

N. 06275/2014REG.PROV.COLL.

N. 08915/2013 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8915 del 2013, proposto da:
Ecologica Pugliese S.r.l., in persona del suo rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Mariani e dall'avv. Vincenzo Caputi
Iambrenghi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via
Vincenzo Picardi, 4/B;

contro

Comune di Casamassima (Ba), in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*,
costitutosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Vito Aurelio Pappalepore,
con domicilio eletto in Roma presso l'Agenzia Antonia de Angelis, via Portuense,
104;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Puglia, Bari, Sez. II, n. 1191 dd. 25 luglio 2013, resa
tra le parti e concernente in autotutela dei compensi revisionali sul prezzo
dell'appalto per i servizi di igiene urbana.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2014 il Cons. Fulvio Rocco e uditi per l'appellante l'avv. Vincenzo Caputi Iambrenghi e l'avv. Giuseppe Mariani, e per il Comune di Casamassima l'avv. Vito Aurelio Pappalepore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. L'attuale appellante, Ecologica Pugliese S.r.l., ha svolto sin dal 2001 il servizio d'igiene urbana in favore del Comune di Casamassima (Ba).

Le parti hanno disciplinato i loro rapporti con il contratto Rep. n. 4371 dd. 13 novembre 2001 e con il susseguente contratto integrativo d'implementazione del 6 maggio 2009, i quali comprendevano una clausola regolante la revisione dei prezzi.

A seguito di divergenze relative a tale calcolo, l'amministrazione comunale, reputando che la clausola contrattuale predisposta al riguardo dovesse essere precettivamente e integralmente sostituita dalla disciplina contenuta nell'art. 6 della L. 24 dicembre 1993, n. 537 come modificata dall'art. 44 della L. 23 dicembre 1994 n. 724 e poi da ultimo riprodotta nell'art. 115 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, ha disposto il recupero della somma di € 505.532,46 (IVA compresa) a carico di Ecologica pugliese, ritenendo che il relativo importo era stato ingiustificatamente liquidato, sia per errori nell'applicazione dell'articolo 10 del contratto, sia – soprattutto - per la sopravvenuta inapplicabilità della clausola ivi contenuta in quanto recessiva di fonte alla disciplina di legge.

1.2. Con ricorso proposto sub R.G. 1191 del 2013 innanzi al T.A.R. per la Puglia, Sede di Bari, Ecologica Pugliese ha pertanto chiesto l'annullamento della determinazione del Responsabile del Servizio Polizia Municipale di Casamassima

n. 9 dd. 29 gennaio 2013, nonché delle note Prot. n. 3100/pm/12 dd. 24 novembre 2012, Prot. n. 16520/pm/12 dd. 20 dicembre 2012 e Prot. n. 695 dd. 16 gennaio 2013.

La medesima Ecologica Pugliese ha inoltre chiesto l'accertamento dell'infondatezza della pretesa del Comune di Casamassima di recuperare il presunto suo credito, nonché l'accertamento del proprio diritto alla liquidazione del compenso revisionale maturato sul prezzo dell'appalto per i servizi di igiene urbana prestati in esecuzione dell'anzidetto contratto Rep. n. 4371 dd. 13 novembre 2001 e delle sue proroghe, nonché sul prezzo del contratto integrativo di implementazione dd. 6 maggio 2009 e successive proroghe, con il conseguente obbligo del Comune di Casamassima di operare la revisione dell'originario prezzo contrattuale, anno per anno, a decorrere dalla scadenza del primo anno di contratto (novembre 2002) e per tutta la durata del contratto medesimo, comprese le proroghe agli stessi patti e condizioni, fino al 31 dicembre 2012, *“sulla base di istruttoria conforme alle clausole contrattuali”*; il tutto maggiorato di interessi legali fino al soddisfo del credito complessivamente azionato.

1.2. Con ordinanza n. 130 dd. 28 febbraio 2013 la Sezione II dell'adito T.A.R. ha accolto in parte l'istanza cautelare di Ecologica Pugliese sospendendo il recupero del credito azionato dal Comune e ordinando a quest'ultimo di corrispondere alla controparte il canone contrattuale per il mese di dicembre 2012 e per i mesi successivi.

