

Pubblicato il 02/05/2019

N. 02841/2019REG.PROV.COLL.  
N. 01673/2013 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1673 del 2013, proposto dalla “3 M.C.” s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi D'Ambrosio, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

*contro*

l'Azienda Ospedaliera “San Giuseppe Moscati” di Avellino, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lydia D'Amore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;  
*per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno (Sez. II) n. 2132/2012, resa tra le parti, concernente l'adeguamento del prezzo della fornitura di guanti in lattice non sterili.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda ospedaliera “San Giuseppe Moscati”;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 16 aprile 2019 il consigliere Antonella Manzione e uditi per le parti l'avvocato Stefano Scarano, su delega dichiarata dell'avvocato Luigi D'Ambrosio e l'avvocato Lydia D'Amore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. L'appellante è risultata aggiudicataria della licitazione privata indetta dall'Azienda ospedaliera "San Giuseppe Moscati" di Avellino di una fornitura di guanti monouso e chirurgici, tra i quali quelli in lattice per esplorazione non sterili con e senza polvere. Il valore complessivo della fornitura, per l'intera durata triennale dell'appalto, risultava fissato in euro 81.189,00 al netto di IVA. La sottoscrizione del contratto avveniva in data 3 marzo 2006, pur avendo la fornitura avuto inizio a far data dall'aggiudicazione, ovvero dal 1° febbraio 2005, giusta delibera del Direttore generale n. 35 del 20 gennaio 2005. Nell'imminenza della stipula del contratto, l'Azienda ospedaliera chiedeva formalmente un ribasso sui prezzi convenuti nella percentuale del 9,5 %, ritenendolo necessario al fine di soddisfare gli obiettivi di risparmio imposti dalla Regione Campania con delibera di Giunta n. 1843/2005. La società riscontrava negativamente l'istanza con comunicazione fax del 1 marzo 2006, opponendo le avverse condizioni di mercato come ostative ad un ribasso del prezzo convenuto. Dopo pochi giorni dalla sigla del contratto, tuttavia, ovvero in data 13 marzo 2006, la società rappresentava all'Azienda ospedaliera l'imprevista e

imprevedibile ascesa dei prezzi del lattice e di altre materie prime, come evincibile dalle rilevazioni della Camera di commercio di Milano. A seguire, in via del tutto autonoma e senza aver compulsato formalmente l'Azienda alla revisione del prezzo, pur continuando ad effettuare regolarmente la fornitura pattuita, emetteva 30 note di debito, per un totale di euro 65.626,66, riferiti per la quasi totalità (29 note di debito) ai guanti con polvere (lotto n. 3), per i quali si fatturava una differenza sul prezzo unitario convenuto di euro 0,00477, con un aumento in termini percentuali del 31 %; per una parte residuale (una sola nota), anche ai guanti senza polvere (lotto n. 12), in relazione ai quali l'incremento unitario sul prezzo convenuto era pari ad euro 0,00527. L'Azienda contestava ripetutamente i nuovi importi, invitando l'impresa ad attenersi ai prezzi convenuti contrattualmente (nota prot. n. 4354 del 29 settembre 2006). Infine, in data 3 marzo 2010, ovvero una volta esaurita la fornitura, la cui ultima fatturazione è datata 19 febbraio 2009, la società invitava l'Azienda a determinare la somma dovuta per l'incremento percentuale dei costi delle materie prime. A fronte del silenzio serbato dalla stessa, adiva il T.A.R. per la Campania, sezione staccata di Salerno, per vedersi riconoscere il diritto all'adeguamento del prezzo.

2. Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, con sentenza n. 2132 del 26 novembre 2012 ha ritenuto il ricorso infondato, in quanto «*la società ricorrente non ha fornito, né alla Azienda Ospedaliera, né in questo giudizio, la prova, certamente nella sua piena disponibilità, di costi maggiorati nella percentuale dichiarata (63%)*». Ha poi richiamato il rapporto contrattuale instaurato nel 2012 dalla medesima società con la So.re.Sa. s.p.a. per conto della Regione Campania, addivenendo ad una fornitura alla medesima Azienda ospedaliera "San Giovanni Moscati" di guanti in lattice monouso non sterile con polvere al prezzo unitario di euro 0.01667, comunque inferiore a quello fatturato in revisione (pari ad euro 0,02016); di guanti senza polvere al prezzo unitario di euro 0,01890, addirittura inferiore a quello originariamente pattuito per il lotto n. 12, pari ad euro 0,02160.

