

Pubblicato il 10/10/2022

N. 12810/2022 REG.PROV.COLL.

N. 05636/2022 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5636 del 2022, proposto da Omissis S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Ciro Esposito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Asl Roma 2, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Omissis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la declaratoria

dell'illegittimità del silenzio - inadempimento serbato dall'Azienda Sanitaria Locale Roma 2, in persona del legale rappresentante pro tempore, in merito all'istanza inoltrata dalla ricorrente società a mezzo pec in data 10.12.2021 e volta all'avvio del procedimento diretto all'adeguamento del corrispettivo a titolo di revisione prezzi, in ordine al rapporto di appalto di cui alla lettera - contratto prot. n. 505 del 10.7.2009, stipulato a seguito di deliberazione n. 654 del 18.6.2009.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asl Roma 2;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 ottobre 2022 la dott.ssa Francesca Ferrazzoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. I fatti oggetto della odierna controversia sono i seguenti.

A seguito dell'indizione di una gara d'appalto a procedura aperta ai sensi del D.lgs. n. 163/2006 s.i.m. per l'affidamento della fornitura di dispositivi medici specialistici occorrenti alle attività delle diverse UU.OO.CC. di Chirurgia dell'Ospedale S. Omissis, la Omissis S.p.a., giusta delibera del Direttore n. 654 del 18.06.2009, è risultata aggiudicataria di alcuni lotti, per un importo complessivo presunto annuale di € 62.671,50 iva esclusa.

Con nota prot. n. 18002 del 10.12.2021, trasmessa a mezzo pec in pari data, la Omissis ha chiesto l'aggiornamento prezzi dovuto in relazione a tale rapporto contrattuale, ai sensi e per gli effetti del disposto dell'art. 1164 c.c. e dell'art. 115 del D.lgs. n. 163/2006.

A seguito dell'inerzia dell'Amministrazione, con ricorso notificato in data 17 maggio 2022 ha chiesto al Tribunale adito di accertare l'illegittimità del silenzio - inadempimento serbato dall'Azienda Sanitaria Locale Roma 2, nonché di ordinare alla predetta ASL di provvedere sulla ripetuta istanza inoltrata dalla ricorrente società in data 10.12.2021 entro il termine di trenta giorni.

Si è costituita l'Azienda Sanitaria eccependo in via preliminare: il difetto di giurisdizione del giudice adito; l'inammissibilità del ricorso per inapplicabilità del rito

del silenzio trattandosi di attività vincolata della pubblica amministrazione e non sussistendo alcun obbligo di provvedere; irricevibilità del ricorso per violazione dell'art. 31 comma 2, atteso che la norma prevede che l'azione de qua può essere intentata fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento amministrativo che, nel caso di specie, coinciderebbe con il termine generale di 30 giorni dall'istanza di avvio del procedimento, come previsto dalla L. n. 241/1990 e dal Regolamento interno della ASL; prescrizione del diritto ex art. 2948 primo comma n. 4 c.c. Nel merito, ha contestato tutto quanto *ex adverso* dedotto perché infondato in fatto ed in diritto.

Alla camera di consiglio del 4 ottobre la causa è stata introitata per la decisione.

2. Preliminarmente deve essere scrutinata l'eccezione di difetto di giurisdizione, che è infondata per le ragioni che si vengono ad illustrare.

Invero, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, c.p.a., rientra nella giurisdizione del G.A. la controversia inerente alla revisione dei prezzi in un contratto qualificabile come appalto pubblico di servizi, atteso che l'art. 244 del Codice dei contratti pubblici - superando la tradizionale distinzione in base alla quale erano devolute alla giurisdizione del G.O. le controversie relative al quantum della revisione prezzi e al G.A. quelle relative all'*an debeatur* - impone la concentrazione dinanzi alla stessa autorità giurisdizionale di tutte le cause relative all'istituto della revisione dei prezzi negli appalti pubblici ad esecuzione continuata e periodica, con conseguente potere del G.A. di conoscere della misura della revisione e di emettere condanna al pagamento delle relative somme, risultando in tal modo superata la tradizionale distinzione fondata sulla consistenza della situazione soggettiva fatta valere (cfr. TAR Roma n. 1818/2022; Napoli n. 5934/2021).

