



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1503 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da Siram spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Bruno Becchi e Loredana Grillo, con domicilio eletto presso il loro studio, in Milano, via Serbelloni, 2;

contro

l'Azienda ospedaliera "Ospedale San Carlo Borromeo", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso il suo studio, in Milano, via Dante, 16;

per l'accertamento

del diritto della società ricorrente ad ottenere la revisione e l'adeguamento del corrispettivo per lo svolgimento delle prestazioni di cui all'appalto concorso per la "realizzazione degli interventi finalizzati al risparmio energetico, nonchè la conduzione e l'ordinaria

manutenzione degli impianti termici e di condizionamento dell'Azienda Ospedaliera S. Carlo” aggiudicato con deliberazione n. 1041 del 23 novembre 2000, in relazione al periodo di durata dell'affidamento (1 marzo 2001 – 28 febbraio 2010), nonché in relazione ai periodi di proroga (1 marzo 2010 – 30 giugno 2013), e per la conseguente condanna al 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, cpa*; nonché, con ricorso per motivi aggiunti, per l'accertamento del diritto ad ottenere la revisione e l'adeguamento del corrispettivo, in relazione al periodo di proroga contrattuale dal 1 Aprile al 1 Agosto 2013, di cui alla deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda ospedaliera resistente n. 559 del 26 giugno 2013, e per la conseguente condanna al 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, cpa*.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera “Ospedale San Carlo Borromeo”;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2014 il dott.

Diego Spampinato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Parte ricorrente espone di essere risultata, in esito ad apposita procedura di gara indetta dall'Azienda ospedaliera resistente (da ora innanzi: Azienda ospedaliera), affidataria, in ATI con la società Aster spa, 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, nonché che tale affidamento, inizialmente previsto per il periodo 1 marzo 2001 – 28 febbraio 2010, è stato, con diversi provvedimenti, prorogato fino al 31 marzo 2013.

Con i ricorsi in epigrafe chiede accertarsi il proprio diritto alla revisione prezzi, asseritamente più volte richiesta nel corso dell'esecuzione dell'affidamento, per il periodo 1 marzo 2002 – 31 marzo 2013 (con il ricorso introduttivo) e per il periodo 1 aprile 2013 – 1 agosto 2013 (con il ricorso per motivi aggiunti), in ragione della violazione degli artt. 6 della legge 537/1993 e 115 del D. Lgs. 163/2006, in base ai quali i contratti ad esecuzione periodica o continuativa afferenti appalti di servizi devono recare una clausola di revisione periodica del prezzo.

Ciò previa 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 affermanti l'invariabilità del prezzo offerto in sede di gara.

L'Azienda ospedaliera si è costituita, spiegando difese in rito e nel merito.

In particolare, ha eccepito l'irricevibilità del ricorso perché, con provvedimento del 23 marzo 2011, essa avrebbe rigettato la richiesta di revisione prezzi con provvedimento di carattere autoritativo, che avrebbe dovuto essere impugnato nell'usuale termine decadenziale; ha quindi eccepito il difetto di giurisdizione di questo Giudice Amministrativo relativamente alla condanna dell'Azienda ospedaliera al pagamento di somme a titolo di revisione prezzi; nel merito, ha dedotto l'infondatezza della pretesa, sul presupposto che le manutenzioni di cui si tratta ricadrebbero nell'ambito degli appalti di lavori, per i quali non sarebbe prevista revisione prezzi; infine, ha comunque eccepito la prescrizione della pretesa di parte ricorrente per il periodo anteriore al quinquennio precedente la prima richiesta di revisione, che sarebbe stata effettuata in data 3 marzo 2011.

All'udienza pubblica del 21 ottobre 2014, la causa è stata trattata e trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Preliminarmente, ai fini di una migliore intelligenza delle questioni devolute alla cognizione del Collegio, giova precisare che la società ricorrente propone due distinte azioni: un'azione di accertamento della nullità della clausola che esclude la revisione prezzi ed un'azione tesa alla condanna dell'Amministrazione al pagamento di quanto

dovuto a titolo di revisione prezzi.

Su entrambe tali azioni, diversamente da quanto ritenuto dall'Azienda ospedaliera, sussiste la giurisdizione di questo Giudice Amministrativo.

Ciò in ragione del disposto dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, cpa, secondo cui ricadono nell'ambito della giurisdizione esclusiva di questo Giudice Amministrativo le controversie relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica relativi a servizi o forniture.