Con lo stesso provvedimento l'adito giudice ha pure onerato Ecologica Pugliese della costituzione di una cauzione, anche mediante fideiussione bancaria, per l'importo di € 500.000,00.- a favore del Comune di Casamassima, da costituirsi entro novanta giorni con la specificazione che l'ordinanza cautelare *“in difetto si intenderà priva di efficacia”*.

Giova evidenziare che il sopradescritto provvedimento cautelare è stato adottato con la seguente motivazione: *“Rilevato che il pregiudizio economico prospettato dalla società ricorrente presenta carattere di notevole gravità, avuto riguardo all’entità della somma pretesa dal Comune a titolo di indebitto ed al fatto che il Comune, con gli atti qui impugnati, ha altresì disposto in via unilaterale la immediata sospensione dei pagamenti del canone contrattuale; Ritenuto, nell’equo bilanciamento degli interessi, di dover accogliere la domanda di sospensiva in relazione alla pretesa restituzione della somma di € 505.532,46.- ed in relazione alla disposta interruzione dei pagamenti dell’ordinario canone contrattuale, subordinando la sospensione degli effetti dei predetti provvedimenti alla prestazione, da parte della ricorrente, di una cauzione (anche mediante fideiussione bancaria) per l’importo forfetariamente stabilito in € 500.000,00 a garanzia del pagamento di quanto eventualmente dovuto a titolo di indebitto”*.

1.3. Con susseguente ordinanza n. 188 dd. 26 marzo 2013 l’adito T.A.R. ha quindi respinto l’istanza di Ecologica Pugliese per l’esecuzione della testè riferita ordinanza n. 130 n.2013 e ha precisato le modalità e gli effetti della prestazione della cauzione.

1.4. Con sentenza n. 1191 dd. 25 luglio 2013 l’adito T.A.R. ha accolto in parte il ricorso di Ecologica Pugliese, *“nei sensi e nei limiti di cui in motivazione”*, annullando in parte la determinazione del Responsabile del Servizio Polizia Municipale di Casamassima n. 9 dd. 29 gennaio 2013 e respingendolo per il resto.

A tale riguardo il primo giudice ha innanzitutto evidenziato che la questione del regime giuridico della revisione dei prezzi nell’appalto di servizi e del suo rapporto con la clausola contrattuale non coincidente con la disciplina legislativa di cui all’articolo 6 della L. 537 del 1993 come modificato dall’art. 44 della L. 724 del 1994 e ad oggi recepito dall’art. 115 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 era stata da esso affrontata in varie proprie sentenze (cfr., *ex plurimis*, 20 febbraio 2013 n. 251; 5 settembre 2012 n. 1634; 2 febbraio 2012 n. 272; 27 maggio 2010 n. 2064; 19 marzo 2010 n. 1085), dalle cui motivazioni non reputava di discostarsi.

A tale riguardo il T.A.R. ha quindi rilevato che la giurisprudenza è ferma nel ritenere il carattere di norma imperativa proprio della disposizione di cui all'art. 6 della L. 537 del 1993 e succ. modd. in quanto recante una disciplina speciale in materia di revisione prezzi che si impone precettivamente nelle pattuizioni di cui è parte l'amministrazione modificando ed integrando la volontà negoziale eventualmente contrastante (cfr. sul punto Cons. Stato, Sez. V, 20 agosto 2008 n. 3994).

Il T.A.R. ha quindi evidenziato che la disciplina medesima è stata puntualmente recepita ad oggi nel corpo dell'art. 115 del D.L.vo 163 del 2006, in forza del quale: *“1. 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.”*

