TAR PIEMONTE - SENTENZA 26 marzo 2009, n.796

Pres. Bianchi - est. Lotti

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 286 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

XXX S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti I. M., M. M., con domicilio eletto presso l'avv.to S. C. in Torino, piazza X;

contro

Comune di Torino, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti A. M. A., M. P, con domicilio eletto presso le stesse in Torino, via C. A., n. x;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

a) della determinazione 200707069/007 del 24.10.2007, il cui contenuto è stato reso noto alla ricorrente con Comunicazione del 13 dicembre 2007, prot. n. 26821/044TO7.001/62.3, con la quale si dava atto che la revisione prezzi dell'appalto per servizio di ristorazione nelle scuole dell'obbligo era stata riconosciuta in misura ridotta rispetto al ritenuto dovuto;

b) di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale;

nonchè per l'accertamento e la condanna

dell'Amministrazione al pagamento della revisione dei prezzi nella misura effettivamente dovuta, oltre a rivalutazione monetaria e interessi.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Torino;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26/02/2009 la dott.ssa P. M. e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Parte ricorrente impugna l'atto in epigrafe deducendo di avere partecipato alla licitazione privata n. 40/2005 per l'aggiudicazione del servizio di ristorazione nelle scuole dell'obbligo e nelle scuole e nidi di infanzia del Comune di Torino, suddiviso in 19 lotti, risultando aggiudicataria dei lotti 3- 5-6-7-10-15-16-17.

Trattandosi di contratto ad esecuzione continuata e periodica, con comunicazione del 13 settembre 2007 prot. N. 34/MG/ma, l'odierna ricorrente chiedeva all'Amministrazione aggiudicatrice, con riferimento a quanto previsto dall'art. 16 del CSA, la revisione dei prezzi come prevista dall'art. 44 commi 4 e 6 della legge n. 724 del 23 dicembre 1994, che ha modificato l'art. 6 della legge n. 537 del 1993. Con successiva nota protocollata la società ricorrente precisava di richiedere l'adeguamento prezzi sulla base dei dati ufficiali ISTAT, calcolato applicando per ciascun lotto e per ogni singolo capitolo di spesa le variazioni percentuali registrate dall'ISTAT. Il calcolo veniva effettuato tenuto conto dei soli capitoli di spesa effettivamente interessati dal servizio. Il Comune riteneva applicabile una percentuale di variazione dell'1,6%, pari a quella dell'indice generale dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e impiegati, il tutto con riferimento al mese di agosto 2007 raffrontato ad agosto 2006, ad eccezione del lotto 10, aggiudicato solo da settembre 2007; per tale ultimo lotto l'adeguamento veniva riconosciuto, oltre che per il 2007, anche per il 2006 nella complessiva entità del 2,1%.

Contesta parte ricorrente che il FOI, applicato dal Comune, comprendendo nella media capitoli di spesa non attinenti al servizio,

non sia idoneo parametro e ritiene più corretto il criterio adottato dalla società, in quanto aderente alle voci di spesa effettivamente sostenute.
Contesta quindi l'intervenuta violazione dell'art. 16 del CSA, che prevedeva la revisione periodica del prezzo "ai sensi dell'art. 44, commi 4 e 6 della legge 23 dicembre 1994 n. 724 e dell'art. 1664 c.c." e la violazione di tale normativa, come modificata dall'art. 6 della legge 24 dicembre 1993 n. 537.
Con ricorso per motivi aggiunti, preso atto della documentazione depositata dal Comune, parte ricorrente ha ribadito la censura mossa alla determinazione dirigenziale prot. n. 2007/07069/007 con la quale è stata riconosciuta una revisione dei prezzi a suo dire inadeguata. L'effettivo maggior prezzo del servizio sarebbe pari ad esempio ad un aumento percentuale del 2,1224% per il lotto 2, del 2,1652% per il lotto 10, e ciò contrariamente all'omogeneo aumento percentuale dell'1,6% riconosciuto dal Comune per i lotti 3, 5, 6, 7, 10, 15, 16, 17 e del 2,1% per il lotto 10.
Si è costituito il Comune eccependo preliminarmente l'irricevibilità del ricorso perché notificato oltre il termine decadenziale di legge, decorrente dalla pubblicazione all'albo pretorio della determinazione dirigenziale. Nel merito parte resistente sostiene la correttezza del criterio adottato in quanto la mancata attuazione della disciplina legale, basata sulla inesistente rilevazione su base semestrale del miglior prezzo di mercato desunto dal complesso delle aggiudicazioni di appalti di beni e servizi, rende equitativamente applicabile il FOI.

