



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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 188 del 2011, proposto da:
Consorzio Stabile Consta Soc. Cons. P.A., rappresentato e difeso
dagli avv. Marco Dugato, Maria Gaia Cavallari, con domicilio eletto
presso Emanuele Gullo in Venezia, Santa Croce, N. 468/B;

contro

Azienda Speciale Per il Porto di Chioggia, rappresentato e difeso
dagli avv. Daniele Grasso, Alessandro Lombardo, con domicilio
eletto presso la segreteria del TAR ai sensi dell'art. 25 del d.lgs. n.
104 del 2010;

per l'annullamento

dell'atto prot. n. 550/583 in data 13 dicembre 2010 avente ad
oggetto istanza di compensazione relativa ad appalto di lavori per la
realizzazione dei piazzali di stoccaggio merci D, E, F, G, e zona

buncheraggio e opere ingresso al porto secondo le previsioni del piano regolatore di Chioggia

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Speciale Per il Porto di Chioggia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 aprile 2012 il dott. Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'impresa "Consorzio Stabile Consta soc. cons. p.a.", odierna ricorrente, ha partecipato, in qualità di capogruppo della costituenda associazione temporanea d'impresе "Consta soc. cons. p.a. - Xodo s.r.l.", alla gara per pubblico incanto indetta dall' "A.S.P.O.", Azienda Speciale per il Porto di Chioggia, per l'affidamento «dei lavori di realizzazione dei Piazzali di stoccaggio merci D,E,F,G, e zona buncheraggio e opere di ingresso al porto in località Val da Rio a Chioggia», per un «importo complessivo a base di appalto di 10.432.989, 45 €».

1.2. Ricevuta comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione definitiva in proprio favore, il 31 maggio 2006 la ricorrente sottoscriveva il contratto «per l'ammontare complessivo, al netto del ribasso del

10,216% a 9.391.005,82 di cui 9.157.765,82 € per lavori e 233.240,00 € per oneri di sicurezza».

1.3. In seguito ai repentini rialzi dei prezzi subiti nel corso del 2008 da alcuni materiali da costruzione utilizzati dalla ricorrente nell'esecuzione dell'appalto, la stessa riferisce di aver rivolto istanza all' "ASPO" di Chioggia (con raccomandata A.R. del 5 giugno 2009) «per il pagamento dell'importo di 423.269,33 € a titolo di compensazione» – in conformità alla specifica facoltà concessa dal d.l. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito in legge con modificazioni nella legge n. 201 del 2008 –, «invitando la stessa amministrazione a porre in essere quanto necessario alla conservazione e all'accantonamento e acquisizione delle somme necessarie a provvedere alla (...) liquidazione» richiesta.

1.3. La ricorrente riferisce di aver, altresì, provveduto a «consegnare copia dei conteggi relativi alla compensazione attraverso un elaborato analitico dei materiali impiegati e dei costi sostenuti, avvertendo che, in assenza di contestazioni da parte dell'amministrazione, avrebbe provveduto ad inoltrare la fattura per l'importo in compensazione».

1.4. Non avendo ricevuto alcun riscontro alla citata istanza, in data 18.10.2010, con nota "prot. 712/SS/mp", la ricorrente «provvedeva ad inviare all'Azienda speciale per il Porto di Chioggia la fattura n. 1072 per l'importo di 423.269,33 €, quale somma dei lavori in eccedenza, sulla quale», a suo avviso, «si sarebbe dovuta computare

la cifra della compensazione».

1.5. Con nota “prot. 550/583” del 13 dicembre 2010, l’Azienda speciale in questione rispondeva di non riconoscere la fattura inviatale, in quanto l’istanza di compensazione era stata rivolta «in fase di conclusione dei lavori non consentendo pertanto alla scrivente l’eventuale accantonamento e/o conservazione delle somme richieste». Con il medesimo atto la stessa Azienda affermava, nondimeno, che si sarebbe adoperata «al fine di richiedere la somma al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ai sensi degli articoli 10 e 11 del decreto legge 23/10/2008, n. 16» e che solo qualora la richiesta fosse stata accolta avrebbe proceduto «al riconoscimento della somma e alla sua liquidazione».

