



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 134 del 2007, proposto da:
Tekneco Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso
dall'avv. Giuseppe Abenavoli, con domicilio eletto presso Segreteria T.A.R. in
Potenza, via Rosica, n.89;

contro

Comune di Pignola, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e
difeso dall'avv. Gerardo Pedota, con domicilio eletto presso il di lui studio in
Potenza, corso Garibaldi, n.32;

per l'annullamento

a.- della delibera di Giunta Comunale n.6 del 4/1/07, affissa all'albo dal 30/1/07 al
14/2/07, con cui il comune di Pignola ha deliberato di determinare l'incremento
percentuale contrattuale riconosciuto alla società Tekneco, nella misura del 13%,
con riferimento al canone mensile inerente il servizio di raccolta e trasporto
all'impianto di smaltimento dei rifiuti solidi urbani ,affidato giusta contratto del
12/6/00 elevando il predetto canone da euro 18.473,73 ad euro 20.875,31 IVA

compresa; b) della relazione del responsabile dell'u.t.c. avente ad oggetto "revisione canone Tekneco- deliberazione di g.c. n.167 del 31/8/06" del 13/11/06; c) della nota del Comune di Pignola prot. n.1116 del 13/2/07, pervenuta alla ricorrente società addì 15/2/07 prot. n.23, a mezzo della quale, con riferimento alla richiesta di adeguamento canone per il periodo dall'1/4/01 al 31/12/05 avanzata dalla Tekneco con nota del 20/11/06 acquisita al protocollo n.7669, l'ente locale dispone che "la richiesta non può essere accolta, in quanto è stata formulata abbondantemente oltre i trenta giorni dalla scadenza del periodo di riferimento e quindi da considerarsi intempestiva e contraria ai patti contrattuali. Inoltre la società...ha già percepito per tale periodo l'adeguamento ISTAT del canone con l'indice FOI...fatturando e incassando i canoni adeguati senza alcuna riserva"; d) di ogni altro atto conseguente, consequenziale etc e per il conseguente accertamento del diritto della ricorrente ai compensi revisionali maturati in relazione al contratto di appalto rep. n.1699 del 12/6/00 stipulato fra le parti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 settembre 2012 il dott. Giancarlo Pennetti e uditi per le parti i difensori Avv. Luca Di Mase, delegato dell'Avv. Giuseppe Abenavoli, per la parte ricorrente e Avv. Gerardo Pedota per il Comune intimato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente è una s.r.l. costituita nel 1999 con prevalente capitale pubblico, in possesso del comune intimato e alla quale, l'anno successivo, venne affidata dallo

stesso comune la gestione del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti solidi urbani per un periodo di nove anni. Il corrispettivo dell'affidamento venne stabilito in L. 530.000.000 (euro 273.722,157) i.v.a. compresa assieme ad una clausola di adeguamento prezzi che disponeva:-che il prezzo sarebbe stato sottoposto ad adeguamento revisione periodica come stabilito dall'art. 6 della legge n.537/93, così come modificato dall'art. 44 della legge n. 724/94; -che l'adeguamento avrebbe avuto cadenza semestrale a partire dall'1/9/99 e sarebbe stato operato in base ai dati semestralmente pubblicati dall'ISTAT sulla G.U. della Repubblica Italiana secondo quanto previsto dal comma. 6 della legge citata; -che in mancanza di tali dati l'adeguamento sarebbe stato calcolato considerando le variazioni intervenute sugli elementi caratteristico/costitutivi del costo del servizio così come risultanti dal budget economico allegato al progetto presentato dalla società affidataria, in misura pari almeno al 95% della variazioni di costo annualmente intervenute; -che per il calcolo degli aumenti sarebbero stati utilizzati valori di riferimento propri di ognuno dei costi soggetti a revisione e pertanto gli aumenti saranno definiti valutando per ogni voce di costo le variazioni specifiche intervenute; -che pertanto l'adeguamento e il relativo calcolo sarebbe stato formulato con modalità diverse per una serie di elementi quali gli automezzi, le attrezzature, gli equipaggiamenti, le spese di impianti, le manutenzioni e altre. Il servizio ebbe avvio il giorno 1/4/01. Con nota del 26/10/01 la ricorrente inviava al comune i calcoli per l'adeguamento del canone, effettuati, in mancanza della pubblicazione dei dati ISTAT inerenti i prezzi dei beni e servizi di cui all'art. 6 co.6 l. n. 537/93, sulla base delle variazioni intervenute sui citati elementi caratteristico/costitutivi del costo del servizio. Ne scaturiva il rifiuto del Comune di condividere il citato criterio di computo affermando che l'amministrazione accettava solo un adeguamento del canone che tenesse conto esclusivamente degli indici ISTAT provvedendo quindi alla corresponsione dei canoni mensili

