

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 2786/08 REG.DEC.

N.6785,6798 REG. RIC

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione ANNO 2006
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi riuniti iscritti:

- **il primo** al NRG 6785\2006, proposto da Tra. De. Co. s.r.l. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Mariani e Raffaele Pedrone ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avvocato Francesco D'Astice in Roma, via Giulio Cesare n. 78;

contro

Comune di Gravina di Puglia, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Malena e presso quest'ultimo elettivamente domiciliato in Roma, via dei Gracchi n. 81;

- **il secondo** al NRG 6798\2006, proposto dal Comune di Gravina di Puglia, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Malena e presso quest'ultimo elettivamente domiciliato in Roma, via dei Gracchi n. 81;

contro

Tra. De. Co. s.r.l. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Mariani, domiciliato presso la segreteria di questa sezione, in Roma, piazza Capo di Ferro n. 13;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, sezione I, n. 925 del 21 marzo 2006.

Visti i ricorsi in appello;

visti gli atti di costituzione in giudizio del comune di Gravina di Puglia (in prosieguo comune di Gravina) e della Tra. De. Co. s.r.l. (in prosieguo la società);

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti gli atti tutti della causa;

data per letta alla pubblica udienza del 15 aprile 2008 la relazione del consigliere Vito Poli, uditi gli avvocati Malena e Mariani;

ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. In data 14 settembre 1995, il comune di Gravina e la società Tra.De.Co. hanno stipulato il contratto concernente l'appalto del servizio di igiene urbana.

In forza del combinato disposto degli artt. 2 del predetto contratto e 11 del richiamato capitolato speciale, per quanto qui interessa:

a) è stata prevista la revisione del corrispettivo annuale (determinato in un canone annuo pari a lire 3.876.000.000 oltre I.V.A.);

b) è stata individuata una franchigia del 10%, in aumento o diminuzione, in relazione ai costi del materiale (incidenti per il 30%) e della mano d'opera (incidenti per il restante 70% rispetto al canone contrattuale);

c) è stato espressamente richiamato, ai fini dell'istruttoria della procedura di revisione, l'art. 44, l. n. 724 del 1994.

1.1. Con istanze del 31 gennaio 1997 e 23 febbraio 2001 la società ha chiesto la revisione del canone.

Il comune ha negato la revisione, con determinazione n. 105 del 7 marzo 2002, dopo aver accertato, nella sostanza, che gli aumenti dei costi del materiale e della mano d'opera non avevano superato la franchigia del 10%.

1.2. Rimasta senza esito la richiesta di arbitrato formulata dalla società (cfr. istanza del 9 luglio 2003 e successiva nota negativa del comune in data 3 settembre 2003) quest'ultima ha adito il T.a.r. della Puglia, deducendo:

a) la nullità parziale della clausola contrattuale, nella parte in cui introduce una franchigia del 10%, per contrasto con l'art. 6, co. 4, l. n. 537 del 1993 novellato dall'art. 44, l. n. 724 del 1994;

b) la spettanza del diritto alla revisione prezzi per gli anni dal 1996 al 2001;

c) l'accertamento dell'entità del compenso revisionale secondo le modalità analitiche divise dall'art. 2 del contratto;

d) la spettanza del risarcimento del danno per il tardivo adempimento di obbligazione pecuniaria soggetta alla disciplina degli artt. 1218 e 1282 c.c.

2. L'impugnata sentenza - T.a.r. per la Puglia, Bari, sezione I, n. 925 del 21 marzo 2006 -:

a) ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo (tale capo non è stato impugnato ed è coperto dalla forza del giudicato interno);

b) ha riconosciuto il diritto della società al compenso revisionale a far data dal 31 gennaio 1997 e per tutta la durata del successivo rapporto contrattuale (anche tale capo non è stato impugnato);

c) ha individuato quale meccanismo di computo del compenso aggiuntivo quello incentrato sulla variazione dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati c.d. indice I.S.T.A.T. - F.O.I.;

d) ha qualificato il compenso revisionale come debito di valuta, assoggettato alla corresponsione di interessi per ritardato pagamento, da computarsi secondo quanto disposto dal d.lgs. n. 231 del 2002 - Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali -;

e) ha compensato integralmente fra le parti le spese di lite.

