

Pubblicato il 18/02/2021

N. 00435/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00450/2020 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 450 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da  
Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Invernizzi, con domicilio digitale eletto presso la sua  
casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Milano,  
via Vincenzo Monti, n. 41;

contro

Comune di San Giuliano Milanese, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli  
avvocati Carlo Andena e Fabio Romanenghi, con domicilio digitale eletto presso la loro casella  
PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio del secondo in Milano,  
corso di Porta Vittoria, n. 28;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

della determinazione dirigenziale comunale 29.1.2020 n. 95, che dispone la “proroga tecnica” per il  
periodo “dal 01/02/2020 – 30/06/2020”, “ai sensi dell'art. 4 del contratto ed art. 8 del capitolato  
speciale d'appalto” dello “appalto per l'affidamento dei servizi di igiene urbana del comune di san  
giuliano milanese – contratto rep. nr. 594 del 24.02.2015”, della nota comunale 24.12.2019 prot. n.  
50856, oltre a tutti i provvedimenti presupposti, consequenziali o comunque connessi, ivi inclusi  
quelli – di estremi ignoti - a base della decisione provvedimento che reputa “non accoglibile da  
parte dell'Amministrazione Comunale” la richiesta revisionale del ricorrente ex art. 115 D.lgs. n.  
163/2006;

nonché per l'accertamento e la declaratoria

del diritto del RTI Sangalli alla revisione prezzi, con inizio dalla seconda annualità di servizio ex art. 115 D.lgs. n. 163/2006 e per il periodo proroga tecnica,

e per la condanna

del Comune a pagare i compensi revisionali stessi, maggiorati di rivalutazione prezzi, oltre accessori di legge, compresi interessi legali e moratori ex D.lgs. n. 231/2002,

nonché, ove occorra, per l'accertamento e la declaratoria

ex artt. 1419 e 1339 c.c., previo accertamento, della nullità parziale del contratto di appalto 24.2.2015 n. 594 e dell'art. 36 del capitolato speciale d'appalto, nella parte in cui afferma che “i corrispettivi contrattuali sono fissi e invariabili per i primi due anni dalla stipula del contratto”, contra l'art. 115 D.lgs. n. 163/2006;

quanto al ricorso per motivi aggiunti

della determinazione dirigenziale 30.6.2020, n. 458 di proroga del contratto dal 1° luglio 2020 al 31 luglio 2020, della nota senza protocollo che l'ha trasmessa in pari data, oltre che di tutti i provvedimenti presupposti, consequenziali o comunque connessi, ivi incluse, in quanto occorra, alle note comunali senza protocollo 11.6.2020, 23.6.2020 e 26.6.2020,

per l'accertamento e la declaratoria

anche in rapporto ai provvedimenti qui gravati del diritto del RTI Sangalli alla revisione prezzi, con inizio dalla seconda annualità di servizio ex art. 115 D.lgs. n. 163/2006 e per tutto il periodo di servizio reso in forza delle impugnate proroghe (sino al 31.7.2020),

e per la condanna

del Comune, anche in rapporto ai provvedimenti qui gravati, a pagare i compensi revisionali stessi, maggiorati di rivalutazione prezzi, oltre accessori di legge, compresi interessi legali e moratori ex D.lgs. n. 231/2002,

nonché, ove occorra, per l'accertamento e la declaratoria

ex artt. 1419 e 1339 c.c., anche in rapporto ai provvedimenti qui gravati previo accertamento, della nullità parziale del contratto di appalto 24.2.2015 n. 594 e dell'art. 36 del capitolato speciale d'appalto, nella parte in cui afferma che “i corrispettivi contrattuali sono fissi e invariabili per i primi due anni dalla stipula del contratto”, contra l'art. 115 D.lgs. n. 163/2006.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di San Giuliano Milanese;

Visti gli atti della causa;

Visto l'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020 n. 137, come convertito nella L. 18 dicembre 2020 n. 176;

Visto l'art. 28 del D.L. 30 aprile 2020, come convertito nella L. 25 giugno 2020 n. 70;

Relatore la dott.ssa Valentina Mameli nella camera di consiglio del 2 dicembre 2020 tenutasi mediante collegamenti da remoto, come consentito dall'art. 25 comma 2 del D.L. 137/2020 e sentiti i difensori delle parti ai sensi dell'art. 4 comma 1 del D.L. 28/2020 come specificato nel relativo verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Il RTI Sangalli è gestore uscente del servizio di igiene urbana integrata nel Comune di San Giuliano Milanese, a seguito di gara aggiudicata per il periodo 1° febbraio 2015 – 31 gennaio 2020.

L'appalto afferisce ai servizi di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti urbani, in relazione a ciascuna specifica tipologia di rifiuti.

L'appaltatore deve in specie curare a sue spese lo smaltimento dei rifiuti.

Con l'atto introduttivo del giudizio, la società, precisando di non svolgere in proprio l'attività di smaltimento di rifiuti, ha lamentato che dal 2015, anno di presentazione dell'offerta in gara, i costi di smaltimento sarebbero aumentati in modo imprevedibile.