DIRITTO

Deve essere respinta l'eccezione preliminare di irricevibilità del ricorso; il termine decadenziale di impugnazione, considerato che la deliberazione direttamente riguarda la società ricorrente, non può per quest'ultima che farsi decorrere dalla data di notifica o piena conoscenza dell'atto, esclusa ogni rilevanza, se non per eventuali terzi, della pubblicazione all'albo pretorio.
Preliminarmente pare opportuno evidenziare la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo; è pur vero che, nella presente vertenza, non si controverte dell'"an" della revisione del prezzo, pacificamente riconosciuta dal Comune, bensì del "quantum", questione che la giurisprudenza della Suprema Corte, formatasi sulla scorta dell'art. 6 comma 6 della legge n. 537 del 1993, come sostituito dall'art. 44 della legge 724/1994, demandava alla giurisdizione del GO in quanto afferente all'esecuzione del contratto, riservando al GA solo le controversie relative all'an (così ex pluris C.SU 8519/07; C.SU 28042/2008) ma è altresì vero che a diverse conclusioni si giunge sulla scorta della nuova formulazione dell'art. 244 del d.lgs. 163/2006. Quest'ultimo prevede che "sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative ….alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata e periodica."
Il tenore letterale della norma fuga ogni dubbio circa la devoluzione al giudice amministrativo, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, della controversia in questione (in tal senso TAR Sicilia, sez. I, 19.11.2008; Tar Puglia sez. I, 18.12.2008). Tale conclusione è del tutto compatibile con l'interpretazione che il giudice delle leggi, con la sentenza n. 204 del 2004, ha dato dell'art. 113 della Costituzione in quanto l'ambito della giurisdizione così definito risulta "pur sempre limitato a specifiche controversie, connotate non già da una generica rilevanza pubblicistica, bensì dall'intreccio di situazioni soggettive qualificabili come interessi legittimi e diritti

soggettivi” (in tal senso TAR Lecce, sez. II, 19.7.2006 n. 4027). Il meccanismo di determinazione delle variazione dei prezzi che rimanda ad uno specifico rilevamento dei prezzi praticati alle pubbliche amministrazioni evidenzia non solo la specialità della materia ma anche il suo intersecarsi inestricabile con ragioni di interesse pubblico. Come si legge in Cds. Sez. V n. 3994 del 2008 “la controversia in esame riguarda un'ipotesi in cui la posizione giuridica del contraente privato, pur qualificabile come diritto soggettivo, è strettamente connessa all'interesse pubblico e alla disciplina normativa speciale indirizzata a salvaguardare la regolare esecuzione dei contratti pubblici.”
Quanto al merito la domanda di parte ricorrente non può trovare accoglimento.
Il Comune ha riconosciuto la revisione dei prezzi applicando l’indice FOI, ossia quello di variazione generale dei prezzi al consumo. Sostiene parte ricorrente che tale meccanismo violerebbe il CSA, il quale a sua volta rinvia all’articolo 6 co. 4 della legge n. 537/1993, come novellato dall’art. 44 della legge n. 724 del 1994. Omette parte ricorrente di rilevare come il combinato disposto invocato sia allo stato sostanzialmente inapplicabile, nel suo tenore letterale, in quanto necessitante di una forma di rilevazione delle variazioni dei prezzi che non ha avuto luogo.
Prevede infatti l’art. 44 commi 4 : “tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili della acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui al comma 6”. Prosegue il co. 6: “Per orientare le pubbliche amministrazioni nell’individuazione del miglior prezzo di mercato, l’ISTAT, avvalendosi ove necessario delle Camere di Commercio, industria, artigianato e agricoltura, cura la rilevazione e la elaborazione dei prezzi di mercato dei principali beni e servizi acquisiti dalla pubbliche amministrazioni, provvedendo alla comparazione, su base statistica, tra questi ultimi e i prezzi di mercato. Gli elenchi dei prezzi rilevati sono pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, per la prima volta entro il 31 marzo 1995 e successivamente, con cadenza almeno semestrale, entro il 3 giugno e il 31 dicembre di ciascun anno.”
Il meccanismo sopra individuato è allo stato inapplicabile come tale perché manca la specifica rilevazione ISTAT ivi prevista; il medesimo in ogni caso non prevede affatto una rilevazione delle singole voci di costo, come preteso da parte ricorrente; esso presuppone la rilevazione di dati desunti dalla contrattualistica pubblica ed in particolare dei prezzi finali praticati alle amministrazioni dai vari fornitori di beni e servizi, prezzi che saranno naturalmente più bassi sia dei prezzi praticati ai singoli consumatori, considerata quantomeno l’evidente economia di scala che si può realizzare in una fornitura pubblica, sia delle variazioni di prezzo subite dai contraenti privati a monte della prestazione ed in relazione alla quale dovranno e vorranno ottimizzare la loro attività. E’ ex se palese che l’amministrazione, che non si presenta ad acquistare sul mercato come un singolo consumatore finale, non sarà mai soggetta alle stesse variazioni di prezzo; il meccanismo normativamente individuato, a regime, potrebbe persino essere per i contraenti privati più penalizzante di quello spontaneamente applicato dall’amministrazione resistente (indice generale dei prezzi al consumo basato su dati medi e non su singole voci di costo), considerato il naturale meccanismo di ribasso che le gare pubbliche possono innescare, con i concorrenti invogliati ad ottimizzare costi e risorse per proporre un’offerta che venga preferita.