Lo stesso giudice di primo grado ha quindi rilevato che secondo Cons. Stato, Sez. III, 1 febbraio 2012 n. 504 *“la disciplina dettata in materia di revisione prezzi negli appalti di servizi o forniture ad esecuzione periodica o continuativa, di cui all'art. 115 del D.L.vo 163 del 2006 ... ha carattere imperativo ed un'eventuale clausola contrattuale difforme rispetto alla disciplina normativamente prevista, deve ritenersi nulla.”*, con la conseguenza *“che il contratto ... deve essere, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1339 (in tema di “Inserzione automatica di clausole”) e 1419 (in tema di “Nullità parziale”) del codice civile, depurato dalla previsione”* contrattuale divergente; e secondo Cons. Stato, Sez. V, 2 novembre 2009 n. 6709 scopo primario della disciplina legislativa predetta *“è chiaramente quello di tutelare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni o servizi da parte degli appaltatori delle amministrazioni pubbliche non subiscano col tempo una diminuzione qualitativa a causa degli aumenti dei prezzi dei fattori della produzione, incidenti sulla percentuale di utile considerata in sede di formulazione dell'offerta, con conseguente incapacità del fornitore di far fronte compiutamente alle stesse prestazioni. Il riferimento normativo alla clausola revisionale, avente*

carattere di norma imperativa cui si applicano gli artt. 1339 e 1419 cod. civ., 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”.

Il T.A.R. ha poi affermato – citando a proprio conforto Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2008 n. 2786 - che, *“quanto al parametro dell'adeguamento, è noto che l'art. 6 della legge n. 537 del 1993, oltre ad affermare il diritto dell'appaltatore alla revisione, detta anche il criterio e il procedimento in base al quale pervenire alla determinazione oggettiva del “miglior prezzo contrattuale”, demandando all'ISTAT la relativa indagine semestrale sui dati risultanti dal complesso delle aggiudicazioni dei beni e servizi. Tuttavia, poiché la disciplina legale non è mai stata attuata, nella parte in cui prevede l'elaborazione da parte dell'ISTAT di particolari indici concernenti il miglior prezzo di mercato desunto dal complesso delle aggiudicazioni di appalti di beni e servizi, la lacuna può e deve essere colmata mediante il ricorso all'indice FOI”* (cfr. pag. 8 sentenza impugnata); e che, peraltro, *“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”* (cfr. *ibidem*).

Tali considerazioni hanno condotto il T.A.R. ad affermare che, in linea di principio, la pretesa del Comune di Casamassima di recuperare il credito riveniente dalla differenza tra il compenso revisionale liquidato in base alla clausola contrattuale e quello invece spettante per legge non poteva reputarsi infondata e che, peraltro, per definire il giudizio era necessario disaminare pure la disciplina contenuta nell'art. 1, comma 135, della L. 30 dicembre 2004 n. 311, in forza della quale

“al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l’annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l’esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L’annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall’eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall’acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante”.

Ecologica Pugliese aveva dedotto infatti una censura fondata sulla disciplina testè riferita.

Secondo il T.A.R. la relativa contestazione, in quanto imperniata sul limite temporale di tre anni, non poteva comunque travolgere *in toto* il provvedimento reso in autotutela, ma solo incidere parzialmente su di esso, escludendo dall’ambito dell’autoannullamento gli atti più risalenti.

Sempre secondo il T.A.R., neppure assumeva rilievo la questione, affrontata da entrambe le parti, circa il rapporto tra il surriportato art. 1, comma 136, della L. 311 del 2004 e l’art. 21-nonies della L. 7 agosto 1990 n. 241 introdotto dall’articolo 14 della legge 11 febbraio 2005 n. 15: rapporto, questo, di per sé ricostruito in giurisprudenza in modo non univoco, dando luogo a soluzioni ermeneutiche diverse, e – peraltro – *“in sé non è rilevante ... anche se si accedesse alla tesi per la quale la norma della legge finanziaria 2005 sia stata abrogata, infatti, il termine triennale costituirebbe comunque un’indicazione legislativa alla quale parametrare il “termine ragionevole” per l’eventuale autoannullamento, previsto dalla L. 241 del 1990. A ciò deve aggiungersi, in fatto, che l’avvio del procedimento risale alla nota 20 dicembre 2012 n. 16520/PM/12; la precedente nota del 24 novembre 2012 n. 3100/PM/12, invece, riferendosi esclusivamente alla nona revisione del canone, non può assumere valenza partecipativa rispetto al provvedimento di ritiro, di cui alla determina del gennaio 2013. Perciò, in ordine agli atti che superano tale lasso temporale (ovvero alla determinazione di impegno di spesa 11 novembre 2009 n. 85 - raccolta*