L'equilibrio del sinallagma contrattuale ne sarebbe stato quindi alterato. E ciò per cause impreviste e imprevedibili, estranee all'alea dell'appaltatore ex art. 1655 c.c.

Avrebbero concorso sostanzialmente due fattori: da un lato l'aumento del costo di smaltimento di alcune tipologie di rifiuti (segnatamente rifiuti pericolosi, legno e imballaggi lignei, rifiuti ingombranti), dall'altro il crollo dei prezzi delle frazioni utili di rifiuti – es. carta, cartone e vetro – che l'appaltatore può vendere sul mercato dopo averli separati dai restanti rifiuti raccolti.

Con nota pervenuta al protocollo del Comune in data 25 ottobre 2018 la società ha chiesto la revisione del prezzo a far data dal 1° febbraio 2018, esponendo il proprio calcolo revisionale sulla base della variazione del costo del personale e del carburante.

In riscontro il Comune con nota del 8 agosto 2019 ha disposto di riconoscere integralmente le somme esposta dalla società, e precisamente:

- € 2.895,29 per la rivalutazione del canone relativa all'annualità febbraio 2017- febbraio 2018;

- € 42.467,32 per la rivalutazione del canone relativa all'annualità febbraio 2018- febbraio 2019.

1.3. Successivamente con nota pervenuta al Comune in data 27 gennaio 2020 la ricorrente ha lamentato l'insostenibilità del contratto in essere, generante "perdite pesanti", e ha dettagliatamente indicato l'aumento percentuale dei costi di smaltimento anno per anno, dal 2018 al 2020, raffrontandoli con quelli dell'anno 2016, nonché la diminuzione dei ricavi della vendita di vetro e carta.

1.4. Nel frattempo il Comune ha bandito la nuova gara.

Nelle more del relativo espletamento, in applicazione dell'art. 4 del contratto Rep n. 594 del 24 febbraio 2015 e dell'art. 8 comma 3 del Capitolato Speciale d'Appalto, con determinazione n. 95 del 29 gennaio 2020 il Comune ha disposto la proroga per cinque mesi, fino al 30 giugno 2020. Contestualmente ha ritenuto la richiesta di revisione "*non accoglibile*".

1.5. Con ricorso notificato in data 28 febbraio 2020 e depositato il 2 marzo 2020 la società ha chiesto l'accertamento del proprio diritto alla revisione prezzi, con inizio dalla seconda annualità di servizio e per il periodo proroga tecnica, e la conseguente condanna alla relativa corresponsione nonché l'annullamento della determina di proroga nella parte in cui il Comune non ha ritenuto accoglibile la domanda di revisione.

1.6. Si è costituito in giudizio il Comune di San Giuliano Milanese, resistendo al ricorso e chiedendone il rigetto.

1.7. Successivamente il Comune ha annullato in autotutela la procedura indetta per il nuovo affidamento del servizio.

1.8. Con nota del 3 giugno 2020 la società ha chiesto il compenso revisionale anche per il periodo di proroga (dal 1° febbraio 2020 al 30 giugno 2020).

1.9. Il Comune, con riscontro dell'11 giugno seguente, facendo presente che non era stato ancora individuato un nuovo appaltatore, ha informato la società della propria volontà di prolungare di un mese, quindi fino al 31 luglio 2020, il contratto in essere alle condizioni attuali, salvo adeguamento ISTAT, usufruendo quindi di tutto il periodo massimo (6 mesi) di proroga previsto dall'art. 8, comma 3 del CSA e dall'art. 4 del contratto sottoscritto.

1.9.1. Quanto alla richiesta dei compensi revisionali, il Comune ha dichiarato di ritenere dovuto il solo adeguamento Istat, precisando che era "*in corso di perfezionamento un atto ricognitorio per l'adeguamento del canone e il riconoscimento dei dovuti conguagli, anche per il periodo 01.06.2020 – 30.06.2020, nonché per l'ulteriore proroga*".

1.10. Con successiva nota del 23 giugno 2020, anche in risposta alla missiva della società del 15 giugno 2020, il Comune ha ribadito la legittimità della proroga per il periodo massimo di sei mesi previsto dal contratto, rammentando il divieto di sospensione o abbandono del servizio ai sensi dell'art. 5 del contratto e dell'art. 9 del CSA, salva la sussistenza di cause di forza maggiore.

1.11. Con nota del 26 giugno 2020, in replica alla società che con nota del 23 giugno 2020 ribadiva la ritenuta illegittimità della proroga del servizio di un ulteriore mese, il Comune ha riaffermato la propria interpretazione del contratto e del capitolato, contestando di aver posto in essere un comportamento contro buona fede.

1.12. Quindi con determinazione dirigenziale 30 giugno 2020, n. 458 il Comune ha disposto la proroga del contratto dal 1° luglio al 31 luglio 2020.

1.13. Avverso tale determinazione la società ha proposto ricorso per motivi aggiunti depositato in data 29 luglio 2020.

1.14. In vista della trattazione nel merito le parti hanno depositato scritti difensivi insistendo nelle rispettive conclusioni.