Tale disposizione ripropone l'analoga disposizione di cui all'art. 244, comma 3, del codice dei contratti, precedentemente vigente, nonché la disposizione, abrogata dal codice dei contratti, di cui all'art. 6, comma 19, della legge 24 dicembre 1993, n. 537.

In proposito, la stessa giurisprudenza richiamata dall'Azienda ospedaliera (memoria depositata il 28 giugno 2013, pag. 6) ritiene soggette alla giurisdizione di questo Giudice Amministrativo sia le controversie inerenti l'*an debeatur*, sia quelle relative al *quantum* (Cass. civ., SU, 15 giugno 2009, n. 13892).

Sempre preliminarmente, il Collegio ritiene non divisibile l'eccezione di tardività proposta dall'Azienda ospedaliera.

Infatti, la circostanza della proposizione di un'azione di accertamento permette di ritenere divisibile la giurisprudenza amministrativa che ritiene che non vi sia necessità di impugnare il diniego di revisione prezzi nel termine decadenziale: «...*il provvedimento di applicazione della*

clausola di revisione, nella specie automaticamente inserita nel contratto, non è discrezionale ed è, pertanto, pienamente condivisibile l'avviso del primo giudice che non vi era "spazio per alcuna valutazione circa la necessità di applicazione della revisione dei prezzi nei contratti di servizi e forniture e che, quindi, l'appaltatore vanta un diritto soggettivo nei confronti della medesima Amministrazione", con conseguente insussistenza della necessità, predicata dall'odierna appellante, di impugnazione entro il termine decadenziale delle note con le quali l'amministrazione aveva denegato la chiesta revisione, in quanto non dovuta...» (CGARS, Sez. giurisdizionale, 8 aprile 2014, n. 191).

Né, trattandosi di questione su diritti (sul punto, *infra*) devoluta alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, può operare il termine decadenziale di cui all'art. 31, comma 4, cpa, atteso che «... quando la controversia abbia ad oggetto l'accertamento di diritti soggettivi, si deve ritenere che l'impugnazione di atti della P.A. non sia necessaria, essendo l'azione intentata all'accertamento di un'obbligazione di carattere civile la cui cognizione spettava al Giudice amministrativo in virtù dell'attribuzione di giurisdizione esclusiva su una determinata materia...» (Cons. Stato, Sez. V, 24 marzo 2014, n. 1429).

Così superata l'eccezione di tardività, nel merito occorre muovere dalla circostanza, oggetto di ampia discussione fra le parti, se le attività manutentive previste nell'affidamento di cui si tratta ricadano nell'ambito degli appalti di servizi.

Parte ricorrente ha infatti evidenziato come nell'avviso relativo al bando di gara vengano indicati i codici CPC 6112, 6122, 633, ed 886; l'Azienda ospedaliera ha affermato come tali codici siano riferiti, nel

corpo dell'allegato II del codice dei contratti, a categorie di attività manutentive diverse da quelle oggetto di giudizio, con la conseguenza che queste ultime dovrebbero ricadere nell'ambito degli appalti di lavori.

Anche in questo caso ai fini di una migliore intelligenza delle questioni oggetto di giudizio, giova innanzitutto precisare che oggetto dell'appalto sono, in estrema sintesi, tre diverse categorie di prestazioni: a) la realizzazione di un impianto di automazione e controllo degli impianti termici e di condizionamento e la sostituzione di un generatore di vapore; b) l'ordinaria manutenzione di tali impianti; c) la conduzione di tali impianti.

Il capitolato d'oneri della gara (da ora innanzi: CSA), depositato in forma integrale *sub* 2 dall'Azienda ospedaliera in data 28 giugno 2013, infatti, individua l'oggetto dell'appalto, all'art. 1, nella «...*progettazione ed esecuzione delle opere di ogni categoria finalizzate al risparmio energetico e all'ottimizzazione degli interventi manutentivi, con particolare riguardo alla realizzazione di un impianto di automazione e controllo degli impianti termici e di condizionamento degli edifici siti in Milano, via Pio II 3, nonché alla sostituzione del generatore di vapore n. 3. Sono comprese tutte le opere necessarie per la conduzione e ordinaria manutenzione degli impianti termici, di riscaldamento, di condizionamento. Per "conduzione" si intende: a) l'assicurare il funzionamento regolare di tutti gli impianti a partire dal punto di consegna del combustibile, l'esercizio della Centrale Termica completa di tutti i suoi impianti; b) l'esercizio di tutti gli impianti di utilizzazione dell'energia termica nelle varie forme di: acqua surriscaldata, vapore, acqua calda, aria condizionata, ventilazione; c) l'esercizio*