generale n. 1505 - e alla conseguente determinazione di liquidazione 15 dicembre 2009 n. 95 - raccolta generale n. 1679), l'Amministrazione avrebbe dovuto considerare espressamente le ragioni d'interesse pubblico e i contrapposti interessi della destinataria, come prescrive in generale l'articolo 21-nonies della L. 241 del 1990. Dagli atti di causa si evince che il Comune di Casamassima ha in sostanza iniziato la verifica sui compensi revisionali solo in occasione della nona revisione del canone (come risulta dalla nota 24 novembre 2012 n. 3100/PM/12), allorché ha riscontrato "inesattezze nei calcoli revisionali" presentati dall'impresa. Con la determina 29 gennaio 2013 n. 9 - raccolta generale n. 143 - del Responsabile del Servizio Polizia municipale, l'Ente ha perciò disposto il recupero delle somme ritenute non dovute, calcolando - semplicemente e giustificatamente, vista la natura dell'atto in autotutela - la revisione prezzi nel suo limite massimo consentito, individuabile attraverso l'applicazione degli indici FOI. Ma per quel che concerne il recupero ultratriennale, è la stessa Amministrazione ad ammettere che (stralciando la determinazione di spese 11 novembre 2009) la "riduzione del credito comunale" [ammonterebbe ad] "appena € 24.324,12", perché "le differenze più eclatanti si sono registrate proprio per il 2010..., il 2011... e il 2012, come emerge dal prospetto che si produce in giudizio" (cfr. sentenza impugnata, pag. 9 e ss.).

"In definitiva", sempre secondo il T.A.R. "non emerge, per quanto riguarda tale somma, né, da parte dell'Ente, una contestazione dei calcoli, effettuati dalla Ecologica Pugliese sulla base del contratto e accettati dal Comune per il 2009, né, rispetto a tale periodo, una ponderazione degli interessi. In particolare, in mancanza di una valutazione amministrativa riferita agli atti di data precedente al triennio (e ovviamente in mancanza della relativa motivazione), deve presumersi, in assenza di contrari elementi, che" Ecologica Pugliese "...non si sia discostata da quanto previsto dalla clausola contrattuale (articolo 10). La società cioè si è attenuta al regolamento contrattuale, nell'effettuazione del calcolo (e nella riscossione del pagamento), che, pur essendosi rivelato oggettivamente contra legem, la medesima riteneva vincolante le parti e sul quale faceva soggettivamente un ragionevole e giustificato affidamento" (cfr. ibidem, pag. 11): e, per l'appunto, "tale condizione, di cui l'Amministrazione avrebbe dovuto tener conto nell'esercizio

dell'autotutela, come regolata dall'articolo 21-nonies della L. 241 del 1990, ai fini di una prudente ponderazione degli interessi, non è stata affatto considerata. Di conseguenza, essendo carente tale momento valutativo nell'attività discrezionale, la determina 29 gennaio 2013 n. 9 - raccolta generale n. 143 - del Responsabile del Servizio Polizia municipale dev'essere annullata in questa parte, relativamente alla somma indicata, mentre per il resto il ricorso è da respingere”.

Lo stesso T.A.R. ha integralmente compensato tra le parti le spese del primo grado di giudizio.

2.1. Con l'appello in epigrafe Ecologica Pugliese deduce innanzitutto l'avvenuta violazione dell'art. 1, comma 136, della L. 311 del 2004, erronea percezione dei presupposti, omessa motivazione sulle censure sollevate con il ricorso introduttivo in violazione dell'art. 112 cod. proc. civ.

L'appellante, inoltre, nel rilievo che il giudice di primo grado ha per il resto respinto il ricorso, ripropone anche nel presente grado di giudizio le censure non esaminate dal giudice medesimo, ossia l'avvenuta violazione dell'art. 44 della L. 724 del 1994 come recepito dagli artt. 115 e 7 del D.L.vo 163 del 2006; violazione dei patti negoziali di cui all'art. 10 del contratto d'appalto e dell'art. 10 del capitolato speciale d'appalto vigenti *inter partes*.