1.15. Indi la causa è stata trattenuta in decisione alla camera di consiglio del 2 dicembre 2020 tenutasi mediante collegamenti da remoto, come consentito dall'art. 25 comma 2 del D.L. 137/2020.

2. Il ricorso all'esame del Collegio si compone di una pluralità di domande (cfr. Ad. Plen. n. 5/2015).

2.1. Con il ricorso introduttivo la società ricorrente ha chiesto l'accertamento del proprio diritto alla revisione prezzi e la conseguente condanna alla relativa corresponsione, a partire dalla seconda annualità di servizio, previa declaratoria di nullità degli artt. 9 del contratto e 36 del capitolato speciale d'appalto, nonché l'annullamento della determina n. 95 del 29 gennaio 2020 di proroga dell'affidamento fino al 30 giugno 2020 nella parte in cui il Comune non ha ritenuto accoglibile la domanda di revisione avanzata.

2.2. Con il ricorso per motivi aggiunti la società ha chiesto l'annullamento dell'ulteriore proroga di un mese disposta con la determina 30 giugno 2020, n. 458, nonché l'accertamento del proprio diritto ai compensi revisionali e comunque l'adeguamento del prezzo anche per il periodo 1.7.2020-31.7.2020.

3. Il ricorso introduttivo, quanto alla domanda di accertamento, si articola innanzi tutto nelle deduzioni relative alla spettanza della revisione del prezzo contrattuale, assumendo la violazione degli artt. 115 D.lgs. 163/2006, 177, 178 e 188 D.lgs. 152/200, la mancata applicazione degli artt. 1419 e 1339 c.c., la violazione degli artt. 9 del contratto e 36 del disciplinare, dell'art. 87 D.lgs. 163/2006 e 55 Dir. 2004/18/CE, nonché l'irragionevolezza manifesta e lo sviamento. A detta della ricorrente l'art. 9 del contratto e l'art. 36 del capitolato, laddove dispongono che i corrispettivi sono fissi e invariabili per i primi due anni dalla stipula del contratto sarebbero illegittime perché contrarie alla *ratio* dell'art. 115 D.lgs. 163/2006 quale presidio a tutela dell'interesse pubblico, tanto più nell'ambito di un contratto avente ad oggetto la gestione dei rifiuti che, ai sensi dell'art. 177 comma 2 D.lgs. n. 152/2006, costituisce attività di pubblico interesse e che, *ex art.* 178 del medesimo decreto legislativo, deve essere effettuata secondo criteri di efficacia, efficienza, economicità, trasparenza, fattibilità tecnica ed economica.

3.1. In relazione al *quantum* asseritamente spettante, la ricorrente ha dedotto che dal 2016 sarebbero aumentati i costi di smaltimento dei rifiuti identificati con i codici europei rifiuti ("CER") 200108 (rifiuti biodegradabili), 200301 (rifiuti urbani indifferenziati), 200303 (residui di pulizia stradale), 200307 (rifiuti ingombranti), 200138 (legno) e 150103 (imballaggi in legno). Contestualmente sarebbero diminuiti i ricavi derivanti dalla vendita di vetro e carta, concorrendo ad aumentare la differenza negativa.

4. Va preliminarmente precisato, in punto di giurisdizione, che ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. e n.2), c.p.a. le controversie in tema di revisione prezzi sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia che la contestazione riguardi la spettanza della stessa, sia l'esatto suo importo come quantificato dal concreto provvedimento applicativo. La disposizione richiamata trova il suo antecedente positivo nell'art. 244 comma 3 del Codice dei contratti che ha superato, nel solco tracciato dall'art. 6, l. n. 537 del 1993, la tradizionale distinzione in base alla quale erano devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative al *quantum* della revisione prezzi e al giudice amministrativo quelle afferenti all'*an debeat*, imponendo la concentrazione dinanzi alla stessa autorità giurisdizionale di tutte le cause relative all'istituto negli appalti pubblici ad esecuzione continuata o periodica, con conseguente potere del giudice amministrativo di conoscere della misura della revisione e di emettere condanna al pagamento delle relative somme.

In materia di revisione dei prezzi l'ambito della giurisdizione esclusiva amministrativa ha assunto quindi una portata ampia e generale, includendo ogni controversia concernente la revisione dei prezzi di un contratto di appalto, compreso il profilo del *quantum debeatur* (Consiglio di Stato sez. III, 25 marzo 2019, n.1937).