degli impianti frigoriferi, del pozzo di emungimento e delle torri evaporative; d) l'esercizio di tutti gli impianti di condizionamento; e) l'esercizio della centrale idrica; il tutto come meglio specificato all'Art. 10 del presente Capitolato. Per "manutenzione ordinaria" s'intendono tutte le prestazioni, forniture ed opere necessarie per la buona conservazione in stato di piena efficienza di tutti gli organi costituenti gli impianti termici ed idrici dell'ospedale di cui all'art. 9 del presente Capitolato, ivi compresi gli interventi di "manutenzione preventiva", il tutto come meglio specificato nell'art. 11 del presente Capitolato...».

I richiamati artt. 10 ed 11 specificano poi, nel solco di quanto indicato dall'art. 1, l'oggetto specifico delle prestazioni inerenti, rispettivamente, la conduzione e la manutenzione ordinaria degli impianti di cui si tratta.

A seguire, giova precisare che, *ratione temporis*, si potrebbero applicare alla vicenda il D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, *Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi*, ovvero la legge 11 febbraio 1994, n. 109, *Legge quadro in materia di lavori pubblici*, in dipendenza della riconduzione dell'appalto alla categoria "servizi" ovvero alla categoria "lavori".

Le attività manutentive di cui si discute ricadono nell'ambito degli appalti di servizi.

Militano in tal senso argomenti di ordine letterale, logico e sistematico.

Il citato D. Lgs. 157/1995 individua quali appalti di servizi ricadenti nel suo ambito, quelli indicati nel suo allegato 1; in tale allegato figurano i "servizi di manutenzione e riparazione" di cui ai codici

CPC 6112, 6122, 633, e 886 (la previsione traspone nell'ordinamento interno l'identica previsione di cui all'allegato IA alla Dir. 92/50, poi ritrasfusa nell'allegato IIA della Dir. 18/2004).

La classificazione CPC (acronimo di "*Central Product Classification*"), è stata elaborata dall'ONU per monitorare il commercio mondiale (sul punto, Commissione europea, *Appalti pubblici nell'Unione europea, Guida al Vocabolario comune per gli appalti pubblici (CPV)*, pag. 4).

A tenore di tale nomenclatore, i codici CPC 6112, 6122, 633, e 886 sono rispettivamente ricondotti, a tenore di quanto ricavabile dal sito internet dell'Organizzazione delle Nazioni Unite: a) il 6112, ad attività di «*Maintenance and repair services of motor vehicles*» (terminologia inglese) o «*Services d'entretien et de réparation de véhicules automobiles*» (terminologia francese); b) il 6122, ad attività di «*Maintenance and repair services of motorcycles and snowmobiles*» (terminologia inglese) o «*Services d'entretien et de réparation de motocycles et motoneiges*» (terminologia francese); c) il 633, ad attività di «*Repair services of personal and household goods*» (terminologia inglese) o «*Services de réparation d'articles personnels et domestiques*» (terminologia francese); d) il codice 886, ad attività di «*Repair services incidental to metal products, machinery and equipment*» (secondo la terminologia inglese) o «*Services de réparation annexes à la fabrication de produits en métaux, de machines et de matériel*» (secondo la terminologia francese).

Le note esplicative della sezione 6, in cui ricadono i codici 6112, 6122, e 633, affermano che i servizi di manutenzione diversi da quelli di manutenzione di articoli personali e per la casa sono ricompresi nei

gruppi 845 (su materiali d'ufficio e computer) e 886 (su prodotti in metallo, macchinari ed attrezzature); affermano inoltre che i lavori di installazione nell'ambito delle costruzioni edili ricadono nell'ambito del gruppo 516.

Sotto un profilo letterale, quindi, dall'indicazione del gruppo 886 e dalle citate note esplicative si può trarre che la manutenzione di macchinari ricada nell'ambito di tale gruppo 886, non potendosi così escludere gli interventi di manutenzione degli impianti termici ed idrici oggetto dell'appalto di cui si tratta.

Da ciò derivano diversi ordini di conseguenze.