3. La società "3 M.C.", ritenendo la decisione non soddisfacente dei propri interessi e contraria alle norme che regolavano *ratione temporis* la revisione periodica dei prezzi d'appalto, ha proposto appello per la sua totale riforma. Essa lamenta in primo luogo l'avvenuta violazione del principio dispositivo e del principio della domanda: a fronte del richiesto accertamento del diritto alla revisione del prezzo, il T.A.R., del tutto indebitamente, si è pronunciato sulla sua quantificazione, addebitando alla parte la mancanza di allegazioni probatorie a supporto dell'affermato aumento del costo delle materie prime nonché, soprattutto, dell'impatto dello stesso sulla fornitura effettuata. Non avendo, invece, l'Azienda ospedaliera contestato l'importo delle somme richieste, se ne dovrebbe desumere l'avvenuta prova della relativa consistenza, così come previsto dall'art. 64 c.p.a. Nel merito, ha ribadito altresì l'efficacia allo scopo delle rilevazioni delle Camere di commercio ai fini della dimostrazione dell'incremento dei prezzi sulla cui base può essere richiesta la loro revisione.

4. Si è costituita in giudizio l'Azienda ospedaliera argomentando, in contrasto con le tesi dell'appellante, la correttezza della sentenza impugnata e conseguentemente del proprio operato. In particolare ha invocato, a supporto della stessa, l'esito negativo dell'analogo contenzioso instaurato dalla società odierna appellante nei confronti della So.re.Sa. s.p.a. e della Regione Campania, malgrado i prezzi pattuiti in tale procedura fossero inferiori in un caso a quanto fatturato in revisione, nell'altro a quanto convenuto *ab origine* con il contratto del 3 marzo 2006 (Cons. Stato, 14 luglio 2014, n. 3684).

5. In vista dell'udienza, la società ha depositato memoria nella quale, oltre a ribadire le proprie doglianze, ha evidenziato l'erronea ricostruzione della vicenda processuale conseguita alla richiesta di revisione del prezzo nei confronti della So.re.Sa. s.p.a., che se mai confermerebbe la giustizia della propria ricostruzione: in quell'occasione, infatti, correttamente il giudice avrebbe disgiunto le due distinte fasi del procedimento di revisione del prezzo, riconoscendo il relativo diritto nella sentenza del T.A.R. n. 4600/2012; contestandone la

successiva quantificazione nella richiamata sentenza del Consiglio di Stato n. 3684/2014, intervenuta all'esito dell'appello della sentenza del medesimo T.A.R. per la Campania n. 685/2014, avente ad oggetto l'esecuzione del giudicato precedente.

6. All'udienza del 16 aprile 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

7. L'appello è infondato, per le ragioni di seguito illustrate.

8. La disciplina della revisione del prezzo dei contratti pubblici di appalto di fornitura di beni e di servizi, come prevista dall'art. 115 del d. lgs. n. 163/2006 (applicabile *pro tempore* alla fattispecie), prevede l'obbligo di introdurre nei contratti ad esecuzione periodica o continuativa una clausola di revisione periodica del prezzo, da attivare a seguito di apposita istruttoria condotta dai dirigenti responsabili sulla base dei costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura pubblicati annualmente a cura dell'Osservatorio dei contratti pubblici.

La mancata previsione esplicita di tale clausola nel contratto siglato in data 3 marzo 2006, che si limita ad indicare l'importo complessivo della fornitura per l'intero periodo della stessa, non ne pregiudica in alcun modo l'applicabilità, essendo principio consolidato in giurisprudenza -riciamato anche dal Giudice di prime cure - il carattere imperativo della stessa, per cui finanche un'eventuale clausola difforme dovrebbe ritenersi nulla.

9. La determinazione della revisione prezzi viene effettuata dalla stazione appaltante all'esito di un'istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi, secondo un modello procedimentale volto al compimento di un'attività di preventiva verifica dei presupposti necessari per il riconoscimento del compenso revisionale, che sottende l'esercizio di un potere autoritativo tecnico-discrezionale dell'amministrazione nei confronti del privato contraente (cfr. al riguardo Consiglio di Stato, Sez. III, 9 gennaio 2017, n. 25).

Da ciò consegue che la prevista periodicità non implica affatto che si debba azzerare o neutralizzare l'alea sottesa a tutti i contratti di durata, che impone alle parti di provare la sussistenza di eventuali circostanze imprevedibili che abbiano determinato aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, e che risulterebbe ben singolare un'interpretazione che esentasse del tutto, in via eccezionale, l'appaltatore dall'alea contrattuale, sottomettendo in via automatica ad ogni variazione di prezzo solo le stazioni appaltanti pubbliche, pur destinate a far fronte ai propri impegni contrattuali con le risorse finanziarie provenienti dalla collettività.

