

N. 05997/2012REG.PROV.COLL.
N. 04162/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4162 del 2012, proposto dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, Ministero dell'economia e delle finanze, Ministero della pubblica amministrazione e l'innovazione, Istat - Istituto Nazionale di Statistica, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Società National Cleanness s.r.l., in proprio e quale Capogruppo Rti, Rti Service Azienda Servizi s.r.l., Rti Co.Lo. Coop s.c.a.r.l., non costituita nel presente grado del giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III n. 2130/2012, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 novembre 2012 il consigliere Maurizio Meschino;

Nessuno è presente per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La National Cleanness s.r.l., in proprio e quale capogruppo del raggruppamento temporaneo di imprese costituito con Universal Azienda Servizi s.r.l e Co.Lo. coop s.c.a.r.l. (in seguito “ricorrente”), con il ricorso n. 7815 del 2011 proposto al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ai sensi dell’art. 31, comma 1, del Codice del processo amministrativo, ha chiesto l’accertamento dell’illegittimità dell’inerzia serbata dall’Osservatorio dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (e dagli altri enti e amministrazioni coinvolti nell’iter procedimentale disciplinato dalla legge) rispetto all’obbligo previsto dall’art. 7 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici) di determinare annualmente i costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura in relazione a specifiche aree territoriali.

Il detto obbligo è, in sintesi, così disciplinato dal Codice dei contratti pubblici:

- a) ai sensi dell’art. 7, comma 4, lett. c), commi 5, 5-*bis* e 6, l’Osservatorio dei contratti pubblici, operante nell’ambito dell’Autorità di vigilanza determina annualmente costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura in relazione a specifiche aree territoriali e li pubblica, avvalendosi dei dati forniti dall’ISTAT, tenendo conto dei parametri qualità - prezzo di cui alle convenzioni stipulate dalla Consip, nonché del costo del lavoro determinato dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale, spettando al Ministero dell’economia e delle finanze, di intesa con quello della funzione pubblica, assicurare lo svolgimento delle attività in questione;

- b) ai sensi dell'art. 115 *“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”*.

2. Il giudice adito, con la sentenza n. 2130 del 2012, ha accolto il ricorso e, previa dichiarazione dell'illegittimità dell'inerzia mantenuta, ha ordinato alle Amministrazioni intimare di provvedere; ha compensato tra le parti le spese del giudizio.

In particolare è stato disposto l'obbligo delle amministrazioni intimare *“di provvedere, ciascuna secondo le proprie specifiche competenze, ai fini dell'adozione del provvedimento conclusivo ex art. 7 comma 4, lett. c), del D.Lgs. n. 163/2006, da parte dell'Osservatorio dei contratti pubblici dei lavori, servizi e forniture, entro il termine di giorni 90 (che si ritiene congruo in relazione alla complessità del procedimento) dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza”*.

3. Con l'appello in epigrafe è chiesto l'annullamento della sentenza di primo grado.

4. Alla camera di consiglio del 13 novembre 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Nell'appello si censura la sentenza di primo grado, poiché:

- il ricorso avverso il silenzio è esperibile rispetto alla sola attività provvedimentale avente effetti su destinatari individuati e non per la mancata adozione di atti a valenza generale, quale è la determinazione dei costi standardizzati in questione (è anche dubbio, peraltro, che nella specie si tratti di un atto generale, essendo relativo ad un'attività comunque non incidente in via autoritativa sulla sfera giuridica di terzi ma concernente l'elaborazione di dati);
- la revisione prezzi da parte delle stazioni appaltanti prevista dall'art. 115

del Codice dei contratti pubblici è inoltre, in quanto fondata sull'istruttoria basata sui dati di cui all'art. 7, atto discrezionale, potendo essere negata a seguito della detta istruttoria se non si riscontri l'aumento dei prezzi;

- conseguendo da ciò la mancanza di interesse della ricorrente all'accoglimento del ricorso e l'applicazione, nella specie, dell'art. 31, comma 3, del Cod. proc.amm. per cui il giudice può giudicare sulla fondatezza della pretesa solo se si tratti di attività vincolata ovvero senza margini di discrezionalità;

- il primo giudice ha altresì errato: nel giudicare inefficace la soluzione nel frattempo adottata, dell'applicazione dell'indice FOI (*“indice di variazione dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati”*), ritenendola comunque elusiva dell'obbligo di cui si tratta, al contrario di quanto valutato in giurisprudenza e dall'Autorità di vigilanza; nel non considerare, di conseguenza, l'assenza di situazione lesiva per la ricorrente, cui l'indice FOI è stato in concreto applicato; nel non valutare la questione della complessità del procedimento amministrativo previsto dal Codice dei contratti pubblici, qualificandola come meramente *“tecnico-amministrativa”*; nel non individuare, comunque, le diverse responsabilità dei soggetti del procedimento ai fini della sua attuazione.