In subordine la stessa appellante deduce l'erroneità dei calcoli degli esborsi asseritamente maggiori ad essa corrisposti dal Comune di Casamassima; e, comunque, reitera la propria domanda di accertamento del proprio diritto alla corresponsione per il periodo 2005 – 2012 della revisione prezzi spettante da computarsi secondo la clausola revisionale contenuta nella fonte contrattuale vigente *inter partes*.

2.2. Si è costituito anche nel presente grado di giudizio il Comune di Casamassima, concludendo per la reiezione dell'appello.

3. Alla pubblica udienza del 4 giugno 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

4.1. Tutto ciò premesso, l'appello in epigrafe va respinto.

4.2. Va innanzitutto respinta l'eccezione di improcedibilità dell'appello in epigrafe per sopravvenuto difetto di interesse, sollevata dal Comune di Casamassima nel rilievo che quest'ultimo avrebbe *medio tempore* nuovamente esercitato il proprio potere di autotutela rideterminando con propria determina dirigenziale n. 880 dd. 1 agosto 2013 in via definitiva il compenso revisionale e disponendo poi con ulteriore determina dirigenziale n. 910 dd. 8 agosto 2013 la liquidazione all'impresa della parte residua del canone relativo al mese di luglio 2013 per un importo pari ad € 55.517,57.-

Secondo il Comune tali provvedimenti avrebbero rinnovato integralmente l'oggetto del contendere tra le parti rideterminando l'ammontare economico in discussione.

Il Collegio, per parte propria, non condivide tale prospettazione: al di là della formale reazione avvenuta in giudizio avverso provvedimenti dichiaratamente adottati mediante l'esercizio di poteri in autotutela, la pretesa retrostante è sicuramente riconducibile a diritti patrimoniali che possono per certo essere rideterminati nel loro ammontare da provvedimenti ulteriormente adottati dall'amministrazione, i quali peraltro non elidono l'interesse della parte destinataria a seguitare la contestazione della pretesa patrimoniale dell'amministrazione già da essa radicata in giudizio, ben potendo (o, meglio, dovendo) l'amministrazione eventualmente soccombente rettificare in diminuzione l'ammontare della propria complessiva pretesa creditoria in dipendenza della non debenza – totale o parziale – del credito già giudizialmente azionato che è accertata *ope iudicis*.

4.3. Ciò posto, a fondamento del proprio primo motivo d'appello Ecologica Pugliese afferma che il T.A.R., pur riconoscendo la necessità che per la definizione della causa era necessario considerare la censura dedotta con riguardo all'anzidetto art. 1, comma 136, della L. 311 del 2004, avrebbe *“in concreto ... ritenuto di limitare*

l'applicazione" della relativa norma *"unicamente al profilo rescindente e non anche al profilo indennitario"* (così a pag. 20 dell'atto introduttivo del presente grado di giudizio).

In tal senso l'appellante evidenzia che con il primo motivo di ricorso da essa proposto in primo grado erano stati dedotti due distinti profili di illegittimità, ossia:

I) l'illegittimità del provvedimento di annullamento d'ufficio nella parte con la quale ne era stata estesa l'applicazione oltre il limite di tre anni antecedenti alla sua data;

II) la violazione dell'obbligo previsto nel medesimo comma 136 di tenere indenne il soggetto destinatario dell'annullamento d'ufficio *"dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante"*.

Secondo la medesima appellante il giudice di primo grado si sarebbe di fatto limitato ad esaminare soltanto il primo profilo di illegittimità del provvedimento di annullamento in autotutela impugnato, accogliendo la censura circa la violazione del limite temporale triennale che l'amministrazione non poteva varcare, così ritenendo illegittimo l'annullamento degli atti di riconoscimento del compenso revisionale adottati nel 2009.

Lo stesso giudice – viceversa – avrebbe ommesso di valutare la censura relativa all'obbligo dell'amministrazione di tenere comunque indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante dall'annullamento d'ufficio e che coinvolga provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali intercorsi con i privati, limitandosi ad affermare, a proposito della dedotta violazione dell'articolo 1, comma 136, della L. 311 del 2004, che tale contestazione, facendo perno sul limite temporale di tre anni, non potrebbe comunque travolgere *in toto* il provvedimento reso in autotutela, ma solo incidere parzialmente su di esso, escludendo dall'ambito dell'autoannullamento gli atti più risalenti.