“adeguati” secondo il predetto criterio. L’adeguamento periodico del prezzo era pertanto operato dall’1/4/01 al 31/12/05 in base all’indice ISTAT delle famiglie di operai e impiegati. Il Comune quindi, giusta delibera giuntale n.6/06, assumeva a proprio carico l’intero costo della discarica, come previsto ex art. 5 del contratto, di tal ch  il canone era rideterminato in euro 221.684,76 annue pari a un importo mensile di 18.473 euro iva inclusa; la Tekneco veniva invitata a fatturare da subito tale importo come rata mensile. La ricorrente contestava, con nota del 27/4/06, detto criterio di computo precisando che la revisione doveva essere condotta mediante analisi dei costi del servizio cos  come ultimamente strutturato in base alle esigenze ed ai quantitativi di RSU prodotto quotidianamente sul territorio comunale; in particolare, sottolineava come emergesse un aumento dei costi pari al 28% del canone mensile. La richiesta di rivedere il criterio di computo veniva ripetuta con nota del 20/11/06 anche con riferimento al successivo periodo (dall’1/4/06 al 31/12/06) richiamando sempre il comma 3 dell’art. 5 del contratto. Alla fine, con delibera giuntale n.6/07, il comune deliberava, per il periodo dall’1/4/06, che l’incremento massimo eventualmente riconoscibile alla societ  Tekneco era pari al massimo al 13,83%, da applicarsi nei limiti del 95% (quindi il 13%) elevando eventualmente il canone mensile a euro 20.875,31 iva compresa; ci  in quanto, secondo il comune, non essendo stati pubblicati i dati relativi, ai fini della determinazione del canone trova applicazione il comma 3 dell’art. 6, “ritenendo di definirne gli importi entro i limiti del 95% del valore delle prestazioni, tenendo conto degli indici oggettivamente disponibili quali in particolare la percentuale di incremento della popolazione e dei nuclei familiari nonch  del percorso e dell’implemento del servizio”. Con nota del 13/2/07 il comune rispondeva pure alla richiesta relativa al periodo 1/4/01 – 31/12/05 respingendola in quanto formulata ben oltre i 30 giorni dalla scadenza del periodo di riferimento e quindi intempestiva e contraria ai patti contrattuali; inoltre, si

chiariva che la società aveva già percepito l'adeguamento ISTAT del canone con l'indice FOI incassando i canoni adeguati senza alcuna riserva. Si deducono i seguenti motivi:

1.-violazione di legge e falsa applicazione art. 6 co.4 l. n.537/93 come modificato dall'art. 44 l. n. 724/94- violazione ed errata interpretazione delle previsioni contrattuali con riferimento all'art. 5 del contratto- eccesso di potere- motivazione erronea e perplessa- sviamento di potere.

I due criteri in concreto applicati dal Comune in relazione alle istanze di revisione prezzi proposte dalla ricorrente (e cioè sia quello, per il periodo 1/4/01 – 31/12/05, ancorato alle variazioni ISTAT dei prezzi delle famiglie di operai e impiegati e sia quello, utilizzato dall'1/4/06, relativo al riconoscimento dei soli aumenti subiti a causa dell'aumento della popolazione nonché dei percorsi e dell'implemento del servizio senza nulla riconoscere agli aumenti dei costi del servizio) violerebbero la disciplina in epigrafe, che dispone l'applicazione di indici ISTAT mai pubblicati e che, proprio per questa ipotesi, le parti avevano col contratto deciso di sostituire considerando le variazioni intervenute sugli elementi caratteristico/costitutivi del costo del servizio e secondo lo schema previsto all'art. 5 del contratto;

2.-violazione di legge e falsa applicazione art. 6 co.4 l. n. 537/93 come modificato dall'art. 44 l. n. 724/94- violazione ed errata interpretazione delle previsioni contrattuali con riferimento all'art. 5 del contratto- eccesso di potere- motivazione erronea e perplessa- difetto del presupposto.