5. Venendo al merito della controversia, sotto un profilo generale va rammentato che l'istituto della revisione dei prezzi ha la finalità 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 (incidente sulla percentuale di utile considerata in sede di formulazione dell'offerta), e della conseguente incapacità del fornitore di farvi compiutamente fronte (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 maggio 2015 n. 2295; Consiglio di Stato, Sez. V, 20 agosto 2008 n. 3994; Cons. di Stato, Sez. III, 20 agosto 2018, n. 4985); 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 (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 aprile 2014 n. 2052; Sez. III 4 marzo 2015 n. 1074; Sez. V 19 giugno 2009 n. 4079). Al contempo essa è posta a tutela dell'interesse dell'impresa a non subire l'alterazione dell'equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi sopraggiunte durante l'arco del rapporto e che potrebbero indurla ad una surrettizia riduzione degli *standards* qualitativi delle prestazioni (cfr. Cons. di Stato, Sez. III, 5 marzo 2018, n. 1337; Consiglio di Stato, Sez. III, 4 marzo 2015, n. 1074; in termini: Consiglio di Stato, Sez. III, 19 luglio 2011, n. 4362; Consiglio di Stato, Sez. V, 14 maggio 2010 n. 3019; Consiglio di Stato, Sez. V, 26 agosto 2010 n. 5954; Consiglio di Stato, Sez. V, 6 settembre 2007, n. 4679).

5.1. Il riferimento normativo alla clausola revisionale, avente carattere di norma imperativa cui si applicano gli artt. 1339 e 1419 c.c., non attribuisce alle parti ampi margini di libertà negoziale, ma impone di tradurre sul piano contrattuale l'obbligo legale, definendo anche i criteri e gli essenziali momenti procedurali per il corretto adeguamento del corrispettivo (Tar Lecce sez. I 11 dicembre 2013 n. 2423; Cons. Stato sez. III 9 maggio 2012 n. 2648; Cons. Stato, Sez. III, 1° febbraio 2012, n. 504; T.A.R. Bari sez. II 11 luglio 2013 n. 1141).

5.2. Va osservato che l'istituto della revisione prezzi si atteggia secondo un modello procedimentale volto al compimento di un'attività di preventiva verifica dei presupposti necessari per il riconoscimento del compenso revisionale, al quale è sotteso l'esercizio di un potere autoritativo tecnico-discrezionale nei confronti del privato contraente. Di conseguenza, la posizione di quest'ultimo si articola nella titolarità di un interesse legittimo con riferimento all'*an* della pretesa ed eventualmente in una situazione di diritto soggettivo solo con riguardo a questioni involgenti l'entità della pretesa stessa, una volta risolto in senso positivo il riconoscimento della spettanza del compenso revisionale (*ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 6 agosto 2014, n. 4207; sez. V, 24 gennaio 2013, n. 465; sez. V, 3 agosto 2012, n. 4444; Corte di Cassazione, SS.UU., 30 ottobre 2014, n. 23067; 15 marzo 2011, n. 6016; 12 gennaio 2011, n. 511; 12 luglio 2010, n. 16285).

5.3. L'istruttoria condotta nell'ambito del procedimento con riferimento all'*an* della revisione è correlata ad una facoltà discrezionale riconosciuta alla stazione appaltante (Cass. SS.UU. 31 ottobre 2008 n. 26298), che deve effettuare un bilanciamento tra l'interesse dell'appaltatore alla revisione e l'interesse pubblico connesso al risparmio di spesa, ed alla regolare esecuzione del contratto aggiudicato (Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2014, n.6275 e 24 gennaio 2013 n. 465).

5.4. In definitiva può ritenersi che la previsione di cui all'art. 115 D.lgs. n. 163/2006 ponga *ex lege* un rimedio manutentivo dell'equilibrio economico del contratto, per la gestione di sopravvenienze giuridicamente rilevanti intervenute nel corso dell'esecuzione del rapporto contrattuale (cfr. Corte Cost. n. 447/2006).

6. Ciò posto, nella vicenda di cui è causa, l'art. 9 del contratto prevede che “... *i corrispettivi contrattuali sono fissi e invariabili per i primi due anni dalla stipula del contratto. Successivamente il corrispettivo è soggetto ad adeguamento annuale, a partire dal terzo anno dopo l'avvio del servizio, su espressa richiesta da parte dell'Appaltatore, ai sensi dell'articolo 115 del decreto legislativo n. 163 del 2006. L'adeguamento è regolato dall'art. 36 del Capitolato Speciale di Appalto*”.

L'art. 36 del capitolato speciale d'appalto prevede, a sua volta, che:

*“1. I corrispettivi contrattuali sono fissi e invariabili per i primi due anni dalla stipula del contratto. Successivamente il corrispettivo è soggetto ad adeguamento annuale, a partire dal terzo anno dopo l'avvio del servizio, su espressa richiesta da parte dell'Appaltatore, ai sensi dell'articolo 115 del decreto legislativo n. 163 del 2006.*

*2. L'adeguamento avviene mediante una istruttoria condotta dal D.E.C. tenendo conto dei dati di cui all'articolo 7, comma 4, lettera c) e comma 5, del Codice dei contratti, oppure se tali dati non sono disponibili, tenendo conto dei rinnovi contrattuali del personale, del costo dei carburanti e, per le altre componenti, dell'indice IPCA (Indice Prezzi al Consumo Armonizzato) dell'ISTAT. L'adeguamento del corrispettivo decorre dalla prima mensilità del terzo anno successivo a quello di contratto, con cadenza annuale. Sulla richiesta avanzata dall'Appaltatore corredata dalla proposta motivata di adeguamento con i relativi conteggi, il Comune si pronuncia entro 60 (sessanta) giorni. L'Appaltatore non può richiedere adeguamenti per frazioni di anno, ma solo ad annualità conclusa.*