Innanzitutto, il Collegio ritiene di non poter condividere l'orientamento giurisprudenziale, anche richiamato dall'Azienda ospedaliera, secondo cui i codici CPC 6112, 6122, 633 e 886 non hanno attinenza con la manutenzione di impianti in quanto indicanti solo «...i *“veicoli a motore, motocicli e gatto delle nevi, articoli personali e domestici, prodotti metallici, macchinari e attrezzature”*...» (*ex plurimis*, TAR Veneto, Sez. I, 15 aprile 1998, n. 461, nella quale il codice 886 viene indicato come 866, e Cons. Stato, Sez. V, 4 maggio 2001, n. 2518; analogamente, Cons. Stato, Sez. V, 24 aprile 2002, n. 2209, Cons. Stato, Sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 537, TAR Piemonte, Sez. II, 18 dicembre 1998, n. 600, TAR Calabria – Reggio Calabria, 13 febbraio 2004, n. 153).

Inoltre, la descrizione delle attività di cui al gruppo 886 permette di superare l'argomentazione dell'Azienda ospedaliera secondo cui – premesso che, per previsione espressa dell'allegato IIA al codice dei

contratti, «*In caso di interpretazione divergente tra CPV e CPC, si applica la nomenclatura CPC*» – le prestazioni di cui si tratta sarebbero contemplate nel nomenclatore CPV ma non in quello CPC, ciò che determinerebbe un contrasto fra i due nomenclatori e la conseguente prevalenza del nomenclatore CPC (memoria depositata il 21 gennaio 2014, pag. 5).

Infatti, in disparte la circostanza che la disposizione del codice dei contratti di cui si tratta non è applicabile alla vicenda *ratione temporis*, in ogni caso – come già visto – le attività di manutenzione oggetto di giudizio risultano compatibili con le attività ricadenti nell’ambito del gruppo 886 del nomenclatore CPC.

Infine, non risulta condivisibile nemmeno l’ulteriore argomentazione dell’Azienda ospedaliera, secondo cui l’art. 2, comma 1, della legge 109/1994, annovererebbe le attività di restauro e manutenzione di opere ed impianti fra i lavori pubblici (*ibidem*, pagg. 6-7).

Ciò innanzitutto perché il D. Lgs. 157/1995 è posteriore alla legge 109/1994 e quindi, in quanto dotato di pari forza di legge, innovativo sul punto.

Inoltre, il D. Lgs. 157/1995 è recettivo di normativa comunitaria (sul punto, con riferimento a servizi di manutenzione, Cons. Stato, Sez. VI, 16 dicembre 1998, n. 1680, nonché Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2004, n. 5572), e la previsione di cui si tratta, contenuta nell’allegato 1 di tale decreto, è riprodotiva di identica previsione contenuta nell’allegato IA alla direttiva CE 18 giugno 1992, n. 50; l’eventuale contrasto fra la norma comunitaria, «...*in tale parte recante previsione di*

dettaglio e perciò autoapplicativa...» (Cons. Stato, Sez. VI, 16 dicembre 1998, n. 1680), e quella interna imporrebbe quindi la disapplicazione di quest'ultima (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 26 settembre 2013, n. 4756).

Tale ultima considerazione appare rilevante, in relazione al caso di specie (anche in considerazione del dibattito fra le parti sul punto), con riferimento al mutamento del testo dell'art. 2, comma 1, della legge 109/1994, ad opera dell'art. 1 della legge 18 novembre 1998, n. 415, che ha espunto dal testo del predetto comma 1 l'inciso «..., *ad esclusione di quelli ricadenti nell'ambito di applicazione della normativa nazionale di recepimento della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992...*».

Tali argomentazioni di ordine letterale conducono – fra l'altro – al rigetto della richiesta dell'Azienda ospedaliera di rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea della questione pregiudiziale se possano considerarsi appalti di servizi le manutenzioni relative ad impianti non ricompresi nell'elencazione tassativa di cui all'all. I alla Dir. 92/50 e di cui all'all. IIA alla Dir. 18/2004.

Sotto un profilo logico, la giurisprudenza amministrativa ha, in epoca immediatamente antecedente l'affidamento di cui si tratta, condivisibilmente avuto modo di affermare che «...*Il concetto di manutenzione, alla luce della normativa di derivazione europea citata, applicabile con prevalenza sull'eventuale disciplina interna contrastante, si estende, viceversa, a tutti i casi in cui l'applicazione dell'opera dell'appaltatore non comporta un'attività prevalente ed essenziale di modificazione della realtà fisica, con*

l'utilizzazione, la manipolazione e l'installazione di materiali aggiuntivi e sostitutivi che risultino consistenti sul piano strutturale e funzionale rispetto all'entità originaria dell'opera da mantenere...» (Cons. Stato, Sez. VI, 16 dicembre 1998, n. 1680).