Parte ricorrente pretenderebbe una anomala combinazione a suo favore da una parte dei prezzi al consumo (che, come evidenziato, raramente saranno quelli proposti alle amministrazioni in ambito di gare pubbliche) e dall'altra di singole voci di costo; inoltre che i prezzi "da rilevare" secondo la norma invocata non siano e non possano coincidere con quelli generici "di mercato" è dato addirittura per scontato dalla disposizione nella parte in cui prevede un finale confronto tra prezzi rilevati (praticati alle amministrazioni) e prezzi di mercato in generale, così dando per certa e implicita la loro discrasia.

Il Comune ha quindi correttamente dato attuazione alla doverosa revisione dei prezzi; infatti "l'art. 6 della legge n. 537/1993 è considerato dalla unanime giurisprudenza norma imperativa, non suscettibile di essere derogata pattiziamente. La sua finalità primaria è quella di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non possano col tempo subire una diminuzione qualitativa a causa della eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione e della conseguente incapacità del fornitore di farvi compiutamente fronte. Quindi va condivisa l'affermazione secondo cui le disposizioni negoziali contrastanti con la disposizione legislativa non solo sono colpite dalla nullità ai sensi dell'art. 1419 c.c., ma sostituite de iure, ex art. 1339 c.c., dalla disciplina imperativa di legge" (Cds. Sez. V n. 3994 del 2008).

Parte resistente ha utilizzato un meccanismo necessariamente scelto equitativamente in mancanza di attuazione della specifica disciplina di legge.

Su analoga questione si è pronunciato in senso favorevole all'amministrazione il Consiglio di Stato nella decisione Cds sez.V, n. 2786 del 9.6.2008, espressamente statuendo la legittimità del ricorso all'indice FOI per colmare la lacuna normativa. Su caso identico si è pronunciato anche Cds sez. V n. 3994 del 2008 secondo cui: "A dire delle appellanti, ai fini della revisione, gli indici ISTAT dovrebbero essere meramente indicativi, mentre andrebbero considerate con specifica attenzione le variazioni di costo direttamente riferite ai fattori produttivi impiegati nel corso dell'appalto. Il motivo è infondato." Il supremo consesso prosegue ribadendo la correttezza dell'applicazione dell'indice generale di variazione dei prezzi al consumo.

La domanda non può pertanto trovare accoglimento.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte – sezione prima - respinge il ricorso.

Compensa le spese di lite.

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