3. Del pari, non può trovare accoglimento l'eccezione di inammissibilità del ricorso *“per inapplicabilità del rito del silenzio trattandosi di attività vincolata della pubblica amministrazione e non sussistendo alcun obbligo di provvedere”*.

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha da tempo condivisibilmente chiarito che la domanda giudiziale avente ad oggetto la revisione dei prezzi deve essere definita, sul piano processuale, secondo *“un'indagine di tipo bifasico volta dapprima all'accertamento dei presupposti per il riconoscimento del compenso revisionale - aspetto per il quale è consentito il giudizio impugnatorio riferito all'atto autoritativo della P.A. e al suo surrogato costituito dal silenzio rifiuto; e solo in un momento successivo alla verifica del quantum debeatur, secondo meccanismi propri della tutela delle posizioni di diritto soggettivo”*, con la conseguenza che *“qualunque provvedimento espresso o tacito che, collocandosi nella prima fase, espressamente neghi la revisione o non dia seguito all'istanza dell'appaltatore, involge posizioni di interesse legittimo e come tale va impugnato nei termini di rito, indipendentemente dalle ragioni sulla cui base la posizione di diniego venga assunta”* (cfr. C. di St. n. 3827/2018. Nello stesso senso, da ultimo, TAR Roma n. 866/2022; n. 1818/2022).

Dunque, la posizione dell'appaltatore è di interesse legittimo, quanto alla richiesta di effettuare la revisione in base ai risultati dell'istruttoria, in presenza di una facoltà discrezionale riconosciuta alla stazione appaltante che deve effettuare un bilanciamento tra l'interesse dell'appaltatore alla revisione e l'interesse pubblico connesso sia al risparmio di spesa, sia alla regolare esecuzione del contratto aggiudicato.

Pertanto, la qualificazione in termini autoritativi del potere di verifica della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del compenso revisionale comporta che il privato contraente potrà avvalersi solo dei rimedi e delle forme tipiche di tutela dell'interesse legittimo. Ne deriva che sarà sempre necessaria l'attivazione, su istanza di parte, di un procedimento amministrativo nel quale l'Amministrazione dovrà svolgere l'attività istruttoria volta all'accertamento della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del compenso revisionale, compito che dovrà sfociare nell'adozione del provvedimento che riconosce il diritto al compenso revisionale e ne stabilisce anche l'importo. In caso di inerzia da parte della

stazione appaltante, a fronte della specifica richiesta dell'appaltatore, quest'ultimo potrà agire contro l'inadempimento dell'Amministrazione, ma non potrà demandare in via diretta al giudice l'accertamento del diritto, non potendo questi sostituirsi all'Amministrazione rispetto ad un obbligo di provvedere gravante su di essa (in tal senso, *ex multis*, T.A.R. Roma n. 1818/2022; T.A.R. Roma n. 8752/2017).

4. In relazione alla tempestività dell'azione, si osserva che, *“alla stregua di consolidata giurisprudenza, si deve escludere che il termine annuale previsto dall'art. 31, co. 2, c.p.a., produca una decadenza sostanziale che colpisce la posizione soggettiva, atteggiandosi invece a mera sanzione processuale che non impedisce la proposizione di autonomo giudizio a seguito della presentazione di una nuova istanza volta al conseguimento del provvedimento amministrativo. Per espressa previsione di legge (art. 31, co. 2, c.p.a., secondo alinea: “è fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti”), infatti, la decorrenza del termine annuale incide soltanto sul piano processuale, senza che si produca nessuna vicenda estintiva dell'interesse legittimo pretensivo sotteso all'iniziativa procedimentale di parte: pertanto, se tale situazione giuridica soggettiva persiste in capo al cittadino anche dopo un anno dalla formazione del silenzio-rifiuto, sussiste pure la legittimazione a riproporre l'istanza di avvio del procedimento e, conseguentemente, a promuovere l'azione avverso il silenzio. Va soggiunto che, stante la natura del termine in una con la relativa ratio, la diffida a provvedere va equiparata ad una nuova istanza ai sensi dell'art. 31, comma 2, c.p.a.”* (Cons. Stato, Sez. V, 27 maggio 2014 n. 2742). 14. - Tale principio, espresso dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, è pienamente condiviso dal Collegio. 14.1 - Peraltro, la tesi dell'appellante – oltre a contrastare con la giurisprudenza prima citata – comporterebbe l'inaccettabile conseguenza di “premiare” la condotta sleale tenuta della ASL” (cfr. C. di St. n. 3118/2020).