Tale condivisibile impostazione appare coerente con la *ratio* che pacificamente la giurisprudenza amministrativa attribuisce alle norme che prevedono la revisione prezzi, individuata nella «...*finalità primaria di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi relativi a rapporti contrattuali di durata con la P.A. non subiscano, a causa del trascorrere del tempo, una "diminuzione qualitativa per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione" con la "conseguente incapacità del fornitore di farvi fronte"* (cfr, da ultimo, TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 9 febbraio 2012, n. 244) ...» (TAR Campania – Salerno, Sez. I, 4 luglio 2014, n. 1185; analogamente, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, sentt. 24 gennaio 2013, n. 465, e 22 ottobre 2012, n. 5395).

Costituisce infatti nozione di comune esperienza che un contratto di manutenzione ordinaria possa avere un periodo di durata lungo e comunque tendenzialmente prescindente da significative modificazioni della realtà fisica.

Sotto un profilo sistematico, la distinzione fra manutenzione comportante modifiche consistenti sul piano strutturale e manutenzione priva di tali caratteristiche (distinzione solo in parte coincidente con le categorie descrittive di manutenzione “ordinaria” e “straordinaria”) risulta coerente con il quadro giuridico successivamente introdotto.

Il Reg. CE 5 novembre 2002, n. 2195, istituisce un sistema di classificazione unico applicabile agli appalti pubblici, denominato “Vocabolario comune per gli appalti pubblici (*Common Procurement Vocabulary - CPV*)”, sul presupposto che «*L'utilizzazione di diverse nomenclature compromette l'apertura e la trasparenza degli appalti pubblici europei. Il suo impatto sulla qualità e i termini di pubblicazione dei bandi di gara limita di fatto le possibilità di accesso agli appalti pubblici da parte degli operatori economici*» (primo considerando).

A tal fine, fra l'altro, introduce (all. III) una tabella di corrispondenza fra i codici CPV e quelli CPC; nell'ambito di tale tabella, corrispondono ai codici CPC 6112, 6122, 633, e 886 molteplici codici CPV, fra i quali, per quanto di interesse (con particolare riferimento al gruppo 886, classe 8864, sottoclasse 88640), i codici CPV: a) 50700000-2 *Servizi di riparazione e manutenzione di impianti di edifici*; b) 50720000-8 *Servizi di riparazione e manutenzione di riscaldamenti centrali*.

L'introduzione di tale tabella di corrispondenza permette, peraltro, di ritenere non condivisibile l'argomentazione difensiva dell'Azienda ospedaliera secondo cui il nomenclatore CPV avrebbe introdotto codici non esistenti prima nei gruppi CPC.

Il codice dei contratti ha quindi distinto fra l'installazione di impianti idraulico-sanitari, comprendente «*l'installazione, in edifici o in altre opere di costruzione, di impianti idraulico-sanitari, raccordi per il gas, impianti e condotti di riscaldamento, ventilazione, refrigerazione o condizionamento dell'aria, sistemi antincendio*» (categoria 45.33), attività ricompresa nell'allegato I, in cui sono elencati i lavori, ed i “Servizi di manutenzione e riparazione”, di

cui alla identica previsione dell'allegato 1 del D. Lgs. 157/1995, ricompresi nell'allegato II A.

Tale differenziazione permette di distinguere fra attività manutentive comportante modifiche consistenti sul piano strutturale, ricadenti quindi nell'ambito degli appalti di lavori, e attività manutentive prive di tali caratteristiche, ricadenti quindi nell'ambito degli appalti di servizi.

Il Collegio ritiene di evidenziare come tale distinzione appaia coerente con la normativa comunitaria che, nell'ambito degli appalti misti, distingue le varie tipologie di attività esclusivamente in base ad un criterio qualitativo fondato sulla loro natura (sul punto, *infra*).