Tuttavia, secondo l'appellante, la propria censura dedotta in primo grado non si sarebbe limitata a chiedere al giudice adito una pronuncia di preclusione

dell'annullamento d'ufficio per illegittimità degli atti più risalenti, ma censurava il provvedimento di autotutela anche nella parte in cui, pur se fosse stata in ipotesi legittimamente esercitato il potere d'ufficio, risultava comunque omesso l'indennizzo del pregiudizio patrimoniale subito dal privato che aveva posto in essere rapporti contrattuali con l'amministrazione.

Detto altrimenti, secondo la prospettazione di Ecologica Pugliese, il T.A.R. avrebbe violato l'art. 1, comma 136, della L. 311 del 2004 nella parte in cui, omettendo di pronunciarsi sulla censura sollevata con il primo motivo di ricorso, avrebbe ritenuto prevalentemente legittimo il provvedimento impugnato nella parte in cui ha omesso di tenerla indenne dal pregiudizio patrimoniale, così consentendo al Comune di Casamassima di dare esecuzione alla sentenza addebitandole il complessivo importo di € 456.450,67.-, con ciò incidendo su rapporti contrattuali già eseguiti, contabilizzati e fatturati.

Secondo l'appellante, sebbene si possa ritenere che neppure l'esistenza di un rapporto contrattuale – e, quindi, l'intervenuta stipulazione di un contratto – costituisca circostanza preclusiva all'esercizio del potere di annullamento di ufficio per gli atti infratriennali, gioverebbe comunque evidenziare sotto questo profilo che l'art. 1, comma 136, della L. 311 del 2004 dispone espressamente nel senso che l'annullamento di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante.

L'appellante rileva che analogo principio è contenuto nell'art. 21-quinquies della L. 241 del 1990 laddove si fa obbligo all'amministrazione di indennizzare i soggetti interessati per i pregiudizi conseguenti all'atto di revoca; e che la disciplina speciale di cui all'art. 1, comma 136, della L. 311 del 2004 non si limiterebbe – in conformità al generale principio di affidamento da parte dei privati, soprattutto ove siano stati stipulati contratti o convenzioni con la pubblica amministrazione –

a prevedere in via del tutto generica un indennizzo, ma più puntualmente dispone che l'amministrazione, pur a fronte di atti amministrativi ritenuti illegittimi ma trasfusi in atti di natura contrattuale, non ha un generico obbligo di indennizzo ma un ben più puntuale obbligo di *"tenere"* – per l'appunto – *"indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio derivante"*.

Tale prescrizione, dunque, non assumerebbe altro significato, secondo l'appellante, che quello di precludere all'amministrazione di porre in discussione i rapporti contrattuali già eseguiti, potendo valere l'annullamento d'ufficio di atti illegittimi, per il futuro e non anche per il passato, indipendentemente dall'epoca in cui l'atto illegittimo annullato è stato adottato: ossia – detto altrimenti - se la preclusione dell'autotutela impedirebbe, sul piano temporale, l'annullamento d'ufficio degli atti risalenti ad oltre il triennio antecedente, sul piano patrimoniale l'autotutela potrebbe incidere soltanto per il futuro, sussistendo l'obbligo di tenere indenne, per il passato, il privato che abbia percepito compensi in forza di atti ritenuti, *a posteriori*, illegittimi.

In dipendenza di ciò, quindi, l'appellante chiede la riforma della sentenza impugnata nella parte in cui si ritiene che l'annullamento in autotutela di atti ipoteticamente illegittimi, con i quali è stata riconosciuta la revisione prezzi in favore della ricorrente per gli anni 2010, 2011 e 2012, non comporti il dovere per il Comune di Casamassima di tenere indenne la ricorrente dai pregiudizi per i rapporti contrattuali pregressi, anche infratriennali.