*3. Ai fini del comma 2, la componente del costo del personale, come determinata nell'elenco prezzi di cui all'Allegato 11, è soggetta all'adeguamento derivante dai rinnovi contrattuali a livello nazionale e decentrato, con esclusione della contrattazione aziendale, tenendo conto altresì delle eventuale variazione delle aliquote per contributi previdenziali, assicurativi e assistenziali intervenute in forza di legge o con atto avente forza di legge”.*

7. Ora, la ricorrente con l'atto introduttivo del giudizio ha chiesto l'accertamento del proprio diritto alla revisione dei prezzi a partire dal 1° febbraio 2016, ovvero dalla seconda annualità, indicando la relativa quantificazione, ritenendo nulla la previsione di immodificabilità biennale del corrispettivo contrattuale.

7.1. Va in proposito precisato che è da escludere che la pretesa vantata dal privato fornitore abbia la consistenza di un diritto soggettivo perfetto suscettibile di accertamento e condanna da parte del giudice amministrativo; infatti, le disposizioni normative prescrivono che la determinazione sia effettuata dalla stazione appaltante all'esito di un'istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi.

L'istituto della revisione prezzi corrisponde ad un modello procedimentale volto al compimento di un'attività di preventiva verifica dei presupposti necessari per il riconoscimento del compenso revisionale, modello che sottende l'esercizio di un potere autoritativo tecnico-discrezionale dell'amministrazione nei confronti del privato contraente, potendo quest'ultimo collocarsi su un piano di equiordinazione con l'amministrazione solo con riguardo a questioni involgenti l'entità della pretesa (Cons. Stato sez. III 6 settembre 2020 n. 4827).

8. Ciò precisato, il Collegio osserva che il complessivo periodo oggetto dell'istanza della società non possa essere trattato unitariamente, ma debba essere distinto sostanzialmente in tre sotto-

periodi, essendo profondamente differenti le circostanze di fatto, che conducono ad altrettanto differenti valutazioni sotto il profilo giuridico.

8.1. Quanto al biennio febbraio 2017-febbraio 2019, come risulta dalla documentazione prodotta in giudizio dal Comune resistente, la stazione appaltante ha già riconosciuto a titolo di rivalutazione del canone contrattuale esattamente quanto richiesto dalla società appaltatrice per il predetto periodo.

A fronte del predetto riconoscimento non risulta che la società abbia apposto riserve “salvo conguaglio”. Deve quindi ritenersi che l’accertamento della revisione per il biennio considerato abbia assunto carattere di definitività per entrambi i contraenti.

8.1.1 Costituisce principio generale, applicabile anche ai contratti pubblici, che nell’esecuzione del contratto le parti debbano comportarsi secondo buona fede.

La richiesta di ulteriori somme a titolo revisionale rispetto al biennio febbraio 2017-febbraio 2019 non risponde all’agire secondo buona fede, laddove, da un lato, nell’istanza del 27 gennaio 2020 (nonché nell’atto introduttivo del giudizio) la ricorrente ha del tutto ommesso di far riferimento a quanto già ottenuto, dall’altro, come già rilevato, non risulta nessuna accettazione con riserva di quanto liquidato per il biennio 2017-2019, riserva che a sua volta sarebbe una violazione del principio della buona fede (*sub specie del venire contra factum proprium*), avendo il Comune riconosciuto l’esatta somma richiesta.

8.1.2. D’altro canto una volta che la stazione appaltante abbia “chiuso” una posta contabile ritenuta dovuta, l’esposizione a ulteriori e potenzialmente illimitate richieste compromette la corretta programmazione della spesa, che l’Amministrazione non sarebbe più in grado di controllare, con conseguente pregiudizio della stabilità finanziaria dell’ente.

8.1.3. Deve quindi ritenersi che per il biennio 2017-2019 la ricorrente abbia già ottenuto il compenso revisionale nell’importo richiesto, ritenuti “*i calcoli di cui all’oggetto (tra cui quello relativo alla variazione del costo del personale) sono corretti e effettuati tramite la formula del ‘metodo della variazione percentuale’, in linea con quanto previsto dal sito ISTAT*” (cfr. nota del Comune dell’8 agosto 2019).

La domanda qui introdotta va pertanto respinta.

8.2. In relazione al periodo 1° febbraio 2016 – 31 gennaio 2017 la questione su cui si fronteggiano le diverse posizioni delle parti involge la validità della disposizione di cui all’art. 9 del contratto e all’art. 36 del capitolato speciale d’appalto, laddove mantengono fermo il prezzo del contratto per due anni, potendo il privato appaltatore chiedere l’adeguamento dei prezzi soltanto a partire dal terzo anno di contratto.

8.2.1. Ad avviso del Collegio le disposizioni sopra richiamate non appaiono conformi alla *ratio* dell’istituto della revisione prezzi.