Né, impregiudicata ogni valutazione sulla circostanza se effettivamente tali testi possano essere letti nel senso ritenuto dall'Azienda ospedaliera, le normative di rango secondario (art. 2, comma 1, lett. *l*), del DPR 554/1999, e art. 3, comma 1, lett. *n*), del DPR 207/2010) richiamate dall'Azienda ospedaliera a sostegno della tesi secondo cui le manutenzioni impiantistiche ricadrebbero nell'ambito dei lavori pubblici, sono utili a tale tesi, atteso che, in ragione della loro natura, non potrebbero comunque contrastare con le illustrate norme di rango legislativo che collocano le manutenzioni di cui si tratta nell'ambito dei servizi pubblici.

In definitiva, ragioni di ordine letterale, logico e sistematico inducono a ritenere che le manutenzioni di impianti in edifici ricadano tendenzialmente nell'ambito dei servizi pubblici, salvo che, per la loro riconducibilità ad una consistente modificazione della realtà fisica –

tale essendo però un'indagine da condurre in concreto – non debbano essere attratte nell'ambito dei lavori pubblici, consistendo, in definitiva, in un'installazione di impianti, come tale rientrante nell'ambito dell'allegato I al codice dei contratti, codice CPC 45.33.

Nel caso di specie, le attività manutentive di cui si tratta vengono individuate nei citati artt. 1 ed 11 del CSA, ovvero, con riferimento a manutenzioni straordinarie di limitato importo economico (inferiori a 10 milioni di lire), nell'art. 12, comma 5, del CSA.

Tali attività riguardano ambiti di manutenzione programmata con controlli della funzionalità degli impianti, ovvero ambiti di interventi di riparazione con sostituzione di pezzi che appaiono, in relazione agli impianti, non idonei ad una consistente modificazione della realtà fisica degli impianti, perché afferenti pezzi di ricambio preindividuati, e soggetti a sostituzione presumibilmente – a tenore della loro descrizione e della previsione di sostituzione da parte dell'appaltatore – in ragione della usura derivante dal normale funzionamento degli impianti, ovvero perché di non rilevante entità economica, in raffronto al valore dell'appalto.

La previsione di tali sostituzioni non vale quindi comunque, attesa la loro marginalità, a far ricadere le prestazioni manutentive di cui si tratta nell'ambito degli appalti di lavori pubblici.

A conforto, l'art. 12 del CSA prevede che le spese per opere di manutenzione straordinaria superiori a 10 milioni di lire e quelle di modifica ed ampliamento degli impianti sarebbero rimaste a carico dell'Azienda ospedaliera.

Da tutto quanto esposto deriva che le attività manutentive di cui si tratta ricadono nell'ambito degli appalti di servizi e che l'appalto oggetto di giudizio si configura quindi, in ragione della previsione, di cui al citato art. 1 del CSA, della realizzazione di un impianto di automazione e controllo degli impianti termici e di condizionamento e della sostituzione di un generatore di vapore, quale appalto misto.

A tale appalto misto deve applicarsi la normativa sugli appalti di servizi.

Ciò in base alla normativa comunitaria che, in tema di appalti misti, prevede quale criterio dirimente ai fini dell'individuazione della normativa applicabile, esclusivamente quello «...*c.d. sostanzialistico, basato sull'oggetto principale del contratto...*» (Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2012, n. 1153).

Nel caso di specie l'oggetto prevalente dell'appalto, per come individuato nella normativa di gara, ed alla luce della riconduzione delle attività di manutenzione ivi previste alla categoria "servizi", è costituito, per l'appunto, da servizi.

Pertanto, alla stessa soluzione si giungerebbe mediante i criteri previsti dall'art. 3, comma 3, del D. Lgs. 157/1995 (il cui disposto è stato sostanzialmente ritrasfuso nell'art. 14, comma 3, del codice dei contratti), sia in ragione dell'importo dei lavori, sia in ragione della loro accessorietà rispetto ai servizi oggetto dell'appalto.

In proposito, parte ricorrente ha affermato, senza contestazione sul punto (in tema di prova del fatto storico non contestato, CGARS, Sez. giurisdizionale, 24 ottobre 2011, n. 703), che «...*L'oggetto*

dell'affidamento comprendeva una quota prevalente di servizi (per il canone annuo di € 900.000,00 oggetto di domanda) ed una quota di lavori non oggetto di domanda di compenso revisionale. Detta quota lavori - si ribadisce estranea al presente giudizio e comunque minoritaria sotto il profilo economico - aveva ad oggetto (CSA, art. 1) la “progettazione ed esecuzione di opere ... con particolare riguardo alla realizzazione di un impianto di automazione e controllo degli impianti termici e di condizionamento degli edifici siti in Milano, via Pio II, 3, nonché della sostituzione del generatore di vapore n. 3”. I lavori sono peraltro stati ultimati nel periodo di vigenza del contratto iniziale, venendo le proroghe disposte unicamente per la componente di “servizi” e quindi per l'importo di € 900.000,00 annui. I servizi a canone costituenti la quota preponderante dell'appalto ed oggi oggetto di domanda di compenso revisionale avevano invece ad oggetto la conduzione e la manutenzione ordinaria degli impianti...» (ricorso per motivi aggiunti, pag. 5).