Conseguentemente, l'azione *de qua* deve essere ritenuta tempestiva.

5. In ordine alla eccepta prescrizione del diritto, si osserva innanzitutto che il giudizio in esame ha ad oggetto il silenzio serbato dall'amministrazione, conseguentemente detta eccezione non è esperibile in questa sede.

Ad ogni modo, la giurisprudenza amministrativa ha già avuto occasione di affermare che: “*al fine di ottenere il compenso revisionale, la parte interessata ha l'onere di attivarsi entro un tempo ragionevole che non può essere superiore a quello stabilito per la prescrizione dei diritti di credito, attesa la natura indisponibile del diritto in questione e la mancanza di un espresso termine normativo entro il quale lo stesso può essere fatto valere*” (ex multis TAR Napoli n. 7238/2021).

Nella fattispecie in esame, le prestazioni per le quali si chiede la revisione sono quelle eseguite dal mese di marzo 2010 al mese di dicembre 2014. L'aggiornamento prezzi era stato richiesto la prima volta con nota del 30.04.2015 e poi nuovamente in data 22.07.2015. Successivamente, in data 14.10.2016, è stato proposto ricorso ex art. 117 c.p.a. iscritto al R.G. n. 11873/2016 (dichiarato perento con decreto del 3.05.2022). Ancora, la richiesta è stata reiterata in data 10.12.2021. Infine è stato notificato il ricorso ex art. 117 in esame in data 17 maggio 2022.

La ricorrente, dunque, ha posto in essere gli atti interruttivi della prescrizione.

Deve invece essere stigmatizzato il comportamento della ASL che vorrebbe che venisse dichiarata la prescrizione di un diritto che a tutt'oggi non è stato realizzato a causa di una propria condotta inerte e defatigatoria.

6. Respinte tutte le eccezioni preliminari, si procede con l'esame del merito del ricorso *de quo*, che è fondato e deve essere accolto per le ragioni che si vengono ad illustrare.

7. Deve essere innanzitutto evidenziato che l'istituto della revisione prezzi, con le sue modifiche e integrazioni stratificatesi nel tempo, è basato su una finalità che è riconducibile alla salvaguardia dell'interesse pubblico per garantire che l'esecuzione di contratti relativi a beni e servizi in modo che questi ultimi non vengano esposti, a causa della eventuale eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni, al rischio di incompiutezza delle attività contrattualizzate. Questa condizione svolge anche una

tutela nei confronti dell'esecutore al quale va riconosciuto un giusto compenso a fronte delle prestazioni fornite.

L'art. 115 del d.lgs. n. 163/2006, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, prevedeva che: *“Tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'articolo 7, comma 4, lettera c) e comma 5”*.

A sua volta, l'art. 7 del Codice del 2006 attribuiva all'Osservatorio sui contratti pubblici istituito presso l'A.V.C.P. la competenza a determinare annualmente *“costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura in relazione a specifiche aree territoriali, facendone oggetto di una specifica pubblicazione, avvalendosi dei dati forniti dall'ISTAT, e tenendo conto dei parametri qualità prezzo di cui alle convenzioni stipulate dalla CONSIP, ai sensi dell'articolo 26, legge 23 dicembre 1999, n. 488”*.

Le disposizioni richiamate non prevedevano il diritto dell'appaltatore alla revisione automatica del corrispettivo nei contratti di durata, bensì: un obbligo per l'Amministrazione di inserire nel contratto una clausola che regolasse la revisione prezzi; un procedimento amministrativo per l'applicazione della revisione prezzi, basato sull'istruttoria da parte dei dirigenti responsabili della acquisizione dei beni e servizi, sui dati forniti dall'Osservatorio o dall'ISTAT.

