

N. 02295/2015REG.PROV.COLL.

N. 00329/2014 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 329 del 2014, proposto dall'Università degli Studi di Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

contro

Carbotermo s.p.a. in proprio e quale Capogruppo A.t.i., con Manutencoop Facility Management s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Arianna Sansone, Paolo Sansone, Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare, 14a/4;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE I n. 2765/2013, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Carbotermo s.p.a. in proprio e quale Capogruppo A.t.i.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2015 il consigliere Maurizio Meschino e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Fabio Tortora e l'avvocato Paolo Sansone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. La Carbotermo s.p.a., in proprio e quale capogruppo della A.t.i. costituita con Manutencoop Facility Management s.p.a. (in seguito "ricorrente"), con il ricorso n. 1375 del 2011 proposto al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, ha chiesto:

- il riconoscimento del diritto della A.t.i. alla revisione e adeguamento del corrispettivo dovuto per il contratto d'appalto n. rep. 1888 in data 8 marzo 2006 (per il servizio integrato per la conduzione e gestione impianti tecnologici ed esecuzione dei relativi interventi di manutenzione programmata e straordinaria di limitata entità presso alcuni edifici ed aree di pertinenza, di proprietà, in uso ed in affitto all'Università), in relazione al periodo di durata del contratto (20 febbraio 2006 – 2008), nonché in relazione ai periodi di proroga contrattuale (1 ottobre 2008 – 31 gennaio 2011) convenuti dopo la prima scadenza del contratto, previa declaratoria di nullità dell'art. 17 del capitolato speciale di appalto e dell'art. 11 del contratto di appalto che avevano previsto il divieto di revisione dei prezzi contrattuali;

- l'annullamento della nota dell'Università degli Studi di Milano (in seguito "Università"), prot. n. 6501 del 28 febbraio 2011, con cui l'Università ha negato alla ricorrente la revisione dei prezzi.

2. Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione prima, con la sentenza n. 2765 del 2013, ha accolto il ricorso "nei termini di cui in motivazione" e, per l'effetto, ha accertato il diritto della A.t.i. ricorrente alla revisione ed adeguamento del corrispettivo dovuto in base al contratto di appalto n. rep. 1888, stipulato in data 8 marzo 2006, per il periodo dal 20 febbraio 2006 al 31 gennaio 2011. Ha condannato l'Università resistente alla rifusione delle spese processuali, liquidate nel complesso in € 5.000,00, oltre gli accessori di legge se dovuti.

3. Con l'appello in epigrafe è chiesto l'annullamento della sentenza di primo grado, con domanda cautelare di sospensione dell'esecutività.

La domanda cautelare è stata accolta con l'ordinanza 18 giugno 2014, n. 2624 "Ritenuti, nell'esame proprio della fase cautelare, l'esigenza del compiuto approfondimento della controversia proprio della trattazione nel merito e il pregiudizio derivante per l'appellante, nelle more, ad effetto dell'esecuzione della sentenza impugnata."

4. All'udienza del 21 aprile 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1. Nella sentenza di primo grado:

-si afferma anzitutto la correttezza del presupposto giuridico della domanda della ricorrente, condiviso anche dalle parti, dato dalla nullità degli articoli della *lex specialis* di divieto della revisione dei prezzi contrattuali per contrasto con la norma imperativa posta dall'art. 115 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici*);

- si esamina poi la deduzione dell'Università sull'inapplicabilità nella specie della revisione prezzi sia per il periodo contrattuale originario (dal 1° ottobre 2006 al 30 settembre 2008) che per quello successivo (dal 1° ottobre 2008 al 30 settembre 2010), asserita, quanto al primo, per avere la ricorrente rinunciato al proprio diritto per il fatto di avere sollecitato la proroga del contratto, e, per il secondo, trattandosi non di proroga ma di rinnovo contrattuale e perciò estraneo all'ambito dell'art. 115 del d.lgs. n. 163 del 2006;

- ciò che è infondato, rileva il primo giudice, poiché:

-a) la ricorrente nella lettera di sollecitazione alla proroga (del 6 novembre 2007) non ha dedotto alcuna rinuncia a diritti garantiti da norme imperative, non disponendo peraltro a quel momento dei dati consuntivi e delle evidenze contabili necessari per calcolare la revisione prezzi; nella lettera infatti è soltanto citato l'articolo del capitolato speciale recante la facoltà per l'Amministrazione di procedere alla proroga se conveniente, con la proposta, premessa la sufficienza delle condizioni di gestione in atto per il giudizio di convenienza, di un ulteriore servizio quale elemento di valutazione aggiuntiva da parte dell'Università;

-b) l'Amministrazione, esercitando la prevista facoltà, ha poi proceduto ad una mera proroga, non essendo variate le prestazioni fondamentali dell'appalto ed avendo rilievo marginale il servizio aggiuntivo fornito gratuitamente dalla ricorrente; valendo anche ciò, si soggiunge, per gli ulteriori due periodi di proroga tecnica di due mesi ciascuno resi necessari nell'attesa dello svolgimento della nuova gara.

