi.

In particolare, per il periodo dal 1° gennaio 1999 al 31 dicembre 2005, a cui si riferiscono le fatture di cui si discute, vengono in rilievo:

a.- la deliberazione 19 febbraio 1999 n. 246 del Direttore generale relativa a questo come di altri contratti, con cui, ai sensi dell'art. 44 della legge n. 724

del 1994 ed a seguito dell'accettazione da parte dei contraenti della "volontà dell'Amministrazione di procedere alla rinnovazione del contratto senza richiesta di alcun aumento dei prezzi", ossia "alle stesse condizioni già previste ...", è stato disposto il rinnovo dei contratti stessi dal 1° gennaio al 31 dicembre 1999, espressamente ai prezzi ivi elencati specificamente per ciascuna parte e tipologia del servizio, nonché per l'importo annuo presunto complessivo ivi menzionato, anche con riguardo a DDS;

b.- la deliberazione 5 aprile 2000 n. 584 concernente il periodo dal 1° gennaio al 31 dicembre 2000, del tutto analoga alla precedente pure quanto alla preventiva accettazione dei contraenti;

c.- la deliberazione 11 maggio 2001 n. 839 concernente il periodo dal 1° gennaio al 31 dicembre 2001, anch'essa analoga alle precedenti salvo che per l'aumentato importo annuo presunto complessivo;

d.- la deliberazione 23 maggio 2002 n. 851 relativa al periodo dal 1° gennaio al 31 dicembre 2002, per il quale vi è stata una variazione espressa dei prezzi e condizioni a suo tempo pattuiti, atteso che, nell'accettare la proposta aziendale di rinnovo, DDS "ha migliorato i prezzi del servizio di ritiro, trasporto e smaltimento dei rifiuti speciali e tossico nocivi (formalina, xilene esausto e polivax paraffina)", mentre altra ditta ha offerto dal 1° maggio il "servizio di raccolta, trasporto e smaltimento rifiuti speciali e tossico nocivi di Laboratorio (compresa l'assistenza tecnica) a prezzi più convenienti rispetto al precedente fornitore DDS Sanificazione", dunque a partire da detta data quest'ultimo servizio è stato affidato a tale ditta anziché a DDS; anche in tale delibera si elencano dettagliatamente prezzi ed importo annuo presunto complessivo, ovviamente inferiore ai precedenti;

e.- la deliberazione 27 febbraio 2003 n. 163 relativa al periodo 1° gennaio-31 dicembre 2003, con cui contratti sono stati ancora rinnovati senza aumento di prezzi ed alle stesse condizioni di cui alla deliberazione n.

851 del 2002, previa accettazione dei contraenti e con specificazione di prezzi ed importo complessivo (per DDS leggermente aumentato rispetto al 2002);

f.- la deliberazione 16 febbraio 2004 n. 163, relativa all'affidamento dei servizi di cui si controverte "limitatamente al tempo necessario all'espletamento della procedura di gara e alla stipula dei nuovi contratti, ovvero presumibilmente sino al 31/08/2004"; ciò in base alle "note di proroga" di tre fornitori, tra cui DDS, elencanti le parti dei servizi richiesti ed i rispettivi materiali; la deliberazione elenca anch'essa i singoli prezzi e gli importi annui presunti, per DDS inferiore di € 100.000, rispetto all'anno precedente.

Per il periodo successivo al 31 agosto 2004 non risulta alcuna deliberazione.

6.- In linea giuridica, la Sezione rileva come dalle deliberazioni sopra ricordate si evincano chiaramente gli intervenuti rinnovi del contratto originario (peraltro esteso nel corso del 1997) e non già proroghe del medesimo, neppure per il periodo di cui all'ultima di tali deliberazioni, dal momento che non vi è stato il mero spostamento in avanti del termine di scadenza del rapporto, bensì di volta in volta la rinegoziazione non solo dell'oggetto, talora esteso e talaltra ridotto, ma pure dei prezzi, anch'essi talora mutati. In ogni caso, vi è stata sempre un'istruttoria da parte dell'Amministrazione diretta a verificarne attualità e convenienza, e quanto meno l'adesione alla proposta della medesima Amministrazione da parte del contraente, specificamente ai prezzi ed alle condizioni tutte del nuovo rapporto. In sintesi, può senz'altro affermarsi che vi è stato un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale.