Per contro, secondo la medesima appellante, la statuizione giudiziale dovrebbe affermare che, ove anche si riconosca legittimo l'esercizio del potere di autotutela da parte del Comune di Casamassima, all'annullamento degli atti illegittimi non discende automaticamente pregiudizio in danno del privato per le somme già da lui percepite, potendo - al più – l'autotutela medesima valere per il futuro e non per il passato, con la conseguente dichiarazione di illegittimità della pretesa del Comune

di Casamassima di trattenere, in danno dell'appellante medesima il complessivo importo di € 456.450,67.- dalle somme dovute per il servizio di igiene urbana, tra l'altro ancora in corso di regime di proroga necessaria.

Il Collegio dissente da tale prospettazione.

Come a ragione affermato da Cons. Stato, Sez. III, 5 ottobre 2011 n. 5480, necessita valutare quale relazione intercorre tra la disciplina contenuta nell'art. 21 nonies della L. 241 del 1990 e quella contenuta nell'art. 1, comma 136, della L. 311 del 2004, laddove quest'ultima *“preclude l'autoannullamento, nel caso di provvedimenti incidenti su rapporti convenzionati con privati, quando siano decorsi “oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante”.* Quindi, nel caso in esame ... *la eventuale prevalenza di tale disposizione su quella successiva introdotta dalla L. 11 febbraio 2005 n. 15 (con l'art. 21 nonies della L. 241 del 1990) per ragioni di specialità renderebbe superflua qualsiasi ulteriore valutazione circa la sussistenza o meno del requisito “termine ragionevole” (quale categoria generica ad applicazione discrezionale) contemplato dal citato art. 21 nonies.* Al riguardo il Collegio ritiene che, secondo una interpretazione sistematica ed orientata al rispetto del canone costituzionale del buon andamento della P.A. e del corretto utilizzo delle risorse finanziarie, non sussistono motivi per discostarsi dal principio che la disposizione successiva abroga quella anteriore. Infatti, come è noto, la L. 11 febbraio 2005 n. 15 (Modifiche ed integrazioni della L. 241 del 1990, recante norme generali sull'azione amministrativa) ha introdotto una disciplina organica e generale dell'esercizio del potere di autotutela da parte della P.A. attraverso la revoca del provvedimento (art. 21 quinquies), il recesso dal contratto (art. 21 sexies), la nullità e l'annullabilità del provvedimento (artt. 21 septies ed octies) nonché l'annullamento d'ufficio (art. 21 nonies). Pertanto, la disciplina dell'annullamento d'ufficio, contenuta nel secondo periodo del comma 136, art. 1, della legge finanziaria n. 311/2004, più che recare norma speciale che non sarebbe derogata da quella posteriore generale, si configura come regolamentazione parziale ed incompleta dell'esercizio del potere di autotutela, sul quale, invece, qualche mese dopo il legislatore ha

compiuto un organico intervento di carattere generale con l'inserimento di un apposito articolo, 21 nonies, nel testo della legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990. D'altra parte la esposta interpretazione, nel senso del possibile superamento del periodo triennale quale sbarramento "comunque" (vedi citato comma 136) preclusivo all'esercizio dell'annullamento d'ufficio, appare più rispondente alla esigenza che la P.A. possa perseguire la riduzione di oneri finanziari derivanti dall'esecuzione di provvedimenti illegittimi (e quindi realizzare un interesse pubblico attuale e concreto) attraverso uno strumento autogiustiziale particolarmente efficace come l'annullamento d'ufficio, mentre la limitazione temporale del suo impiego entro un ristretto periodo prefissato in sede legislativa mal di concilia con l'effettiva salvaguardia dell'interesse pubblico al buon uso delle risorse finanziarie e con lo stesso interesse generale (cioè sia pubblico che privato) al buon andamento della attività amministrativa ed al contenimento degli effetti non virtuosi connessi alla perdurante esecuzione di provvedimenti che, nonostante siano illegittimi, risultano pur sempre adottati nell'esercizio dei poteri pubblici dell'organo emanante. Infatti, sotto il profilo della valutazione dei contrapposti interessi, se i destinatari del provvedimento illegittimo vanno tutelati nell'affidamento posto nell'efficacia del provvedimento stesso (pur se illegittimo), è evidente, nondimeno, che antitetico interesse si configura in capo ai controinteressati i quali confidano negli effetti a loro favorevoli connessi al ripristino della legalità ed all'eliminazione delle situazioni di ingiusto vantaggio goduto dai destinatari del provvedimento contra legem. Pertanto, considerati i sopra illustrati aspetti delle "ragioni di interesse pubblico" menzionate dall'art. 21 nonies della L. 241 del 1990, il Collegio ritiene che tale ultima disposizione sull'annullamento d'ufficio, in quanto contenuta in norma successiva e recante disciplina organica dell'istituto, prevale sulla disposizione più restrittiva, inserita nell'art. 1 comma 136 della legge finanziaria n. 311 del 2004, con la conseguenza pratica (nel caso più concretamente apprezzabile) che il decorso di tre anni di efficacia del provvedimento illegittimo non preclude alla P.A. l'esercizio dell'annullamento d'ufficio" (cfr. ivi).