3. Con ricorso rubricato al nrg. 6785/2006 - ritualmente notificato e depositato - la società proponeva appello avverso la su menzionata sentenza del T.a.r. deducendo:

a) la violazione, da parte del T.a.r., dell'art. 112 c.p.c. avendo accolto la domanda riconvenzionale di sostituzione integrale della clausola nulla con la disciplina divisata dall'art. 6 cit., ancorché proposta tardivamente dal comune nella comparsa conclusionale e non nell'atto di costituzione in giudizio in spregio all'art. 167 c.p.c.;

b) la violazione dell'art. 6 cit., in relazione all'art. 2 del contratto sotto il profilo che, mancando la rilevazione da parte dell'I.S.T.A.T. dei prezzi di mercato dei principali beni e servizi acquisiti dalle p.a., in ogni caso sarebbe erronea l'applicazione dell'indice F.O.I., non contemplato dal contratto, all'uopo dovendosi ricorrere ad una rilevazione più analitica dei costi in aumento della mano d'opera e dei materiali sulla scorta di differenti parametri (dd.mm. ai sensi della l. n. 327 del 2000, indice delle retribuzioni contrattuali dei dipendenti delle imprese esercenti il servizio gestione rifiuti, indice N.I.C., indice I.P.C.A. ed altri);

c) l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha fatto applicazione, per il calcolo degli accessori sulla sorte capitale, del d.lgs. n. 231 del 2002, eccessivamente oneroso per l'amministrazione, e sicuramente inapplicabile ai contratti stipulati antecedentemente all'agosto del 2002;

conseguentemente ha chiesto la corresponsione degli interessi legali e della rivalutazione monetaria quale maggior danno provato per fatto notorio.

Si costituiva il comune di Gravina deducendo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto.

4. Con ricorso rubricato al nrg. 6798/2006 - ritualmente notificato e depositato - il comune interponeva a sua volta appello negando l'applicabilità, al rapporto contrattuale oggetto del giudizio, del d.lgs. n. 231 del 2002.

Si costituiva la Tra. De. Co. s.r.l. aderendo al gravame proposto dal comune.

5. La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 15 aprile.

6. I due appelli, proposti avverso la medesima sentenza, devono essere riuniti a mente dell'art. 335 c.p.c.

7. L'appello della società è infondato e deve essere respinto.

7.1. Quanto al primo mezzo la sezione ne rileva l'infondatezza sulla scorta della semplice lettura della memoria conclusionale depositata in prime cure dal comune, dove la difesa dell'ente, lungi dall'introdurre un'autonoma domanda nei confronti della società, si è limitata ad illustrare le conseguenze discendenti dall'inserimento nel contratto d'appalto dell'intera disciplina legale dettata dall'art. 6, co. 4 e 6, l. n. 537 del 1993.

7.2. Parimenti inaccoglibile è il secondo mezzo di gravame.

Sul punto non vi sono ragioni per discostarsi dal consolidato indirizzo espresso dalla sezione (cfr. *ex plurimis* sez. V, 14 dicembre 2006, n. 7461; sez. V, 16 giugno 2003, n. 3373; sez. V, 8 maggio 2002, n. 2461).

Il più volte menzionato art. 6 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, cfr. *ex plurimis*, Cass., sez. I, 25 settembre 2005, n. 19921; Cons. Stato, sez. V, 18 marzo 2004, n. 1420).

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 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 (talora frutto di illecite collusioni), tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto.

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 verificano durante l'arco del rapporto e che potrebbero indurla ad una surrettizia riduzione degli standard qualitativi delle prestazioni.

Poiché nel caso in esame l'impresa non ha dimostrato l'esistenza di circostanze eccezionali che giustifichino la deroga all'indice F.O.I. deve escludersi che la quantificazione del compenso revisionale possa effettuarsi con il ricorso ai differenti parametri statistici invocati nell'atto di appello.