8.2.2. Se è ragionevole prevedere che nell’arco di un anno dall’aggiudicazione i prezzi dei fattori di costo non possano subire incrementi tali da incidere sulla stabilità economica del rapporto sinallagmatico, non altrettanto ragionevole è traslare tale presunzione di sostanziale immodificabilità dei fattori di costo per un ulteriore anno.



In altri termini in un orizzonte temporale biennale non può affatto escludersi a priori il verificarsi di sopravvenienze nel mercato di riferimento che ridondino sugli elementi di costo del servizio.

8.2.3. La stazione appaltante non ha fornito alcun plausibile argomento che possa giustificare la disposizione censurata.

Ne consegue che, ponendosi in violazione dell'art. 115 del D.lgs. 163/2006 avente carattere di norma imperativa, le disposizioni di cui all'art. 9 del contratto e all'art. 36 del capitolato speciale d'appalto, laddove mantengono fermo il prezzo del contratto per due anni, sono da considerare nulle.

8.2.4. Ne consegue che, nell'ambito del procedimento già in corso di svolgimento da parte della stazione appaltante, come meglio si dirà tra poco, dovrà essere considerata anche l'annualità febbraio 2016-febbraio 2017.

8.3. Infine quanto al periodo successivo al 1° febbraio 2019 va innanzi tutto precisato che la stazione appaltante dovrà tenere conto, ai fini del calcolo revisionale, anche dell'intero periodo di proroga disposta fino al 31 luglio 2020 (della cui legittimità si dirà *infra*) (per l'applicazione dell'istituto della revisione anche al periodo di proroga si veda da ultimo Consiglio di Stato 16 giugno 2020 n. 3874).

8.3.1. Ciò precisato, deve ribadirsi che il diritto alla revisione dei prezzi non discende direttamente dalla legge, ma deve trovare riconoscimento in un procedimento amministrativo, come del resto palesato dalla circostanza che l'art. 115 del D.lgs. 163/2006 rinvia ad un'istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi e, pertanto, ad un'attività procedimentalizzata, avviabile ad impulso della parte.

Nel caso di specie la previsione normativa trova piena rispondenza nel disposto di cui all'art. 36 del capitolato speciale.

8.3.4. Ora, risulta dalla documentazione prodotta (cfr. nota dell'11 giugno 2020) che, successivamente alla declaratoria di "non accoglibilità" di cui alla determinazione dirigenziale comunale n. 95 del 29 gennaio 2020 n. 95, il Comune abbia avviato un procedimento per l'adeguamento del canone e il riconoscimento dei dovuti conguagli, anche per il periodo della proroga dell'affidamento.

8.3.5. Il diniego sostanzialmente annunciato con la determina n. 95/2020 deve dunque ritenersi superato, avendo la stazione appaltante manifestato, senza alcun dubbio, la volontà di procedere al riconoscimento dell'adeguamento revisionale.

Sotto tale profilo la domanda di annullamento del provvedimento deve ritenersi improcedibile.

8.3.6. Va precisato che non consta al Collegio che il procedimento per il riconoscimento della revisione del corrispettivo contrattuale sia concluso.

Tuttavia in questa sede non può essere richiesto al giudice l'accertamento del diritto in relazione al *quantum*, non potendo il Tribunale sostituirsi all'amministrazione rispetto ad un obbligo di provvedere gravante su di essa (cfr. Cons. Stato n. 4827/2020 cit.; Consiglio di Stato, Sez. V, 24 gennaio 2013 n. 465). E d'altro canto la società non ha agito per la declaratoria dell'inadempimento provvedimentale della stazione appaltante, con l'apposita azione *ex art.* 117 c.p.a.

8.3.7. Quanto all'*an* della revisione per il periodo 1° febbraio 2019 - 31 luglio 2020 il Comune ne ha riconosciuto la spettanza.

8.3.8. In relazione al *quantum* – pur non essendo ancora stato determinato – la stazione appaltante ha già indicato i criteri cui farà riferimento, in applicazione di quanto disposto dall'art. 36 del capitolato speciale, ovvero “*tenendo conto dei rinnovi contrattuali del personale, del costo dei carburanti e, per le altre componenti, dell'indice IPCA (Indice Prezzi al Consumo Armonizzato) dell'ISTAT*”.

Essendosi già espressa sulle modalità di calcolo che saranno applicate nel procedimento di revisione (che sono contestate dalla ricorrente), il Collegio ritiene di potersi pronunciare sulla correttezza delle stesse, non incorrendo nella violazione dell'art. 34 comma 2 c.p.a.

8.3.9. Si tratta peraltro di verificare, sotto altro angolo prospettico, se la disposizione di cui all'art. 36 del capitolato speciale sia suscettibile di censura.

Il paradigma normativo di riferimento va individuato nell'art. 115 del D.lgs. 163/2006, trattandosi di appalto bandito e aggiudicato prima dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 50/2016.