Orbene, in ordine alla fissazione dell'adeguamento spettante all'appaltatore, è da escludere che la pretesa vantata da quest'ultimo abbia la consistenza di un diritto soggettivo perfetto, suscettibile di accertamento e condanna da parte del giudice amministrativo; infatti, le citate disposizioni prescrivono che la determinazione sia effettuata dalla stazione appaltante all'esito di un'istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi.

8. Tanto premesso, e venendo ora al caso di specie, rileva il Collegio che la parte ha chiesto, con il ricorso in esame, l'accertamento dell'illegittimità del silenzio-

inadempimento serbato dall'Azienda Sanitaria Locale Roma 2 e, per l'effetto, che venga ordinato *“all'Azienda Sanitaria Locale Roma 2 resistente di provvedere sulla ripetuta istanza inoltrata dalla ricorrente società in data 10.12.2021 entro il termine di trenta giorni”*.

Innanzitutto, è bene stigmatizzare la condotta inerte tenuta dalla ASL, che si pone in contrasto con i principi di buon andamento della P.A.: il legislatore ha da tempo intrapreso la strada diretta a porre fine alla prassi negativa degli uffici di non rispondere alle istanze dei privati, obbligando i richiedenti ad agire in giudizio per il solo fine di ottenere una risposta, pur sussistendo un preciso obbligo di legge (art. 2, comma 1, l. n. 241/90) che impone di concludere il procedimento con l'adozione di un provvedimento espresso.

La giurisprudenza ha sottolineato che *“In presenza di una formale istanza l'amministrazione è tenuta a concludere il procedimento anche se ritiene che la domanda sia irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondata, non potendo rimanere inerte: il legislatore, infatti, ha imposto alla P.A. di rispondere in ogni caso (tranne i casi limite di palese pretestuosità) alle istanze dei privati nel rispetto dei principi di correttezza, buon andamento, trasparenza, consentendo alle parti di difendersi in giudizio in caso di provvedimenti lesivi dei loro interessi giuridici”* (cfr. C. di St. n. 3118/2020; TAR Roma n. 1818/2022).

Per tali ragioni, reputa il Collegio che deve ritenersi sussistente l'obbligo di provvedere, ai sensi dell'art. 2, l. n. 241/90.

Invero, tale previsione normativa prevede che: *“Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo”*.

In tal modo, il legislatore ha inteso generalizzare l'obbligo di provvedere con atto espresso, anche nelle ipotesi in cui vi siano, *ictu oculi*, impedimenti tali da impedire

l'accoglimento dell'istanza. Ciò al fine di garantire la certezza dei tempi nell'esercizio dell'azione amministrativa, e prevenire danni correlati all'inerzia della P.A.

Il tutto sul presupposto che l'esistenza di un termine per provvedere costituisce ora, per ricevute acquisizioni giurisprudenziali, autonomo bene della vita, sul quale il privato deve poter fare ragionevole affidamento al fine di autodeterminarsi e orientare la propria attività economica.

In tal senso l'amministrazione a tutt'oggi non si è determinata, sicché deve ritenersi acclarato il suo silenzio rifiuto sull'istanza in esame.

9. Alla luce di tali considerazioni, la domanda di accertamento dell'obbligo di provvedere è fondata.

Ne consegue l'ordine alla l'Azienda Sanitaria Locale Roma 2 di pronunciarsi sull'istanza presentata dalla ricorrente, da ultimo a seguito dell'instaurazione del presente giudizio, entro gg. 30 dalla notificazione/comunicazione della presente sentenza.

In difetto, si provvederà alla nomina di commissario ad acta.

10. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e ordina per l'effetto all'Azienda Sanitaria Locale Roma 2 di pronunciarsi sull'istanza presentata dalla ricorrente, di accertamento del proprio diritto alla revisione dei prezzi, entro gg. 30 dalla notificazione/comunicazione della presente sentenza.

Condanna l'Azienda Sanitaria Locale Roma 2 in persona del legale rappresentante pro tempore al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente, liquidate complessivamente in € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori (se e in quanto dovuti) ed oltre alla refusione del contributo unificato se versato, da distrarsi in favore dei difensori antistatari.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 ottobre 2022 con
l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Claudia Lattanzi, Consigliere

Francesca Ferrazzoli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Francesca Ferrazzoli

IL PRESIDENTE
Maria Cristina Quiligotti

IL SEGRETARIO