10. Allo stesso modo, alla luce della descritta finalità di contenimento delle conseguenze economiche derivanti dall'alea gravante su entrambe le parti dell'appalto pubblico in caso di variazione dei prezzi, a tutela del loro reciproco affidamento, non apparirebbe conforme né ai principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione, né ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità sanciti dall'ordinamento nazionale e comunitario, un'interpretazione che, una volta riconosciuta la revisione dei prezzi, dovesse parametrare i conseguenti effetti economici al dato del tutto astratto e teorico dell'aumento del prezzo delle materie prime, anziché al dato concreto e puntuale della spesa oggettivamente sostenuta per il loro acquisto nel periodo di riferimento, quali risultanti dalla relativa fatturazione del produttore o dell'intermediario, opportunamente rilevata come carente dal Giudice di prime cure.

I risultati del procedimento di revisione dei prezzi sono dunque espressione di una facoltà discrezionale, che sfocia in un provvedimento autoritativo, il quale deve essere impugnato nel termine decadenziale di legge (Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2015, n. 5375; Sez. IV, 6 agosto 2014, n. 4207; Sez. V, 24 gennaio 2013, n. 465; *id.*, 3 agosto 2012 n. 4444; Corte di Cassazione, SS.UU. 30 ottobre 2014, n. 23067). La stazione appaltante, cioè, deve effettuare un bilanciamento tra l'interesse dell'aggiudicatario alla revisione e l'interesse pubblico connesso sia al risparmio di spesa, sia alla regolare esecuzione del contratto aggiudicato. Ciò in quanto *«la finalità dell'istituto è da un lato quella di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte*

*col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa, a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni stesse, e della conseguente incapacità del fornitore di farvi compiantamente fronte (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 maggio 2015 n. 2295; Consiglio di Stato, Sez. V, 20 agosto 2008 n. 3994), dall'altro di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto» (ancora Cons. Stato, n. 25/ 2017).*

11. Per contro, la qualificazione in termini autoritativi del potere di verifica dei presupposti per il riconoscimento della revisione prezzi comporta - in ipotesi di condotta inerte dell'amministrazione compulsata - la necessità di avvalersi dei rimedi previsti a tutela dell'interesse legittimo nella forma del silenzio-rifiuto conseguente ad istanza formale (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 24.1.2013, n. 465), ovvero, in ipotesi di esplicito provvedimento di diniego, l'impugnativa dello stesso. Il rimedio impugnatorio, pertanto, è egualmente ammesso a fronte del silenzio dell'amministrazione, ovvero a fronte di un suo diniego espresso, pur nell'invarianza sia della potestà discrezionale che nell'uno e nell'altro caso viene in considerazione, sia, conseguentemente, della posizione giuridica soggettiva che rispetto ad essa può profilarsi in capo al richiedente.

12. Delineata come sopra la cornice della materia, sia in relazione all'*an* della revisione che al *quantum* della stessa, giusta la lamentata commistione tra i due profili petitori da parte del T.A.R. Salerno, occorre ora scrutinare in concreto quanto avvenuto in relazione alla fornitura continuativa cui l'impresa appellante si è impegnata nei confronti dell'Azienda ospedaliera di Avellino.

Il diritto alla revisione dei prezzi, inteso come diritto alla rinegoziazione degli stessi, a prescindere dai relativi esiti, consegue alla sopravvenienza di fattori imprevedibili che hanno alterato l'originario equilibrio sinallagmatico. E' onere dell'aggiudicatario compulsare la stazione appaltante rappresentando e documentando le proprie sopraggiunte necessità di aspirare ad un diverso bilanciamento delle reciproche posizioni economiche, che verranno valutate avuto riguardo alla comparazione con l'interesse pubblico alla qualità della fornitura, siccome sopra precisato.

Nel caso di specie, tuttavia, tale paradigma normativo non pare essersi realizzato, stante che l'impresa ha attuato unilateralmente la modifica del prezzo concordato e rinegoziato, in quanto evidentemente ritenuto poco conveniente, subito dopo averlo formalmente assentito. L'adeguamento richiesto, perciò, si palesa piuttosto come una contestazione *ex post* delle condizioni condivise, invocando mutamenti che, se mai, avrebbero dovuto precludere suddetto assenso. E' infatti incontestato tra le parti che il prezzo della fornitura sia stato cristallizzato, senza alcuna riserva, nell'atto siglato in data 3 marzo 2006, oltreché confermato con provvedimento n. 333 del 9 maggio 2006, all'esito di rinegoziazione. La richiesta di revisione del prezzo *-rectius*, più propriamente, la mera evidenziazione dell'avvenuto incremento dei costi delle materie prime- non consegue, dunque, a fattori intervenuti successivamente alla stipula del contratto, ma ad epoca antecedente, stante che l'impresa ne lamenta la sopravvenienza già in data 13 marzo 2006.