Non è invece accolta la domanda accessoria di condanna dell'Università al pagamento a favore della ricorrente della somma di € 985.691,21, oltre il maturato al 31 gennaio 2011, poiché l'art. 115 del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede una specifica attività istruttoria da parte dell'ente pubblico non sostituibile, ai sensi dell'art. 34, comma 2, Cod. proc. amm., da parte del giudice.

2. Nell'appello si censura la sentenza di primo grado per non avere tenuto conto che nella specie non si è proceduto a una mera proroga tecnica del contratto ma alla sua novazione attraverso intese riguardanti i profili tecnico ed economico della prestazione del servizio; ciò che emerge chiaramente dal carteggio intervenuto prima della scadenza negoziale tra la ricorrente e l'Università che vede due note della ricorrente, inviate all'Università nel 2007, con cui si offriva un miglioramento delle condizioni contrattuali e la prestazione gratuita di servizi aggiuntivi, ribadendosi al contempo la convenienza tecnica ed economica della gestione in corso e la congruità del corrispettivo anche per le nuove prestazioni, con rinuncia perciò ad ogni pretesa di adeguamento del corrispettivo, cui è seguita la nota dell'Università, USM n. 2264 del 10 gennaio 2008, sottoscritta dalla ricorrente per accettazione, con cui, valutata la convenienza dell'operazione, era autorizzato il rinnovo del contratto per il biennio dal 30 settembre 2008 al 30 settembre 2010.

D'altro lato la *ratio* dell'art. 115 del d.lgs. n. 163 del 2006 è volta a garantire le Amministrazioni dallo sconvolgimento del quadro finanziario convenuto nei contratti di durata per effetto di aumenti incontrollati del corrispettivo nel tempo ma non è applicabile a un nuovo rapporto contrattuale, quale si rinviene nella specie in ragione dell'ampliamento dell'oggetto e della concordata verifica della congruità e convenienza economica dell'accordo alle condizioni iniziali, configurandosi queste perciò quale mero presupposto della rinegoziazione mentre la revisione prezzi attiene all'assetto originario degli interessi delle parti operando *rebus sic stantibus*.

3. Nelle memorie difensive della ricorrente, qui appellata, si eccepisce l'inammissibilità parziale dell'appello, ai sensi dell'art. 101 Cod. proc. amm., poiché non contenente alcuna specifica censura del primo capo della sentenza impugnata, recante la statuizione di accoglimento del ricorso quanto al diritto alla revisione prezzi per la durata del "contratto base", né della seconda parte del secondo capo relativo alla assoggettabilità a revisione del periodo di proroghe tecniche (30 settembre 2010 – 31 gennaio 2011).

4. Il Collegio ritiene di prescindere dalle dette eccezioni essendo l'appello infondato nel merito per le ragioni che seguono.

4.1. La norma rilevante per l'esame della controversia è data dall'art. 115 del *Codice dei contratti pubblici*, per il quale "1. Tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all' articolo 7 , comma 4, lettera c) e comma 5."" (la norma ripropone

sostanzialmente l'art. 6 della legge 24 dicembre 1993, n. 537 come sostituito dall'art. 44 della legge 23 dicembre 1994, n. 724 ed il cui comma 2 era stato modificato dall'art. 23 della legge 18 aprile 2005, n. 62, poi abrogato dall'art. 256 del d.lgs. n. 163 del 2006).

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha chiarito al riguardo: a) che la normativa in questione ha natura imperativa, per cui si inserisce automaticamente e prevale addirittura sulla regolamentazione pattizia, cosicché *“nessuna preclusione è configurabile in ordine al diritto che trova titolo e disciplina nella legge”* (Sez. III, 9 maggio 2012, n. 2682; cfr. anche Sez. III, 1 febbraio 2012, n. 504, Sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6275); b) che il presupposto per la sua applicazione è che vi sia stata mera proroga e non un rinnovo del rapporto contrattuale, consistendo la prima *“nel solo effetto del differimento del termine finale del rapporto, il quale rimane per il resto regolato dall'atto originario”* mentre il secondo scaturisce da *“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 se non più attuali”* (Sez. III, n. 2682 del 2012, cit.), essendo in questo caso intervenuti tra le parti *“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 identico a quello originario, senza avanzare alcuna proposta di modifica del corrispettivo.”*(Sez. III, 11 luglio 2014, n. 3585).