2. L'appello è infondato per i motivi che seguono:

- l'art. 115 del Codice dei contratti pubblici dispone che: a) *“tutti”* i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi e forniture *“debbono”* contenere una clausola di revisione periodica del prezzo; b) la revisione *“viene operata”* sulla base di un'istruttoria fondata sui dati di cui all'art. 7, comma 4, lett. c), e comma 5;

- viene perciò stabilita una sequenza che vede come obbligatoria non soltanto l'inserzione automatica della clausola di revisione ma anche la sua applicazione, non avendo peraltro senso disporre per legge una norma integrativa del contratto, non dispositiva ma cogente, per poi consentire che

resti disapplicata poiché non viene operata la revisione durante l'esecuzione del contratto, vanificando così l'effettività dell'inserzione automatica della clausola;

- la revisione deve essere perciò sempre operata con la necessaria attivazione del relativo procedimento, pur potendosi concludere per l'invarianza dei prezzi contrattuali se a ciò conduca l'istruttoria, conseguendo da ciò che la revisione non è discrezionale nell'*an* pur se lo sia nel *quomodo*;

- l'istruttoria alla base del procedimento con cui "*viene operata*" la revisione è a sua volta basata, per lo stesso art. 115, direttamente e soltanto sui dati di cui all'art. 7, per cui, in conclusione: l'inserzione automatica della clausola contrattuale di revisione del prezzo comporta la sua necessaria applicazione; questa deve essere basata sulla detta istruttoria, che deve perciò essere stata eseguita; ciò richiede l'altresì necessaria attuazione del presupposto dell'istruttoria consistente nella determinazione annuale dei costi standardizzati di cui all'art. 7, comma 4, lett. c), commi 5, 5-*bis* e 6;

- né, essendo questa sequenza prescritta per legge, vi si possono opporre la pur indubbia complessità della sua attuazione amministrativa, volta presumibilmente ad assicurare, nell'intento del legislatore, la più compiuta ponderazione di una complessa rilevazione di dati, ovvero la sua sostituibilità con l'applicazione di un diverso indice, che, seppure utile in via surrogatoria nelle more dell'attuazione del procedimento di legge, non è stato dalla legge stessa evidentemente ritenuto adeguato per la regolazione della fattispecie;

- ciò in quanto "*La previsione di un meccanismo di revisione del prezzo di un appalto di durata su base periodica dimostra, quindi, che la legge ha inteso munire i contratti di forniture e servizi di un meccanismo che, a cadenze determinate, comporti la definizione di un "nuovo" corrispettivo per le prestazioni oggetto del contratto riferito alla dinamica dei prezzi registrata in un dato arco temporale di riferimento, con*

beneficio di entrambi i contraenti, poiché l'appaltatore vede ridotta, anche se non eliminata, l'alea propria dei contratti di durata, e la stazione appaltante vede diminuito il pericolo di un peggioramento di una prestazione divenuta onerosa" (Cons. Stato, III, 19 luglio 2011, n. 4362);

-dovendosi concludere in questo quadro che: il provvedimento di applicazione della clausola di revisione non è discrezionale e, in quanto incidente sull'equilibrio contrattuale, è di interesse della ricorrente; per l'emanazione di tale atto non discrezionale, anche se porti a non variare i prezzi contrattuali, si deve disporre della determinazione dei costi standardizzati che, in quanto base necessaria per l'istruttoria strumentale all'applicazione della revisione nell'esecuzione contrattuale, afferisce altresì al detto interesse del privato pur trattandosi di atto generale; potendo l'inerzia nella detta determinazione dei costi, che la legge stabilisce annuale, essere di conseguenza oggetto del rimedio di cui all'art. 31 del Cod. proc.amm..

Quanto alla differenziazione delle responsabilità nell'attuazione del procedimento di determinazione dei costi, si osserva che, pur prevedendo la legge la responsabilità primaria del Ministero dell'economia e delle finanze per lo svolgimento del procedimento (art. 7, comma 6, del Codice dei contratti pubblici), resta comunque essenziale per la sua attuazione la cooperazione di tutti i soggetti la cui attività è richiesta dalla normativa.

3. Per le ragioni che precedono l'appello non può essere accolto restando confermata la sentenza di primo grado.

Nulla per le spese del presente grado del giudizio non essendosi costituita la parte appellata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) respinge l'appello in epigrafe n. 4162 del 2012.

Nulla per le spese del grado.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 13 novembre 2012, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere, Estensore

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/11/2012

IL SEGRETARIO

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