In sintesi, non può parlarsi di un incremento dei costi delle materie prime successivo alla condivisione di quello in precedenza pattuito, tale dunque da implicarne la richiesta revisione; né la società ha formalmente compulsato l'Azienda affinché attivasse il contraddittorio con gli uffici necessario a concordare l'eventuale variazione, una volta verificatasi la relativa condizione, provvedendo in tal senso solo con la nota del 3 marzo 2010. Dalla incontestata ricostruzione dei fatti, cioè, emerge che essa, dopo essersi assicurata la stipula del contratto senza riserve rispetto al prezzo pattuito, ne ha immediatamente messo in discussione l'entità, nel contempo accettandone la conferma all'esito di rinegoziazione. Non è chi non veda come ciò si ponga in contrasto con le più elementari regole di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto.

13. Perimetrata la vicenda fattuale sottesa all'odierno contenzioso, può ora procedersi ad un più approfondito

scrutinio della decisione appellata *sub specie* di omessa pronuncia sull' *an debeat*, in ragione della sola valutazione del *quantum debeat*, con ciò bypassando in maniera impropria la competenza degli uffici a ciò preposti della pubblica amministrazione.

Ritiene la Sezione che la sentenza sia esente da mende in quanto si limita a stigmatizzare, con poche notazioni di sintesi, la rilevata incoerenza con il paradigma procedimentale invocato, proprio allo scopo di affermare la mancanza del diritto alla revisione del prezzo, pur facendo riferimento alla sua quantificazione, avuto riguardo peraltro ad elementi di fatto introdotti in giudizio dalla stessa impresa appellante. La rilevata mancanza di prova non si riferisce, infatti, alla tipologia dei documenti prodotti ovvero alla loro inadeguatezza allo scopo, essendo del tutto inconferente ai fini della decisione entrare nel merito della valenza delle rilevazioni della Camera di commercio di Milano; bensì agli effetti di tali rivendicati incrementi di prezzo della materia prima sulla fornitura del prodotto all'Azienda ospedaliera. La prova mancante, cioè, è quella delle concrete ricadute dell'aumento del costo delle materie prime sulla fornitura effettuata: in tale ottica, correttamente, la mancanza di tale prova implica la ritenuta inconsistenza del diritto a richiedere la revisione del prezzo, non un'indebita intrusione nella determinazione del relativo importo sostituendosi alla P.A. competente in merito.

A tale carenza probatoria, peraltro, si aggiunge l'inadempienza procedurale già rilevata: nessuna istanza formale di revisione è stata avanzata fino al termine della fornitura, non potendo equipararsi alla stessa né l'avvenuta rappresentazione dell'aumento dei prezzi, una prima volta peraltro per negare il ribasso degli stessi richiesto dall'Azienda ospedaliera, né la fatturazione a debito di somme autonomamente determinate senza alcuna previa trattativa istruttoria, in assenza peraltro di riferimenti cronologici precisi circa la prospettata "sopravvenienza" rispetto alle "pattuzioni" originarie.

14. In tale contesto si colloca dunque l'affermazione in forza della quale il diniego della revisione dei prezzi da parte dell'Azienda ospedaliera -*rectius*, il silenzio serbato a fronte della sua prospettazione formale, solo in data 3 marzo 2010- è scervo da censure in quanto *«fondato sulla carenza dei presupposti per il riconoscimento di una revisione del prezzo, come offerto, concordato con il contratto rep. N. 07/06 del 13 marzo 2016 [correttamente, 3 marzo 2016, n. d.r.] e rinegoziata alle stesse condizioni con provvedimento n. 336 del 9 maggio 2006»*. Ciò anche perché rispetto a tali pattuzioni -i cui contenuti sono stati solo anticipati nella fornitura attivata sin dal febbraio 2005- non è stato provato l'impatto dei costi maggiorati nella percentuale pretesa con le fatturazioni sulla produzione da parte dell'aggiudicataria, che *«ha prodotto esclusivamente le rilevazioni dei prezzi all'ingrosso del lattice naturale in cisterna, ma non mai le fatture del produttore o dell'intermediario dal quale ha acquistate le partite di guanti in lattice fornite alla Azienda ospedaliera nel periodo di interesse 2006/2008»*.

15. Per tutto quanto sopra l'appello va respinto, confermando la sentenza n. 2132/2012 del T.A.R. per la Campania, sezione staccata di Salerno, che non riconosce il diritto della società appellante alla revisione dei prezzi della fornitura di guanti in lattice con polvere e senza polvere, oggetto della fornitura all'Azienda ospedaliera "San Giuseppe Moscati" di cui al contratto del 3 marzo 2006.

La particolarità delle questioni giuridiche affrontate giustifica la compensazione delle spese dell'odierno grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza del T.A.R. per la Campania, sezione staccata di Salerno, n. 2132 del 26 novembre 2012.

Spese compensate.

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

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

Giulia Ferrari, Presidente FF

Raffaello Sestini, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere

Antonella Manzione, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Antonella Manzione**

**IL PRESIDENTE**  
**Giulia Ferrari**

IL SEGRETARIO