

N. 04444/2012REG.PROV.COLL.
N. 07984/2000 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 7984 del 2000, proposto da:

Cogin di Aldo Sarni S.a.s., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Massimo Annesi, Valentino Capece Minatolo e Sergio Como, con domicilio eletto presso l'avv. Massimo Annesi in Roma, Piazza Augusto Imperatore, n. 22;

contro

Comune di Giugliano in Campania, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Riccardo Soprano e Antonio Sasso, con domicilio eletto presso l'avv. Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 02552/1999, resa tra le parti, concernente diniego revisione prezzi contratti appalto per costruzione scuole;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Giugliano in

Campania;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 luglio 2012 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Sergio Como e Antonio Sasso;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, sez. I, con la sentenza n. 2552 del 28 settembre 1999, ha respinto, previa riunione, i ricorsi di primo grado proposti dall'attuale appellante per l'annullamento dei provvedimenti sindacali nn. 16587 e 16588 del 25 maggio 1993 contenenti il diniego di riconoscimento della revisione dei prezzi maturata in relazione a contratti d'appalto per la costruzione di due scuole elementari.

Il TAR ha fondato la sua decisione rilevando, sinteticamente, che il regime revisionale del compenso non poteva farsi decorrere né dalla data delle offerte, né dalla data dell'aggiudicazione, bensì dalla data di registrazione del contratto ai sensi dell'art. 17 del disciplinare di gara.

Per il TAR, dovendosi applicare la legge n. 41 del 1986, che configura la revisione come facoltativa e non obbligatoria quando i lavori hanno durata superiore all'anno (art. 33), la questione centrale riguardante la validità dei patti in deroga a tale regime doveva essere risolta facendo derivare logicamente dall'appena citata impostazione legislativa l'ammissibilità dei patti in deroga anche in punto di decorrenza della revisione stessa.

L'appellante ha contestato la sentenza del TAR, chiedendo l'accoglimento dell'appello.

Si è costituito il Comune, chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 3 luglio 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che la sentenza del TAR impugnata debba trovare piena conferma.

Giova preliminarmente rammentare che la fattispecie è regolata, *ratione temporis*, dall'art. 33 della l. 28 febbraio 1986, n. 41 (articolo poi abrogato dall'art. 3 d.l. 11 luglio 1992, n. 333, che ha escluso la possibilità di ricorrere all'istituto, generalizzando per tutti i contratti, a prescindere dalla durata, il sistema del prezzo chiuso previsto dal comma 4 dell'art. 33, cit.; l'abrogazione dell'istituto della revisione prezzi è stata anche confermata dall'art. 26 l. 11 febbraio 1994, n. 109, che introduceva, al comma 4, il meccanismo del prezzo chiuso), secondo cui "per i lavori di cui al precedente comma 2 aventi durata superiore all'anno, la facoltà di procedere alla revisione dei prezzi è ammessa, a decorrere dal secondo anno successivo alla aggiudicazione e con esclusione dei lavori già eseguiti nel primo anno e dell'intera anticipazione ricevuta, quando l'Amministrazione riconosca che l'importo complessivo della prestazione è aumentato o diminuito in misura superiore al 10 per cento per effetto di variazioni dei prezzi correnti intervenute successivamente alla aggiudicazione stessa".

In primo luogo, il Collegio deve precisare che nelle controversie in materia di revisione prezzi, soggette alla disposizione dell'art. 33, l. 28 febbraio 1986, n. 41, un vero e proprio diritto alla revisione è configurabile solo ove l'Amministrazione lo abbia formalmente e positivamente riconosciuto e, quindi, si controverta unicamente in relazione al *quantum* delle somme dovute.

Viceversa, laddove la pretesa abbia ad oggetto la stessa spettanza della revisione prezzi, il cui riconoscimento costituiva, all'epoca della vigenza del suddetto art. 33, facoltà discrezionale dell'Amministrazione, la situazione vantata dal privato non può che avere consistenza di interesse legittimo (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 12 maggio 2008 n. 2191; Sez. V, 16 novembre

2007 n. 5831; Cassazione, Sez. Unite, 13 settembre 2005, n. 18126 e 24 aprile 2002, n. 6034): con la conseguenza che, nel primo caso, la giurisdizione è del giudice ordinario e, nel secondo, del giudice amministrativo.