7.3. Miglior sorte non tocca all'ultimo mezzo.

La censura relativa all'inapplicabilità del menzionato d.lgs. n. 231 è inammissibile per carenza dell'indefettibile presupposto costituito dalla soccombenza formale dichiarata dal giudice di primo grado sul punto controverso (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2004, n. 3614).

Parimenti inaccoglibile è la domanda di risarcimento del maggior danno derivante dal ritardo nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria.

In adesione ad un più recente e rigoroso indirizzo giurisprudenziale, la sezione osserva che al fine del risarcimento del maggior danno derivante dalla svalutazione della moneta, ex art. 1224 c.c., l'onere probatorio gravante sul creditore non può ritenersi assolto dalla mera dimostrazione di un determinato *status* professionale, non corredato da

elementi atti ad evidenziare le sue reali propensioni economiche, atteso che solo queste ultime possono indicare la categoria di appartenenza del creditore medesimo, e quindi, giustificare presunzioni circa l'impiego del denaro dovutogli, ove tempestivamente riscosso. Conseguentemente, l'assolvimento di un onere quantomeno allegatorio costituisce il presupposto imprescindibile per il ricorso, da parte del giudice, al fatto notorio ed alle presunzioni semplici in sede di risarcimento del maggior danno da svalutazione monetaria (cfr. *ex plurimis*, Cass., sez. I, 14 febbraio 2006, n. 3146; sez. II, 19 gennaio 2005, n. 1063, nonché la fondamentale sez. un., 5 aprile 1986, n. 2368).

8. Scendendo all'esame dell'appello proposto dal comune di Gravina la sezione ne rileva la (per altro incontestata) fondatezza.

Effettivamente l'art. 11, d.lgs. n. 231 del 2002 – in conformità a quanto previsto dall'art. 6 della direttiva 2000/35/CE – esclude dal proprio ambito applicativo i contratti conclusi, come quello oggetto del presente giudizio, antecedentemente all'8 agosto 2002.

Conseguentemente sulle somme dovute a titolo di compenso revisionale in favore della società, individuate secondo il meccanismo dianzi descritto, il comune dovrà corrispondere i soli interessi legali, calcolati separatamente sulla sorte

capitale dovuta per ogni singola annualità, a far data dal 31 gennaio 1997.

9. In conclusione l'appello della società deve essere respinto mentre va accolto quello del comune di Gravina.

In considerazione del particolare andamento del processo e del contegno delle parti, il collegio compensa integralmente fra le stesse le spese di ambedue i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quinta), definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti meglio indicati in epigrafe:

- a) respinge l'appello proposto dalla Tra. De. Co. s.r.l.;
- b) accoglie l'appello proposto dal comune di Gravina di Puglia e per l'effetto, in riforma parziale della sentenza impugnata:

- dichiara il diritto della Tra. De. Co. s.r.l., a decorrere dal 31 gennaio 1997, alla revisione del compenso previsto dal contratto di appalto del servizio di igiene urbana stipulato il 14 settembre 1995, in base all'indice I.S.T.A.T. - F.O.I. e secondo le modalità meglio individuate in motivazione;
- condanna il comune di Gravina di Puglia a corrispondere, sulle somme come sopra individuate e dovute a titolo di sorte capitale, gli interessi moratori al tasso legale dalla data di scadenza delle singole annualità e fino all'effettivo pagamento.

c) dichiara integralmente compensate fra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 15 aprile 2008, con la partecipazione di:

Emidio Frascione	- Presidente
Claudio Marchitello	- Consigliere
Marco Lipari	- Consigliere
Aniello Cerreto	- Consigliere
Vito Poli Rel. Estensore	- Consigliere

ESTENSORE

f.to Vito Poli

IL PRESIDENTE

f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO
f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
II 9/06/08
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
IL DIRIGENTE
F.to Antonio Natale