8.3.10. La giurisprudenza ha avuto modo di rilevare che ai fini della quantificazione della somma dovuta dalla p.a. a titolo di revisione prezzi deve essere applicato in via suppletiva, ai sensi dell'art. 6, della legge 24 dicembre 1993 n. 537, l'indice Istat dei prezzi al consumo di famiglie di operai e impiegati su base semestrale; tale indice costituisce il limite massimo oltre il quale, salvo circostanze eccezionali che devono essere provate dall'impresa, essa non può spingersi nella determinazione del compenso revisionale (Cons. Stato sez. V, 20 novembre 2015, n. 5291).

Della sussistenza di tali eccezionali circostanze deve essere data una prova rigorosa.

La revisione prezzi deve consistere infatti in un rimedio temperato di riequilibrio del sinallagma funzionale, in modo da assolvere all'esigenza di assicurare continuità al rapporto contrattuale in corso di svolgimento, soprattutto nell'ottica del perseguimento del pubblico interesse, senza che si giunga ad una rideterminazione del prezzo originario del servizio o della fornitura (Consiglio di Stato Sezione V, 17 febbraio 2010 n. 935).

8.3.11. Nella disciplina di diritto positivo dell'istituto non è affatto stabilito che la revisione prezzi abbia come obiettivo l'azzeramento del rischio di impresa connesso alla sopportazione in capo all'appaltatore dell'alea contrattuale normale riconducibile a sopravvenienze, quali l'oscillazione generale e diffusa dei prezzi.

L'esistenza di circostanze eccezionali di cui si parla nella giurisprudenza richiamata va inoltre ricondotta non già ad aumenti di costi di fattori della produzione prevedibili - anche dal punto di vista della loro consistenza valoriale - nell'ambito del normale andamento dei mercati relativi, dovendo invece a tale fine farsi riferimento ad eventi eccezionali ed imprevedibili tali da alterare significativamente le originarie previsioni contrattuali (cfr. in tal senso T.A.R. Napoli sez. I, 24 aprile 2014, n. 2306).

In altri termini la prova che deve essere fornita non è relativa al maggior costo sostenuto rispetto a quello ipotizzato in sede di offerta, ma alla sussistenza di eventuali circostanze imprevedibili che abbiano determinato aumenti o diminuzioni nei costi.

*“Risulterebbe 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”* (Cons. Stato Sez. III, 25 marzo 2019, n. 1980).

8.3.12. Facendo applicazione al caso di specie di tali coordinate ermeneutiche deve rilevarsi che la ricorrente non ha dato prova della sopravvenienza di circostanze eccezionali e imprevedibili.

Invero né vi ha fatto riferimento nell’istanza del 27 gennaio 2020 né nel corso del rapporto negoziale, pur prevedendo l’art. 6 del contratto che *“L’Appaltatore si obbliga a dare immediata comunicazione al Comune di ogni circostanza che abbia influenza sull’esecuzione delle attività di cui al Contratto”*.

8.3.13. Deve quindi ritenersi non sostenibile la pretesa che la revisione venga operata a consuntivo, sulla base dei prezzi praticati da soggetti terzi all’appaltatore; in tal modo infatti si traslerebbe sulla stazione appaltante il rischio di impresa dell’appaltatore.

D’altro canto, nel caso di specie, la ricorrente si è aggiudicata l’appalto in forza di un ribasso considerevole (pari al 29,12%).

La pretesa della ricorrente di vedersi riconosciuto a posteriori l’intero maggior costo dell’attività di smaltimento verrebbe ad alterare la stessa logica sottesa alle procedure di evidenza pubblica, compensando così, sotto forma di revisione prezzi, il ribasso offerto in sede di gara.

E ciò a maggior ragione in un’ipotesi come quella oggetto del presente giudizio, ove l’istanza volta ad ottenere la revisione prezzi è stata avanzata (in data 27 gennaio 2020) in stretta prossimità della scadenza del contratto (31 gennaio 2020), non trovando quindi evidente giustificazione nell’impossibilità di rendere il servizio in modo efficiente, e quindi nell’ottica dell’interesse dell’Amministrazione, posto che, appunto, il rapporto negoziale stava per concludersi.

Deve quindi respingersi la domanda così come formulata dalla ricorrente in relazione al *quantum* della revisione.

9. In conclusione, e riassumendo, la domanda di accertamento del diritto della ricorrente alla revisione prezzi,

- va respinta con riferimento al biennio 2017-2019 in quanto la revisione è già stata riconosciuta;

- va respinta con riferimento al periodo 1° febbraio 2019 – 31 luglio 2020 in quanto l’an della pretesa è già stato riconosciuto e il procedimento per la determinazione del *quantum* è in corso;

- previa declaratoria di nullità delle disposizioni di cui agli artt. 9 del contratto e 36 del capitolato speciale d’appalto, nella parte in cui affermano che *“i corrispettivi contrattuali sono fissi e invariabili per i primi due anni dalla stipula del contratto”*, va accolta con riferimento all’annualità 2016 che dunque dovrà essere considerata dall’Amministrazione nell’ambito del procedimento *in itinere*.

- va respinta in relazione ai criteri stabiliti dall’Amministrazione con l’art. 36 del capitolato speciale d’appalto e applicati nel procedimento *in itinere*, per quanto dichiarato dalla stessa.