#### 4.2. Gli atti rilevanti nel caso di specie sono:

- il bando di gara (punto II. 3) e il capitolato speciale di appalto (art. 2.1.), in cui è prevista la facoltà dell'Amministrazione di concedere, al termine del periodo contrattuale in scadenza al 30 settembre 2008, *“una proroga del contratto per ulteriori due anni, qualora ne ravvisi la convenienza tecnica ed economica”*;
- le note indirizzate dalla ricorrente all'Università il 6 novembre e il 6 dicembre 2007, con cui si chiede all'Amministrazione di esercitare la prevista facoltà di proroga prospettandone la convenienza tecnica ed economica fermo, ovviamente, il richiamo della competenza propria dell'Università alla relativa valutazione, con l'offerta del servizio aggiuntivo gratuito dell'installazione sulle cabine di media tensione di 11 rilevatori di dati;
- la nota di risposta dell'Università, n. 2264 del 10 gennaio 2008, in cui si comunica l'approvazione da parte del Consiglio di Amministrazione (in data 18 dicembre 2007) della *“concessione di una proroga di due anni della scadenza del relativo contratto n. 1888 di repertorio, stipulato in data 8.03.2006, con codesta Spettabile Associazione”*, indicando i corrispettivi delle prestazioni stabiliti dal Consiglio di Amministrazione con l'installazione senza costi aggiuntivi dei sistemi di rilevazione su 11 cabine;
- le deliberazioni del Consiglio di Amministrazione dell'Università, in date 25 maggio e 30 novembre 2010, con cui si è poi deciso di prorogare ciascuna volta per due mesi i contratti di manutenzione in corso nelle more della definizione delle procedure di gara.

4.3. Dall'esame di questi atti risulta che il rapporto tra le parti è rimasto regolato dall'atto originario non essendo intercorso tra esse uno scambio di volontà tale da assumere la qualificazione della *“rinegoziazione del complesso delle condizioni”* contrattuali (Sez. III, n. 2682 del 2012 cit.)

Ciò emerge:

- dall'espresso riferimento negli atti all'esercizio della facoltà di proroga prevista dalla *lex specialis*, con il formale richiamo da parte dell'Amministrazione della decisione di prorogare la scadenza del contratto originario;

- in coerenza con ciò, non bastando il *nomen iuris* formalmente ritenuto dalle parti a definire l'effettiva tipologia negoziale, dal contenuto sostanziale delle prestazioni corrispettive per i periodi di proroga poiché non innovative degli obblighi convenuti nel contratto originario;
- le prestazioni a carico della ricorrente individuate nelle note e deliberazioni dell'Università sopra citate per gli ulteriori periodi di cui si tratta, sono infatti identiche a quelle poste in appalto e convenute nel contratto stipulato l'8 marzo 2006 all'esito della gara, riguardo sia alla suddivisione in "servizi di consulenza gestionale", "servizi di gestione e manutenzione e servizio di gestione calore" che alla specificazione delle corrispondenti attività da svolgere, senza l'indicazione di prestazioni ulteriori o diverse; il corrispettivo per tali prestazioni a carico dell'Università è identico a quello dovuto per il primo periodo contrattuale, come risulta dal suo calcolo su base mensile ragguagliato ai diversi periodi, contrattuale originario e di proroga, esposto nelle memorie difensive della ricorrente, verificabile e non contestato dalla parte appellante;
- né la prestazione aggiuntiva gratuita dell'installazione dei rilevatori su 11 cabine assume rilievo tale da costituire una modifica significativa delle condizioni del contratto, ritenuti il valore dell'intervento (indicato in € 248.000,00 nella delibera del 18 dicembre 2007 del Consiglio di Amministrazione, stante il corrispettivo totale di € 12.050.550 di cui al primo periodo contrattuale e di € 9.240.000,00 per il periodo di proroga al 30 settembre 2010), la sua non contestata marginalità rispetto alla dimensione complessiva dei servizi in appalto, la congruità della sua considerazione ai fini e nei limiti di un giudizio effettivo di convenienza tecnica ed economica della proroga;
- concludendosi da tutto ciò che la ricorrente, con le note del 6 novembre e del 6 dicembre 2007, ha soltanto proposto l'applicazione della prevista facoltà di proroga, senza alcuna indicazione di rilevante modifica del contratto in essere e senza esprimere, con ciò, alcuna rinuncia al diritto alla revisione prezzi, e che l'Amministrazione, con la nota n. 2264 del 2008, ha manifestato la decisione di applicare la clausola di proroga avendo istruito la richiesta nel contesto della prevista valutazione della sua effettiva convenienza tecnica ed economica;
- dovendo essere perciò riconosciuto il diritto della ricorrente alla revisione prezzi ai sensi della norma imperativa di cui all'art. 115 del d.lgs. n. 163 del 2006, con le modalità e nella misura risultanti dall'istruttoria di competenza dell'Amministrazione, come già affermato dal primo giudice.

5. Per le ragioni esposte l'appello è infondato e deve essere perciò respinto.

Le spese seguono come di regola la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) respinge l'appello in epigrafe n. 329 del 2014 confermando, per l'effetto, la sentenza di primo grado.

Condanna l'Università degli Studi di Milano, appellante, al pagamento a favore della parte appellata delle spese del presente grado del giudizio che liquida in € 7.500,00 (settemilacinquecento/00), oltre gli accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2015, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere, Estensore

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/05/2015

IL SEGRETARIO

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