In tema di revisione dei prezzi nell'appalto di opere pubbliche, infatti, ove la pretesa dell'appaltatore venga espressamente ricondotta alla previsione di una specifica clausola del contratto e si sostanzi nell'affermazione per la quale quella clausola obbligherebbe l'Amministrazione appaltante al riconoscimento della revisione del prezzo, la questione sottoposta all'esame del giudice, a prescindere dalla sua fondatezza nel merito, si traduce in una mera pretesa di adempimento contrattuale e, quindi, comporta l'accertamento dell'esistenza di un diritto soggettivo, che ricade nell'ambito della giurisdizione ordinaria (Cassazione civile, Sez. Un., 19 marzo 2009, n. 6595).

Tale impostazione si colloca nell'ambito del tradizionale orientamento per il quale la posizione soggettiva dell'appaltatore rispetto alla facoltà dell'amministrazione di procedere alla revisione dei prezzi è tutelabile dinanzi al giudice amministrativo quando attenga all'an della revisione, in quanto correlata all'esercizio di un potere discrezionale riconosciuto dalla norma alla stazione appaltante, sulla base di valutazioni attinenti a preminenti interessi pubblicistici, mentre acquista natura e consistenza di diritto soggettivo, tutelabile dinanzi al giudice ordinario, quando il diritto alla revisione derivi da apposita clausola contrattuale, ovvero quando l'Amministrazione abbia già esercitato il potere discrezionale a lei spettante adottando un provvedimento attributivo, o ancora abbia tenuto un comportamento tale da integrare un implicito riconoscimento del diritto alla revisione, così che la controversia riguardi soltanto il quantum della stessa (*ex multis*, cfr. Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18126).

In specifico, inoltre, quando l'Amministrazione non abbia negato di dover

procedere alla revisione dei prezzi, ma abbia contrapposto all'appaltatore un sistema di calcolo diverso, la relativa controversia spetta alla cognizione del giudice ordinario, poiché tale giudizio attiene ad una parte del *quantum* del compenso revisionale rivendicato e, quindi, non *all'an debeatur*, ma al *quantum debeatur*, cui è connesso un diritto soggettivo dall'appaltatore (Cassazione civile, Sez. Un., 5 giugno 2008, n. 14824).

In questa prospettiva, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto l'individuazione del termine iniziale per il calcolo del compenso revisionale, una volta intervenuto da parte della pubblica amministrazione il riconoscimento della spettanza di esso con riguardo all'intera opera, atteso che l'oggetto del contendere, riguardando unicamente il criterio di quantificazione del compenso, attiene ad un diritto soggettivo dell'appaltatore, il potere discrezionale della pubblica amministrazione essendosi ormai esaurito con detto riconoscimento (Cass., sez. un., 6 febbraio 2002, n. 1558).

Nel caso di specie, è proprio tale ultima evenienza che si verifica, poiché l'Amministrazione ha negato il compenso revisionale sul presupposto che il regime revisionale del compenso non poteva farsi decorrere né dalla data delle offerte, né dalla data dell'aggiudicazione, bensì dalla data di registrazione del contratto ai sensi dell'art. 12 del disciplinare di gara.

In materia deve essere ancora precisato che la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo riguarda i provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'articolo 133, commi 3 e 4, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, qualora il prezzo di singoli materiali da costruzione, per effetto di circostanze eccezionali, subisca variazioni in aumento o in diminuzione, superiori al 10 per cento rispetto al prezzo rilevato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti nell'anno di presentazione dell'offerta per cui si fa luogo a compensazioni, in aumento o in diminuzione, per la metà della percentuale eccedente il 10 per cento e

nel limite delle risorse di cui al comma 7; con tale istituto, denominato compensazione, è stato disciplinato un meccanismo revisionale eccezionale, in deroga al divieto di revisione del prezzo per gli appalti di lavori pubblici, coniugandolo con un termine di decadenza (successivo comma 6-bis) affatto nuovo al nostro ordinamento.