Questo Collegio, a sua volta, non può che condividere tale lettura delle disposizioni normative anzidette: lettura che toglie qualsivoglia fondamento alle tesi dell'appellante.

4.4.1. Anche i residui motivi d'appello vanno respinti.

4.4.2. Come correttamente evidenziato dallo stesso giudice di primo grado, questo giudice ha più volte affermato che la disciplina legale dettata dall'art. 6 commi 4 e 6, della L. 537 del 1993 – ora trasfusa, come si è detto innanzi, nell'art. 115 del D.L.vo 163 del 2006 - 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, e che tale lacuna può essere colmata mediante il ricorso all'indice F.O.I. con la precisazione che tale ultimo parametro segna il limite massimo che, salve circostanze eccezionali da provarsi da parte dell'impresa, la P.A. non può violare nella determinazione del compenso revisionale nei contratti di appalto di servizi a esecuzione periodica o continuativa di cui è parte, atteso che l'istituto della revisione è preordinato alla tutela dell'esigenza primaria dell'amministrazione di evitare che il corrispettivo del contratto subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo, tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è intervenuta la stipulazione del contratto, e solo in via mediata alla tutela dell'interesse dell'impresa a non subire l'alterazione dell'equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi sopraggiunte durante l'arco del rapporto (così, ad es., Cons. Stato, Sez. V, 19 giugno 2009 n. 4079).

Inoltre, Cons. Stato, Sez. III, 1 febbraio 2012 n. 504 ha rimarcato espressamente la natura imperativa della disciplina contenuta attualmente nell'anzidetto art. 115 del D.L.vo 163 del 2006, tale da sovrapporsi a qualsivoglia clausola contrattuale ad essa difforme.

Il Collegio non può che confermare anche la validità di tale indirizzo giurisprudenziale, rilevando che il contrario assunto dell'appellante si fonda su di una giurisprudenza della Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale per la Puglia, n. 207/2006 dd. 1 marzo 2006, rimasta di fatto isolata.

4.4.3. Inoltre, neppure può essere accolto il motivo con il quale l'appellante afferma che, anche ove pur si ritenesse applicabile alla specie l'indice F.O.I., l'avvenuto ricalcolo del canone dovuto anno per anno fino al corrente 2013 risulterebbe comunque errato: e ciò stante il fatto che l'appellante medesima, nel genericamente riferirsi ad una propria tabella trasmessa alla controparte con nota dd. 11 gennaio 2012, non illustra in concreto le ragioni di tale errore.

5. Le spese e gli onorari del presente grado di giudizio possono essere, peraltro, integralmente compensati.

Va – tuttavia – dichiarato irripetibile l'importo corrisposto dall'appellante a titolo di contributo unificato per il presente grado di giudizio, a ' sensi dell'art. 9 e ss. del T.U. approvato con D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa integralmente tra le parti le spese e gli onorari del presente grado di giudizio.

Dichiara – altresì – irripetibile l'importo corrisposto dall'appellante a titolo di contributo unificato per il presente grado di giudizio, a ' sensi dell'art. 9 e ss. del T.U. approvato con D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Fulvio Rocco, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **22/12/2014**

IL SEGRETARIO

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