Premesso che, relativamente al periodo dall'1/4/01 al 31/12/05, la richiesta di adeguamento del canone contrattuale veniva rigettata perché formulata ben oltre i 30 giorni dalla scadenza del periodo di riferimento e quindi intempestivamente nonché a percepimento già avvenuto, per tale periodo, dell'adeguamento del canone con l'indice FOI, fatturando e incassando i canoni adeguati senza riserva, si

osserva che l'adeguamento del canone contrattuale dei contratti pubblici ad esecuzione periodica e continuativa è per legge previsto imponendo alla p.a. una istruttoria ai fini del computo e della liquidazione delle somme senza necessità di istanza. Medesimo discorso varrebbe per la presunta accettazione del computo ISTAT FOI dato che esso derogherebbe e disapplicherebbe la disciplina pattizia intervenuta fra le parti;

3.-violazione di legge- violazione e falsa applicazione art. 6 co.4 l. n. 537/93 come modificato dall'art. 44 l. n. 724/94- violazione ed errata interpretazione delle previsioni contrattuali con riferimento all'art. 5 del contratto- eccesso di potere- difetto di istruttoria.

Sempre con riferimento al periodo fino al 31/12/05 si deduce la completa assenza di istruttoria. Infatti, con riferimento alla nota del 13/2/07 di rigetto dell'adeguamento revisionale secondo i citati criteri contrattuali, non sarebbe stata effettuata l'obbligatoria istruttoria da parte del Comune.

Si è costituito il Comune di Pignola che resiste e chiede il rigetto del gravame.

Alla pubblica udienza del 20 settembre 2012 il ricorso è stato ritenuto per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso, i cui motivi possono essere esaminati congiuntamente, deve essere rigettato.

Va premesso che la giurisprudenza (cfr. Cons. St., V, 9/6/08 n.2786; sez. V, 14 dicembre 2006, n. 7461; sez. V, 16 giugno 2003, n. 3373; sez. V, 8 maggio 2002, n. 2461) ha più volte chiarito che l'art. 6 della legge n.537/93 come sostituito dall'art. 44 della legge n.724/94, detta una disciplina speciale circa il riconoscimento della revisione prezzi nei contratti stipulati dalla p.a. Si tratta di una previsione che prevale su quella generale di cui all'art. 1664 c.c. ed attribuisce alle imprese il diritto alla revisione dei prezzi (successivamente alla determinazione discrezionale della

stazione appaltante cristallizzata in un espresso provvedimento attributivo del beneficio, ovvero desumibile da comportamento implicito quale il pagamento di acconti). Tale disciplina ha natura imperativa e si impone nelle pattuizioni private modificando ed integrando la volontà delle parti contrastante con la stessa, attraverso il meccanismo divisato dall'art. 1339 c.c.; ne consegue che le clausole difformi sono nulle nella loro globalità, anche se la nullità non investe l'intero contratto in applicazione del principio utile per inutile non vitiatur sancito dall'art. 1419 c.c.

Poiché la disciplina legale dettata dall'art. 6, co. 4 e 6 cit. non è mai stata attuata nella parte in cui prevede l'elaborazione, da parte dell'I.S.T.A.T., di particolari indici concernenti il miglior prezzo di mercato desunto dal complesso delle aggiudicazioni di appalti di beni e servizi, rilevate su base semestrale, la lacuna è stata colmata mediante il ricorso all'indice F.O.I.

L'utilizzo di quest'ultimo parametro, ovviamente, non esonera la stazione appaltante dal dovere di istruire il procedimento tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto al fine di esprimere la propria determinazione discrezionale, ma segna il limite massimo oltre il quale, salvo circostanze eccezionali che devono essere provate dall'impresa, non può spingersi nella determinazione del compenso revisionale. In tal modo, secondo la giurisprudenza, si rispecchia fedelmente la "ratio" complessiva della norma sancita dal menzionato art. 6, ed il meccanismo istruttorio in essa divisato, che è quella di coniugare l'esigenza di interesse generale di contenere la spesa pubblica, con quella, parimenti generale, di garantire nel tempo la corretta e puntuale erogazione delle prestazioni dedotte nel programma obbligatorio. L'istituto della revisione è infatti preordinato, nell'attuale disciplina, alla tutela dell'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.