10. Quanto alla domanda di annullamento della delibera di proroga del 29 gennaio 2020 introdotta con il ricorso introduttivo, come già rilevato (cfr. punto 8.3.5) in relazione alla determinazione di non accoglibilità dell'istanza di revisione la domanda va dichiarata improcedibile, essendo stata superata dalla nota dell'11 giugno 2020 con cui il Comune ha dato atto che era in corso di perfezionamento l'atto ricognitorio per l'adeguamento del canone e il riconoscimento dei conguagli anche per il periodo 1° giugno 2020 – 30 giugno 2020 nonché per l'ulteriore proroga.

10.1. Sempre in relazione alla deliberazione di proroga predetta la ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 2 D.lgs. n. 163/2006, degli artt. 97 c. 2 Cost., 1, 2, 3, 6, 10, 18 L. n. 241/1990, anche in relazione agli artt. 115 D.lgs. n. 163/2006 e 177 e 178 D.lgs. n. 152/2006, il difetto di istruttoria e di motivazione, nonché la manifesta ingiustizia, irragionevolezza e lo sviamento, in quanto la determinazione di proroga, che imporrebbe di gestire in perdita il servizio, violerebbe i principi di economicità, efficacia ed efficienza ai sensi dell'art. 1 comma 1 L. n. 241/1990.

10.2. Va osservato che l'art. 4 del contratto sottoscritto dispone, per quanto qui di interesse, che *“In relazione alla qualifica di servizio essenziale, qualora allo scadere del contratto non siano state completate le formalità relative al nuovo appalto e conseguente affidamento del servizio, l'Appaltatore sarà in ogni caso obbligato a garantire il servizio di cui trattasi fino alla data di assunzione del servizio da parte della Ditta subentrante secondo le modalità e condizioni di cui all'art. 8 del Capitolato Speciale d'Appalto.*

La norma del capitolato è pienamente coerente con il disposto di cui all'art. 106 comma 11 del D.lgs. n. 50/2016 ai sensi del quale *“La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante”.*

10.3. La deliberazione n. 95/2020 è motivata proprio in riferimento alla conclusione della procedura per l'individuazione del nuovo contraente e l'avvio del relativo servizio.

Si tratta dunque di ipotesi pienamente sussumibile sotto il paradigma normativo di cui all'art. 106 comma 11 del codice dei contratti pubblici, e pattiziamente convenuta tra le parti.

10.4. La legittimità della determinazione non può essere scrutinata sulla base del cono prospettico del ricorrente che assume astrattamente un'inefficienza del servizio muovendo dal presupposto delle perdite di esercizio, circostanza che di per sé non coincide con un servizio inefficiente.

In ogni caso la soluzione adottata dal Comune era non solo in qualche modo necessitata, ma pienamente contemplata dalla normativa di riferimento e dal regolamento negoziale.

La domanda di annullamento va pertanto rigettata.

11. Le stesse argomentazioni valgono a respingere il ricorso per motivi aggiunti.

11.1. Con tale gravame la ricorrente ha impugnato della determinazione dirigenziale 30 giugno 2020, n. 458 di proroga del contratto dal 1° luglio 2020 al 31 luglio 2020, e ha dedotto, in sintesi, l'illegittimità della proroga disposta a condizioni, a suo dire, manifestamente inique e antieconomiche.

Anche tale determinazione è stata motivata in relazione alla pendenza della procedura per il nuovo affidamento e l'individuazione del nuovo contraente.

Deve poi aggiungersi che l'Amministrazione si è avvalsa legittimamente del periodo massimo di proroga previsto nel contratto, non potendosi censurare il fatto che la prima proroga sia stata stabilita per un periodo inferiore.

11.2. Quanto alla domanda di accertamento del diritto a percepire i compensi revisionali anche per il periodo di proroga valga, in senso positivo, quanto si è già sopra disposto *supra*, segnatamente ai punti 8.3. e 9.

12. Tenuto conto della complessità dell'articolata vicenda, le spese di giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

quanto al ricorso introduttivo:

- in parte accoglie e in parte rigetta la domanda di accertamento del diritto della ricorrente alla revisione prezzi;

- dichiara nulla la disposizione di cui agli artt. 9 del contratto e 36 del capitolato speciale d'appalto, all'art. 9 del contratto e all'art. 36 del capitolato speciale d'appalto, nella parte in cui mantengono fermo il prezzo del contratto per due anni;

- in parte dichiara improcedibile e in parte rigetta la domanda di annullamento della determinazione dirigenziale n. 95 del 29 gennaio 2020;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- accoglie la domanda di accertamento del diritto alla revisione prezzi per il periodo di proroga 1° luglio 2020 – 31 luglio 2020;

- rigetta la domanda di annullamento della determinazione dirigenziale n. 458 del 30 giugno 2020.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Valentina Santina Mameli, Consigliere, Estensore

Rosanna Perilli, Referendario

L'ESTENSORE  
Valentina Santina Mameli

IL PRESIDENTE  
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO