N. 01481/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01151/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1151 del 2010, proposto da:
Consorzio Alisei e Societa' Nelsa S.r.l., rappresentati e difesi dagli avv. Carlo Merani e Andrea Cermele, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Torino, via Pietro Micca, 21;

contro

Comune di Mondovì, rappresentato e difeso dagli avv. Francesca Mastroviti e Maria Luisa Mazza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesca Mastroviti in Torino, via Amedeo Peyron, 47;

per l'accertamento del diritto del consorzio ricorrente al riconoscimento, nel quantum dalla stessa preteso, della revisione prezzi con riferimento al contratto di appalto stipulato in data 9.12.2004 ed avente ad oggetto la fornitura del servizio energia e gestione calore degli edifici di proprietà o competenza comunale;

nonché ove occorra, per l'annullamento

del provvedimento di reiezione dell'istanza di revisione prezzi formulata dalla ricorrente, adottato dalla Città di Mondovì con nota prot. n. 16424 del 28.7.2010 ed ogni altro atto e/o provvedimento antecedente, presupposto o, comunque, connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Mondovi';

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 giugno 2014 la dott.ssa Silvana Bini e uditi per le parti

i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1) Il Consorzio Alisei e la Società Nelsa (da ora anche solo Consorzio), hanno gestito il servizio di fornitura di energia e gestione calore degli immobili del Comune di Mondovì, dal 16 settembre 2004, al 15 settembre 2010.

Il Consorzio nel corso del rapporto ha contestato il criterio di calcolo della revisione dei prezzi, operata in base all'art 14 del Capitolato Speciale (C.S.), che stabilisce testualmente: *"Non è ammessa la revisione prezzi sul canone del primo anno, detto di transizione.*

Per le altre componenti dell'offerta, la revisione verrà effettuata annualmente al termine di ciascuna stagione dal 30 aprile (a partire dal 30 aprile 2006) calcolata sui 12 mesi precedenti utilizzando:

edifici art 16 sez. I:

- per la quota parte energetica relativi agli edifici alimentati a gas metano: indice di rivalutazione del canone il valore medio tra l'indice ISTAT e l'indice It (media aritmetica);

- per la quota parte energetica relativa agli edifici alimentati a gasolio: prezzo stabilito dalle Camere di commercio di riferimento;

- per la quota non energetica indice ISTAT;

edifici art 16 sez. II: indice ISTAT.

Tali indici verranno applicati alla stagione appena conclusa".

Il Consorzio al termine del secondo anno di appalto, con lettera del 15 giungo 2006 ha chiesto la revisione dei prezzi per la stagione termica 2005/2006, in base ai criteri del sopra indicato art 14 del C.S..

Il Comune con la nota del 3 ottobre 2006 riscontrava la richiesta, applicando un differente criterio, sulla base di una diversa interpretazione dell'espressione "la revisione verrà effettuata annualmente al termine di ciascuna stagione".

Infatti, come si vedrà in seguito, mentre parte ricorrente relativamente al primo anno di revisione effettua il calcolo utilizzando come prezzo di riferimento quello in vigore alla data dell'offerta (cioè il luglio 2004), il Comune ha effettuato detto calcolo ponendo come prezzo di riferimento quello dell'anno precedente a quello revisionato, cioè aprile 2005.

Anche per gli anni successivi, il consorzio ha chiesto la revisione prezzi, sostenendo, rispetto a quanto riconosciuto dall'Amministrazione, di aver diritto ad una maggior somma di € 316.960,46 (cfr. doc. n. 7 di parte ricorrente).

Con la nota del 28.7.2010 il Comune ha respinto la richiesta di pagamento della maggior somma, richiamando l'art 14 del Capitolato Speciale.

Con il presente ricorso parte ricorrente chiede l'accertamento del diritto al riconoscimento della maggior somma a titolo di revisione prezzi, nonché l'annullamento del provvedimento di reiezione dell'istanza di revisione prezzi del Comune di Mondovì, del 28.7.2010.

Queste le argomentazioni a sostegno della propria tesi:

I) la giurisdizione del Giudice amministrativo: secondo la recente giurisprudenza, la presente controversia è devoluta alla giurisdizione del G.A.

II) Il calcolo della revisione prezzi: in applicazione all'art 14 del Capitolato Speciale, il riferimento ai 12 mesi precedenti, su cui ancorare la revisione, per il primo anno di revisione deve prendere come riferimento non l'aprile 2005, ma i prezzi vigenti al momento della presentazione dell'offerta.

III) L'importo revisionale da riconoscere: seguendo il criterio interpretativo proposto dalla ricorrente, cioè prendendo come riferimento per il primo anno di revisione, i prezzi in vigore al momento della presentazione dell'offerta (luglio 2004), l'Amministrazione deve versare la maggior somma di € 320.970,19.

IV) La nullità della clausola di cui all'art 14 del Capitolato Speciale d'appalto, laddove stabilisce che "non è ammessa la revisione prezzi sul canone del primo anno, detto di transizione", per contrasto con l'art 6 comma 4 L. 537/93, norma imperativa, che comporta la nullità di ogni pattuizione in contrasto e la sostituzione automatica ai sensi dell'art 1339 c.c.

Il Comune, nel costituirsi a giudizio, ha chiesto il rigetto del ricorso, sostenendo che la pretesa della revisione prezzi di parte ricorrente è errata.

Sostiene il Comune in primo luogo di aver versato il compenso revisionale relativo all'ultima stagione 2009-2010, producendo i relativi mandati di pagamento.

Il Comune ha poi dimostrato di aver effettuato la revisione secondo l'art. 14, ancorando i prezzi ai dodici mesi precedenti, cioè per il primo periodo revisionabile, (periodo 2005/2006), al 30 aprile 2005.

Il primo anno era invece definito di transizione, per cui il corrispettivo, secondo quanto previsto dal capitolato, è stato rivalutato forfettariamente, nella misura del 15% della spesa media storica annuale.

All'udienza del 12 giugno il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1) Con il presente giudizio il Consorzio, gestore del servizio del calore del Comune intimato, ha agito per ottenere il riconoscimento del diritto alla revisione dei prezzi, ai sensi dell'art. 4 comma 6 della L. 537/93, come sostituito dall'art 44 L. 724/1994.

Si può ritenere pacificamente che la domanda sia stata correttamente incardinata avanti questo Tribunale, rientrante nella giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 del c.p.a. (ma già precedentemente attribuita a detta giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 244, terzo comma, del

D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) che deve essere definita secondo un'indagine di tipo bifasico, ossia prima volta 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. ed al suo surrogato costituito dal silenzio rifiuto - e poi alla verifica del quantum debeatur secondo meccanismi propri della tutela delle posizioni di diritto soggettivo (in tal senso TAR Lazio sez. III n.5505 del 15 giugno 2012).

2) Parte ricorrente impugna il provvedimento con cui l'Amministrazione ha respinto la richiesta delle maggior somme, chiedendo altresì che venga dichiarata la nullità dell'art 14 del C.S., contenete la disciplina della revisione prezzi.

Tale domanda sottende la richiesta di effettuare la revisione anche al primo anno di gestione, (2004/2005), applicando i prezzi vigenti al momento dell'offerta.

Sostiene poi parte ricorrente che per la revisione dell'anno 2005/2006 dovevano essere utilizzati i prezzi in vigore al luglio 2004, ovvero al momento della presentazione della propria offerta.

3) Il Collegio ritiene di esaminare dapprima la questione della nullità della clausola di cui all'art 14 del C.S., nella parte in cui stabilisce "non è ammessa la revisione dei prezzi sul canone del primo anno, detto di transizione", per contrasto con l'art 6 L. 537/93, che impone la revisione prezzi per tutta la durata del contratto.

Secondo la tesi difensiva del Comune, l'art 6 non sarebbe stato violato, stante la previsione di una quota a forfeit, "in considerazione degli oneri derivanti dalla manutenzione ordinaria e straordinaria e per variazioni del costo del combustibile".

Ad avviso del Collegio la tesi dell'Amministrazione Comunale non è corretta.

La giurisprudenza amministrativa è infatti ormai abbastanza univoca nel ritenere che l'istituto della revisione dei corrispettivi dei rapporti di durata così come disciplinato dai commi 4 e 6 dell'articolo 6 della legge n. 537/93 costituisce una normativa speciale e derogatoria rispetto a quella del contratto di appalto contenuta nell'articolo 1664 c.c.; la medesima giurisprudenza ha anche riconosciuto il carattere imperativo di tale normativa e la sua prevalenza su clausole difformi con il meccanismo della sostituzione automatica ex articoli 1419, comma 2, e 1339 c.c.

Stante l'imperatività della disposizione, il meccanismo della revisione prezzi (determinabile attraverso precisi parametri), non può essere "sostituito" con un sistema differente, quale quello scelto previsto nel C.S., che prevede un pagamento forfettario, sistema che comunque viola la norma che accorda la revisione "sulla base dei dati di cui al comma 6" senza alcun limite o condizione.

Sul punto specifico della possibilità di applicare la revisione al primo anno di gestione, si regitrano due orientamenti contrapposti: secondo il primo deve essere considerata nulla una clausola contrattuale che esclude l'applicabilità della revisione dei prezzi per le variazioni intervenute nel primo anno di attuazione del rapporto, "in quanto l'istituto della revisione dei corrispettivi dei rapporti di durata così come disciplinato dai commi 4 e 6 dell'art. 6 l. 24 dicembre 1993 n. 537 costituisce una normativa speciale e derogatoria rispetto a quella del contratto di appalto contenuta nell'art. 1664 c.c., ed essa prevale su clausole difformi con il meccanismo della sostituzione automatica ex art. 1419 comma 2 e 1339 c.c." (T.A.R. Latina, n. 689 15 settembre 2005).

Secondo l'opposto orientamento, una clausola negoziale che prevede che si faccia luogo alla

revisione del prezzo originario solo dopo il decorso di un primo arco temporale, è conforme allo spirito ed alla lettera della legge, in cui la previsione di una "revisione" del prezzo su base "periodica" dimostra che il legislatore ha semplicemente inteso munire i contratti di forniture e servizi di un meccanismo di aggiornamento del corrispettivo alla dinamica dei prezzi registrata in un determinato intervallo temporale, secondo cadenze predeterminate, rilevando inoltre nell'ordinamento plurimi indici di un costante indirizzo legislativo nel senso della legittimità, se non della necessità, di legare l'adeguamento del prezzo al trascorrere di un significativo periodo di tempo (cfr. l'art. 33 della legge 28 febbraio 1986, n. 41, che escludeva la revisione per il primo anno; l'art. 6 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, che rinviava a dati rilevati, elaborati e pubblicati con cadenza periodica; l'art. 115 del d.lgs. 163/06, che prevede una revisione periodica sulla base di costi standardizzati determinati "annualmente": art. 7, co. 4, lett. c) (TAR Campania, Napoli, sez. I, 9 maggio 2012, n. 2123; 29 luglio 2010, n. 17174).

Ad avviso del Collegio, stante la finalità della norma (profilo che verrà esaminato funditus nel punto successivo), nonché la chiara formulazione letteraria, che non pone alcuna limitazione temporale, in accoglimento alla domanda di parte ricorrente, va dichiarata la nullità della clausola contenuta nell'art 14 del Capitolato Speciale laddove stabilisce la "non ammissione della revisione dei prezzi sul canone del primo anno, detto di transizione", con conseguente obbligo dell'Amministrazione di procedere alla revisione dei prezzi anche per il primo anno del contratto di servizio.

3) Viene altresì contestato il criterio di quantificazione della revisione (punto II del ricorso), per cui parte ricorrente ritiene di aver diritto ad una maggior somma complessiva, per le annate 2005/06, 2006/07, 2007/08 e 2008/09, oltre a quella già versata di € 1.950.036,39, di € 320.970,19.

Si registrano due differenti interpretazioni dell'espressione secondo cui la revisione, effettuata annualmente al termine di ciascuna stagione al 30 aprile, deve essere "calcolata sui 12 mesi precedenti": secondo parte ricorrente, per il secondo anno revisionabile, cioè il 2005/2006, il prezzo di riferimento deve essere quello vigente al momento della formulazione dell'offerta, quindi quello dell'aprile 2004, mentre il Comune ha preso come riferimento i prezzi vigenti ad aprile 2005.

Una volta accertato che anche per il primo anno la revisione doveva essere applicata, la tesi di parte ricorrente non può trovare accoglimento.

Il punto di partenza è offerto dalla ratio dell'istituto di cui si discorre.

Recentemente è stato sottolineato (cfr. Consiglio di Stato, sez. III - 19/7/2011 n. 4362; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III - 7/6/2010 n. 7234) che la revisione dei prezzi tutela da un lato l'esigenza dell'amministrazione 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 - e dall'altro l'interesse dell'impresa a non subire l'alterazione dell'equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi che si verifichino durante l'arco del rapporto, e che potrebbero indurla ad una surrettizia riduzione degli standard qualitativi delle prestazioni. Il meccanismo - applicato (su base periodica) agli appalti di durata - conduce in buona sostanza alla definizione di un "nuovo" corrispettivo per le prestazioni oggetto del contratto, riferito alla dinamica dei prezzi registrata in un dato arco temporale di riferimento (con beneficio di entrambi i contraenti): l'appaltatore vede ridotta, anche se non eliminata, l'alea propria dei contratti di durata, mentre la stazione appaltante vede diminuito il pericolo di un peggioramento della prestazione divenuta onerosa.

Si impone quindi alle parti di contemplare nel contratto una revisione del corrispettivo con cadenza

periodica, per prevenire l'alterazione dell'equilibrio del sinallagma contrattuale. La citata previsione dimostra che la legge non ha inteso munire i contratti di forniture e servizi di una clausola parametrica che indicizzi la controprestazione pecuniaria dell'amministrazione alle oscillazioni del mercato - seppur rilevate ex post - ma di un meccanismo che, a cadenze intervallate e predeterminate, comporti la determinazione di un "nuovo" corrispettivo per le prestazioni ancora da eseguire, rapportandolo all'andamento dei prezzi rilevato in un dato intervallo di tempo (T.A.R. Campania Napoli, sez. I - 29/7/2010 n. 17174; si veda anche T.A.R. Puglia Lecce, sez. III - 7/4/2010 n. 898). L'adeguamento del compenso quindi non deve collegarsi all'incremento dei costi secondo criteri di stretta e rigorosa equivalenza.

Altra giurisprudenza (cfr. T.A.R. Puglia Lecce, sez. III - 13/12/2010 n. 2826) ha osservato che la clausola di revisione periodica dei contratti di durata ha lo scopo di tenere indenni gli appaltatori dell'amministrazione da quegli aumenti dei prezzi dei fattori della produzione che - incidendo sulla percentuale di utile stimata al momento della formulazione dell'offerta - potrebbero indurre l'aggiudicatario a svolgere il servizio o ad eseguire la fornitura a condizioni deteriori rispetto a quanto pattuito o, addirittura, a rifiutarsi di proseguire nel rapporto, con inevitabile compromissione degli interessi dell'amministrazione. Solo in via mediata l'istituto tutela l'interesse dell'impresa a non subire l'alterazione dell'equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi che si verifichino durante l'arco del rapporto, e che potrebbero indurla ad una surrettizia riduzione degli standard qualitativi delle prestazioni.

Così ricostruito lo scopo dell'istituto, il Collegio propende per un'interpretazione della clausola controversa che ne valorizzi il dato testuale. Dopo aver sancito la periodicità annuale della revisione, l'art. 14 fa riferimento alla variazione dei prezzi intervenuta nei 12 mesi precedenti: in tal modo non viene certamente eliminata completamente l'alea tipica di un contratto di durata, la quale costituisce proprio oggetto di specifico apprezzamento (al momento della formulazione dell'offerta economica) dei concorrenti che intendono concorrere alla gara d'appalto. Se indubbiamente il meccanismo deve prevedere la correzione dell'importo previsto ab origine in esito al confronto comparativo - per prevenire il pericolo di un'indebita compromissione del sinallagma contrattuale - il riequilibrio non si risolve in un automatismo perfettamente ancorato ad ogni variazione dei valori delle materie prime (o dei quantitativi), che ne snaturerebbe la ratio trasformandolo in una clausola di indicizzazione.

La previsione - nel suo significato letterale - è pertanto coerente con la natura dell'istituto della revisione prezzi ed in questo senso ne deve orientare l'interpretazione, come correttamente opina la stazione appaltante.

Queste considerazioni valgono anche a sostenere la nullità della clausola che esclude la revisione prezzi per il primo anno di gestione del servizio: se infatti la finalità della revisione è quella di prevenire l'alterazione dell'equilibrio del sinallagma contrattuale, questa esigenza ben può presentarsi anche durante il primo anno di gestione, soprattutto in un settore, quale quello della fornitura e della gestione del calore, dove la materia prima fornita può subire oscillazioni rilevanti, non prevedibili, determinati anche dalla politica economica ultra nazionale.

4) In conclusione il ricorso va accolto, nei limiti sopra indicati, con la conseguente dichiarazione di nullità dell’art 14 del Capitolato Speciale, nella parte in cui esclude la revisione prezzi per il primo anno di transizione; di conseguenza va dichiarato il diritto della ricorrente ad ottenere, previa istruttoria da parte dell’amministrazione e se ne sussistono i presupposti, la revisione del corrispettivo dell'appalto per l’anno 2004/2005, secondo il criterio indicato, facendo obbligo all’Amministrazione di procedere alla quantificazione ed alla conseguente corresponsione degli

importi dovuti per il predetto titolo.

Il ricorso va respinto per il resto.

Stante la complessità della disciplina in esame, le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Silvana Bini, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Referendario

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **18/09/2014**

IL SEGRETARIO

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