Una volta qualificato l'appalto di cui si tratta come appalto misto cui si applicano le norme relative agli appalti di servizi, ne deriva l'applicabilità alla vicenda della disposizione che prevede la revisione periodica del prezzo dell'appalto (nella sua quota afferente la parte di servizi, come peraltro specificamente precisato dalla società ricorrente, da ultimo nella memoria depositata il 10 gennaio 2014, pag. 3).

La giurisprudenza amministrativa ha, in proposito, avuto modo di chiarire come l'obbligo dell'inserimento della clausola di revisione periodica del prezzo nei contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture abbia natura imperativa, tale

da determinare la nullità di eventuali clausole difformi della regolamentazione di gara e l'eterointegrazione di questa ai sensi degli artt. 1339 e 1419 cc (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, sentt. 22 dicembre 2014, n. 6275, e 24 gennaio 2013, n. 465).

In proposito occorre precisare che l'apparente discrasia, nelle pronunce del Giudice Amministrativo che affermano sussistere l'obbligo di inserzione della clausola, pur ritenendo che la situazione soggettiva dell'appaltatore in relazione alla revisione sia di interesse legittimo in ragione della discrezionalità dell'Amministrazione sull'*an debeat* (Cons. Stato, Sez. V, 24 gennaio 2013, n. 465), ad opinione del Collegio, deve trovare spiegazione nella circostanza che l'Amministrazione ha l'obbligo di inserire la clausola nella regolamentazione di gara (clausola che, in difetto, sarà inserita automaticamente dalla legge), ciò da cui consegue l'obbligo di avviare il relativo procedimento (di cui al previgente art. 6, comma 4, della legge 537/1993, ed oggi all'art. 115 del codice dei contratti), teso a determinare se sussistano i presupposti per la revisione del prezzo ed, in caso affermativo, di procedere alla liquidazione del *quantum* (in tal senso anche TAR Campania – Napoli, Sez. I, 21 ottobre 2010, n. 20632, citata da parte ricorrente nella memoria depositata il 28 giugno 2013, pag. 7).

L'appaltatore vanta quindi un diritto soggettivo all'apertura del procedimento teso a determinare se sussistano i presupposti per la revisione del prezzo.

Ciò, come condivisibilmente affermato dal Consiglio di Giustizia

Amministrativa per la Regione Siciliana, «...non avendo senso disporre per legge una norma integrativa del contratto, non dispositiva ma cogente, per poi consentire che resti disapplicata poiché non viene operata la revisione durante l'esecuzione del contratto, vanificando così l'effettività dell'inserzione automatica della clausola...» (CGARS, Sez. giurisdizionale, 8 aprile 2014, n. 191).

Questo comporta, nel caso di specie, che debba essere dichiarata la nullità dell'art. 18 del CSA ed il diritto della società ricorrente alla revisione prezzi, seppure nei limiti e secondo quanto a seguire.

Infatti, pur sussistendo, come già esposto, la giurisdizione del Giudice Amministrativo anche in ordine alla quantificazione di quanto dovuto a titolo di revisione del prezzo dell'appalto, cionondimeno appare condivisibile, in ragione del citato disposto dell'art. 6, comma 4, della legge 537/1993 dell'art. 115 del codice dei contratti, l'argomentazione di parte ricorrente secondo cui ciò presuppone che il relativo procedimento sia già stato esercitato dall'Amministrazione, mentre, nel caso di specie, l'Azienda ospedaliera non ha avviato alcun procedimento, sul presupposto che la revisione prezzi non si applicasse all'appalto di cui si tratta.

Ciò determina il rigetto della domanda tesa ad ottenere la condanna dell'Azienda ospedaliera al pagamento della somma quantificata in ricorso, e l'accoglimento parziale della domanda subordinata tesa ad ottenere di procedere alla determinazione ed alla corresponsione degli importi dovuti a titolo di revisione prezzi, da computare sulla base degli indici "FOI", oltre interessi ai sensi del D. Lgs. 231/2002 o, in subordine, al tasso legale.