Sussiste, in altri termini, il prioritario presupposto individuato dalla giurisprudenza per distinguere tra rinnovo e proroga, il primo comportante appunto una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, che può concludersi con l'integrale conferma delle precedenti condizioni o con la

modifica di alcune di esse in quanto non più attuali, la seconda consistendo nel solo effetto del differimento del termine finale del rapporto, il quale rimane per il resto regolato dall'atto originario (cfr. Cons. St., sez. V, 31 dicembre 2003 n. 9302 e sez. VI, 22 marzo 2002 n. 1767).

7.- Ne consegue l'inapplicabilità dell'invocato art. 6 della legge n. 537 del 1993 come sostituito dall'art. 44 della legge n. 724 del 1994 (il cui co. 2 è stato modificato dall'art. 23 della legge n. 62 del 2005, poi abrogato dall'art. 256 del d.lgs. n. 163 del 2006).

Con tale normativa, nel vietare il rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, comminandone la nullità, e nel consentirne la rinnovazione espressa in presenza di ragioni di pubblico interesse (co.2), era stabilito: "tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili della acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui al comma 6" (co. 4).

La perdurante vigenza nel periodo in questione della stessa normativa, sia detto per inciso, non è scalfita dall'entrata in vigore della legge n. 488 del 1999, i cui artt. 26 e 27 può se mai ritenersi abbiano implicitamente abrogato per incompatibilità lo stesso art. 44 non già nella parte relativa alla revisione periodica del prezzo, ma solo in quella riguardante la facoltà di rinnovare in modo espresso i contratti di fornitura di beni e servizi delle amministrazioni pubbliche (cfr. Cons. St., sez. V, 15 luglio 2005 n. 3788).

Con riferimento alla revisione dei prezzi, è sufficiente ricordare l'ormai pacifico orientamento giurisprudenziale, condiviso dalla Sezione in mancanza di ragioni che militino in senso contrario, secondo cui la revisione dei prezzi in tal modo prevista si applica solo alle proroghe contrattuali ma non agli atti successivi al contratto originario con cui, attraverso specifiche manifestazioni di volontà, sia stato dato corso tra le

parti a distinti, nuovi ed autonomi rapporti giuridici, ancorché di contenuto analogo a quello originario (cfr. da ultimo Cons. St., sez. IV, 1° giugno 2010 n. 3474).

8.- Nella specie, tanto vale per il periodo fino a tutto il 31 dicembre 2004, per il quale – come già detto - sono appunto intervenuti veri e propri rinnovi contrattuali o, comunque, nessuna revisione compete dal 1° settembre al 31 dicembre 2004, periodo facente parte dell'annualità 2004. Di contro, il corrispettivo delle prestazioni effettuate dal 1° gennaio al 31 agosto 2005, periodo per il quale non risulta alcun rinnovo, sicché le stesse prestazioni devono ritenersi effettuate in mera proroga rispetto al rinnovo di cui alla deliberazione 16 febbraio 2004 n. 163, la revisione del prezzo fissato nel 2004 deve pertanto trovare applicazione.

9.- In conclusione, l'appello dev'essere accolto solo per tale parte: ne deriva la conferma parziale della sentenza appellata sia pure con diversa motivazione, ferma restando quindi la revoca del decreto ingiuntivo, e la riforma per la restante parte della stessa sentenza, dovendosi accogliere la domanda di DDS con riguardo al predetto periodo dal 1° gennaio al 31 agosto 2005.

10.- Stante l'esito complessivo della controversia, si ravvisano ragioni per disporre la compensazione tra le parti delle spese di entrambi i gradi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie parzialmente l'appello, conferma in parte la sentenza appellata con diversa motivazione ed in parte la riforma e, per l'effetto, accoglie la domanda dell'attuale appellante nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2012

con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Hadrian Simonetti, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/03/2012

IL SEGRETARIO

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