La tesi attorea è che, avendo l'art. 5 (adeguamento prezzi) del contratto stipulato fra le parti previsto, per l'ipotesi della "mancanza" dei dati di cui al comma 6 dell'art.6 l. n. 537/934 e succ. modif. (costituiti dai dati ISTAT relativi ai prezzi del mercato dei principali beni e servizi acquisiti dalle pp. aa. da pubblicare semestralmente sulla G.U.) un meccanismo sostitutivo di calcolo dell'adeguamento incentrato sulle "variazioni intervenute sugli elementi caratteristico- costitutivi del costo del servizio", l'adeguamento "de quo" doveva in concreto obbedire a quest'ultimo criterio e non a quello -indicato concordemente dalla giurisprudenza come idoneo parametro di valutazione dell'incremento del prezzo sostitutivo di quello mancante- dell'indice ISTAT basato sul rilevamento degli incrementi del tasso generale d'inflazione che misura l'aumento medio dei prezzi per le famiglie degli operai e degli impiegati.

A fronte della mancata pubblicazione da parte dell'Istituto di statistica dei dati di cui al comma 6 del citato articolo di legge, la giurisprudenza, interrogatasi sulla sorte della disposizione legislativa, ha concluso, in modo unanime, che in mancanza di questi la revisione debba appunto essere operata sulla base dell'indice di variazione dei prezzi per le famiglie di operai e impiegati (cd indice F.O.I.) mensilmente pubblicato dall'ISTAT e che l'adeguamento del corrispettivo non possa essere ancorato alle variazioni specifiche dei prezzi e dei costi delle componenti utilizzate dall'impresa appaltatrice (Consiglio di Stato, sez. V, 16 giugno 2003, n. 3373; 13 dicembre 2002, n. 4801; 8 maggio 2002 n. 2461). A quest'ultimo riguardo è stato aggiunto che, sia i commi 4 e 6 dell'art. 6, L. n. 537 del 1993, sia, ora, l'art. 115 del D. Lgs n. 163/2003 fanno riferimento al "prezzo" e non al "costo". Soltanto il prezzo, inteso come prezzo formatosi sul mercato generale dei prezzi, consente di ancorare il meccanismo di revisione a criteri

"oggettivi", tali da conservare l'equilibrio del sinallagma contrattuale e ad impedire di ancorare la misura della revisione al costo (per l'impresa), poiché in tal modo l'aumento posto a carico dell'Amministrazione finirebbe per riflettere le eventuali inefficienze della funzione produttiva del singolo contraente, a tutto danno delle finanze pubbliche (cfr in tal senso Cons. Stato, Sez. V 14 dicembre 2006 n. 7461; TAR Sicilia, Palermo, I, 26/1/09 n.105).

Ciò detto, per stare alla fattispecie, va rilevato che, in effetti, la parte della clausola revisionale "de qua" invocata dalla ricorrente (comma 3 e ss.) si discosta nettamente dal primo e dal secondo comma della stessa (incentrati invece sul richiamo all'art. 6, in particolare il co.6, della legge citata) e, nel caso appunto di "mancanza" di pubblicazione dei dati ISTAT inerenti i prezzi di mercato dei principali beni e servizi acquisiti dalle pp. aa., promuove a regime ordinario dell'adeguamento del canone, in luogo del criterio del prezzo imposto dalla legge, quello del costo del servizio per il cui calcolo rinvia ai "valori di riferimento".

Ne consegue allora, ad avviso del collegio, come pure eccepito dal Comune, la nullità di questa parte dell'art. 5 del contratto per contrasto con l'art. 6, in particolare i commi 1, 4 e 6, della legge n.537/93 come successivamente modificata. Tale disciplina ha infatti natura imperativa e si impone sulle pattuizioni private modificando ed integrando la volontà delle parti contrastante con la stessa, attraverso il meccanismo diviso dall'art. 1339 c.c.; ne consegue che le clausole difformi sono nulle, anche se la nullità non investe l'intero contratto in applicazione del principio utile per inutile non vitiatur sancito dall'art. 1419 c.c.