Come si è già detto, infatti, il Collegio ritiene che sia diritto dell'appaltatore, negli appalti del tipo di quello di cui si tratta, che l'Amministrazione proceda alla valutazione della sussistenza dei presupposti per la revisione periodica del prezzo dell'appalto (oltre che la clausola di revisione prezzi sia prevista nell'ambito della regolamentazione di gara e nel contratto a valle).

Nel caso di specie ciò determina, in virtù dell'effetto conformativo derivante dalla presente pronuncia, l'obbligo di apertura del relativo procedimento, nei limiti di cui si dirà immediatamente.

Occorre infatti in proposito valutare l'eccezione di prescrizione proposta dall'Azienda ospedaliera, dal momento che ciò afferisce alla esistenza, in concreto, del diritto.

Infatti, laddove la prescrizione fosse maturata, per intero o parzialmente, il diritto sarebbe, con riferimento al relativo periodo, estinto.

L'eccezione di prescrizione deve essere accolta nei termini di cui a seguire.

La caratteristica di imprescrittibilità si attaglia alla sola azione di nullità della clausola, non estendendosi ai diritti derivanti dalla automatica sostituzione di norme imperative alle clausole nulle (Cass. civ., Sez. lavoro, sentt. 6 marzo 1999, n. 1912, 2 febbraio 1984, n. 808, e 26 gennaio 1982, n. 528), che ben avrebbero comunque potuto essere esercitati anche in presenza della clausola nulla, proprio in ragione della eterointegrazione legislativa della regolamentazione di gara.

Pertanto il periodo di cui tenere conto ai fini della revisione del

prezzo dell'appalto va ristretto al quinquennio precedente la prima richiesta che, nel caso di specie, deve essere individuata nella nota del 3 marzo 2011 (allegata *sub* 7 al ricorso introduttivo), dal momento che la nota del 5 ottobre 2010 (allegata *sub* 6 al ricorso introduttivo), non risulta avere i requisiti per la costituzione in mora e non può quindi valere come atto interruttivo ai sensi degli artt. 1219 e 2943 cc.

In tale nota, con riferimento alla revisione prezzi, si legge infatti: «*In allegato Le trasmetto Vs. lettera prot. N° 333 Atti 390/99 del 29.09.2010 firmata per accettazione. Restano da definire entro fine mese le seguenti partite non ancora discusse: revisione prezzi...*».

La nota non vale quindi a costituire in mora l'Azienda ospedaliera, difettando l'intimazione o la richiesta al debitore di cui all'art. 1219 cc; conseguentemente, non vale quale atto interruttivo ai sensi dell'art. 2943 cc.

Da ciò discende che il diritto di conseguire la revisione del prezzo dell'appalto (*rectius*, secondo quanto esposto: il diritto che l'Amministrazione proceda alla valutazione della sussistenza dei presupposti per la revisione periodica del prezzo dell'appalto) è estinto per i ratei relativi ai periodi correnti dall'inizio dell'esecuzione del contratto fino al 28 febbraio 2006 compreso, prevedendo l'art. 19 del CSA la fatturazione mensile posticipata.

Diversamente, non attiene alla esistenza o meno del diritto, ma al procedimento per la valutazione della sussistenza in concreto dei presupposti per la revisione prezzi, sia la decisione in ordine alla ricorrenza dei presupposti per la revisione del prezzo, che

l'individuazione, da un lato, degli indici da utilizzare ai fini della revisione, e, dall'altro, della tipologia di interessi eventualmente da applicare.

Osta pertanto, ai fini di una pronuncia di questo Giudice sul punto, il disposto dell'art. 34, comma 2, primo periodo, del cpa, secondo cui *«In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati»*.

La parziale soccombenza reciproca costituisce motivo, ai sensi degli artt. 26, comma 1, c.p.a. e 92 c.p.c., per disporre l'integrale compensazione delle spese del presente giudizio tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione III), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti: a) dichiara la nullità dell'art. 18 del capitolato d'oneri afferente la procedura di gara di cui si tratta ed il diritto della società ricorrente a che l'Amministrazione proceda alla revisione del prezzo dell'appalto, limitatamente al periodo corrente dal 1 marzo 2006; b) rigetta nel resto.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Antonio De Vita, Primo Referendario

Diego Spampinato, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/01/2015

IL SEGRETARIO

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