Tuttavia, la sentenza del TAR non è stata impugnata per motivi attinenti alla giurisdizione, nemmeno dal Comune appellato con ricorso incidentale, con la conseguenza che tale eccezione non può essere esaminata d'ufficio ai sensi dell'art. 9 c.p.a., secondo cui il difetto di giurisdizione è rilevato solo in primo grado anche d'ufficio; nei giudizi di impugnazione è, invece, rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, abbia statuito sulla giurisdizione.

Tale regola, pur sopravvenuta alla decisione in oggetto, deve intendersi applicabile anche ai ricorsi d'appello introdotti precedentemente, in quanto in vigore all'atto del passaggio in decisione della causa e di immediata applicazione, trattandosi di norma processuale e non essendovi disposizione transitoria di segno contrario (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 22 novembre 2011, n. 6147).

Nel merito, tuttavia, l'appello è infondato.

Infatti, è indubbio che, con il citato art. 12 del disciplinare di gara, l'Amministrazione abbia riconosciuto un diritto alla revisione dei prezzi, ma lo abbia limitato, quanto alla decorrenza, dalla data di registrazione del contratto.

Tale clausola, pur formulata unilateralmente, è entrata a far parte del regolamento contrattuale a seguito dell'aggiudicazione e della stipula del contratto che è composto non solo dalle clausole esplicitate nell'atto negoziale, ma anche da tutte le clausole che la parte privata successivamente aggiudicataria, formulando l'offerta e, dunque, la proposta contrattuale che

deve essere necessariamente coerente con l'invito ad offrire rappresentato dagli atti di gara, ha accettato e, dunque, ha fatto proprie.

Pertanto, la clausola è cogente anche per l'appellante ai sensi dell'art. 1372 c.c. e l'eventuale sua invalidità poteva essere fatta valere soltanto impugnando la clausola stessa che, altrimenti, esplica in pieno i suoi effetti sul regolamento contrattuale.

Peraltro, il Collegio deve precisare che, in passato, inizialmente era ammessa dal legislatore la possibilità di patti in contrario al regime normativo sulla revisione dei prezzi (art. 1, comma 1 del D.L.C.P.S. n. 1501-47).

Tale possibilità è stata mantenuta ferma anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 1 della l. 23 ottobre 1963, n. 1481 che aveva modificato, in favore dell'appaltatore, il presupposto (percentuale di aumento del costo delle opere) in presenza del quale era ammessa la facoltà dell'amministrazione di procedere alla revisione.

Successivamente, l'art. 2 della l. 22 febbraio 1973, n. 37 ha stabilito che la facoltà di procedere alla revisione dei prezzi è ammessa, secondo le norme che la regolano, con esclusione di qualsiasi patto in contrario o in deroga, con ciò implicitamente abrogando le precedenti contrarie previsioni normative che ammettevano la possibilità di patti in contrario.

Tale divieto è venuto meno a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 33 della l. 28 febbraio 1986 n. 41, che ha introdotto particolari modalità di riconoscimento della revisione prezzi dei lavori appaltati dallo Stato e dagli enti pubblici; la norma, infatti, deve essere letta in combinato disposto con tale norma sopravvenuta: l'art. 2 della l. 22 febbraio 1973, n. 37, invocata dall'appellante stesso, che esclude qualsiasi patto in deroga, ha, come suo presupposto, il carattere obbligatorio della revisione, presupposto che l'art. 33 della l. 28 febbraio 1986, n. 41 ha completamente superato, attribuendo all'Amministrazione il potere di prevedere la possibilità di revisione anche con una clausola contrattuale che, pertanto, deve poter anche regolare gli

aspetti di disciplina del riconoscimento stesso.

Infine, la censura reiterata della violazione dell'art. 36 della l. 142 del 1990, allora vigente, per incompetenza del Sindaco, è irrilevante, atteso che il ricorso in esame ha introdotto, come già detto, una questione attinente al *quantum* della revisione e non un giudizio incentrato sulla legittimità amministrativa degli atti, pur formalmente impugnati.

Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto, in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

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

Compensa, tra le parti, le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente FF

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/08/2012

IL SEGRETARIO

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