Infatti, come ricordato di recente (cfr. TAR Veneto, I, n.236/10), la giurisprudenza ammette che soltanto in frangenti del tutto eccezionali l'istituto della revisione prezzi possa fuoriuscire dalla mera esigenza dell'Amministrazione aggiudicante di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo e tuteli – quindi – il contrapposto interesse dell'impresa di non

subire l'alterazione dell'equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi che potrebbero verificarsi durante l'arco del rapporto, essendo suscettibili di indurre l'impresa stessa ad una riduzione degli standard qualitativi delle prestazioni (cfr. al riguardo Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2008 n. 2786). Tale eccezionalità che conseguentemente legittima una quantificazione del compenso revisionale mediante il ricorso a differenti parametri statistici va comunque intesa come circostanza o circostanze impreviste e imprevedibili, ossia non sussistenti al momento della sottoscrizione del contratto e delle quali non era prevedibile l'avveramento.

Nella specie viceversa le richieste revisionali della ricorrente incentrate sul rilievo assegnato all'intervenuto mutamento dei propri costi non si collegano al verificarsi, in corso di esecuzione del contratto, di eventi imprevisi e imprevedibili rispetto alla stipula del contratto. Per di più, come rilevato dal Comune senza contestazione di controparte, dette richieste non sono formulate assumendo a parametro i "valori di riferimento" menzionati nella clausola "de qua" (<<Per il calcolo degli aumenti saranno utilizzati i valori di riferimento propri per ognuno dei costi soggetti a revisione e pertanto gli aumenti saranno definiti valutando per ogni voce di costo le variazioni specifiche intervenute>>). Il confronto fra le spese per il personale quantizzate nel budget allegato al contratto stipulato nel 2000 e quelle esposte nella nota attorea del 26/10/06 e in quella del 20/11/06 (costi a consuntivo) fa registrare un rilevante incremento della citata voce di costo del 45% nel corso dell'anno 2001, del 67% nel corso del 2002, del 90% nel corso del 2003, del 68% nel corso del 2004 e del 36% nel corso del 2005. Medesima situazione per i costi di gestione che, rispetto al citato budget vedono incrementi del 735% per il 2002, dell'871% per il 2005, del 1295% per il 2004 e del 1.129% per il 2005. Le variazioni del costo delle competenze bancarie avrebbero addirittura registrato incrementi percentuali superiori al 10.000%. Trattasi pertanto di richieste di adeguamento che,

per la loro consistenza, appaiono comunque ancorate più alla naturale dinamica degli specifici costi sopportati dalla ricorrente che non all'andamento dei valori di riferimento. Tali conclusioni portano all'infondatezza non solo del primo motivo ma anche del secondo, atteso che l'impugnata nota comunale del 13/2/07 prot. n.1116 (cui tale motivo si riferisce) non si basa solo sull'intempestività della richiesta di adeguamento del canone e sull'avvenuta accettazione degli importi già corrisposti a titolo revisionale ma anche sul richiamo (sempre per il periodo contrattuale culminato con la data dell'1/4/06) al già utilizzato criterio di computo (<<...nel rispetto dei patti contrattuali...>>) dell'adeguamento del canone secondo gli indici ISTAT cc. dd. F.O.I. Infine, anche il terzo motivo è infondato dato che l'istruttoria (ex art. 6 co. 4 seconda parte l. cit.) si è nella specie appunto sostanziata nel riferimento al criterio predetto e alla sua concreta applicazione. E' vero infine che l'amministrazione ha, con riferimento al periodo contrattuale successivo all'1/4/06, riconosciuto l'incremento contrattuale (nella misura del 13%) sulla base dell'incremento della popolazione, dell'aumento dei nuclei familiari e dell'invarianza del numero dei cassonetti e del percorso, cioè di criteri del tutto empirici non riconducibili né a quello dell'indice ISTAT - F.O.I. né a quello "suppletivo" indicato nell'art. 5 del contratto; il ricorrente però non chiede, sia pure in subordine (rispetto alla domanda principale di applicazione del criterio suppletivo anche a questo segmento temporale), il ricalcolo della revisione del canone sulla base del primo dei due predetti criteri né dichiara di avere interesse in tal senso.

Il ricorso va quindi rigettato. Sussistono comunque giusti motivi per compensare le spese di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 20 settembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Ferone, Presidente FF

Giancarlo Pennetti, Consigliere, Estensore

Pasquale Mastrantuono, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/10/2012

IL SEGRETARIO

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