2. Avverso tale atto la ditta ricorrente ha proposto l’odierno gravame, deducendone l’illegittimità sotto un duplice profilo.

2.1. Con il primo motivo di ricorso, viene censurata la violazione e falsa applicazione dell’art. 1 del d.l. n. 162 del 2008, nonché dell’art. 133 del d.lgs. n. 163 del 2006, posto che l’istante, «al ricorrere dei presupposti indicati dalle norme (variazione in aumento oltre il limite dell’8 per cento; sua riferibilità ai materiali risultanti dall’elenco in decreto ministeriale; rispetto dei termini di decadenza per l’istanza)», vanterebbe una posizione di interesse legittimo dinanzi al quale si contrapporrebbe un mero «potere vincolato» della Amministrazione.

2.2. Quest’ultima, infatti, secondo la ricorrente, non godrebbe di alcun margine di scelta in ordine al provvedimento da adottare,

«dovendo unicamente verificare la corrispondenza degli aumenti alla percentuale fissata dal decreto e alle categorie merceologiche [ivi] previste» e «la presentazione in termini dell'istanza»: dalla positiva verifica di tali presupposti scaturirebbe l'obbligo di computare la somma da erogare, «a valere sui capitoli di bilancio corrispondenti e nel rispetto delle indicazioni di cui al comma 7 dell'art. 133» del d.lgs. n. 163 del 2006.

2.3. Pertanto, sempre ad avviso della ricorrente, l'Amministrazione avrebbe illegittimamente omesso «di accantonare prudenzialmente le somme necessarie e di farne richiesta tempestivamente», subordinando il riconoscimento della somma vantato dal “Consorzio Stabile Consta soc. cons. p.a.” all'eventuale liquidazione di tale somma da parte del Ministero.

2.4. Con il secondo motivo di ricorso, vengono dedotti la violazione dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 ed il vizio di eccesso di potere, posto che l'Amministrazione, «tanto nell'atto impugnato, quanto nella conduzione del procedimento e nel prolungato e dannoso silenzio tenuto», avrebbe tenuto un contegno contrario a buona fede, che dovrebbe invece costituire «canone indefettibile» dell'agire amministrativo.

3. Si è costituita in giudizio l'Azienda speciale per il Porto di Chioggia chiedendo il rigetto del ricorso con conseguente conferma della legittimità dell'atto “prot. 550/583” del 13 dicembre 2010.

3.1. A parere della resistente, la normativa sull'adeguamento dei

prezzi in forza della quale la ricorrente ha avanzato l'istanza di compensazione risulterebbe di «dubbia applicazione alla tipologia di appalto» intercorso fra le parti, in quanto, mentre il d.l. n. 162 del 2008, convertito in legge n. 201 del 2008, farebbe riferimento alla «quantità dei singoli materiali impiegati nelle lavorazioni eseguite», l'appalto in oggetto farebbe invece riferimento a «prezzi unitari per categoria di lavoro».

3.2. Sul punto, l'Amministrazione resistente precisa che l'aggiudicazione in favore del Consorzio ricorrente è avvenuta sulla base di una pluralità di parametri, tra i quali anche la migliore offerta «sull'elemento prezzo» – «da determinarsi mediante offerta a prezzi unitari per ogni categoria di lavoro, in base alla cd. “Lista delle Categorie” (...) allegata al contratto stesso» – corredata «a pena d'inammissibilità» da una dichiarazione in forza della quale «l'indicazione delle voci e delle quantità» non avrebbe avuto effetto «sull'importo complessivo dell'offerta». Pertanto, «seppur determinato attraverso l'applicazione dei prezzi unitari offerti alle quantità delle varie lavorazioni», l'importo complessivo sarebbe dovuto rimanere «fisso e invariabile».

3.2.1. Conseguentemente, l'Amministrazione resistente contesta la correttezza dell'affermazione della ricorrente secondo la quale sarebbe possibile «ricavare da un prezzo unitario per categoria di lavoro un singolo prezzo riferibile ad un determinato materiale da costruzione», evidenziando al contempo come tale operazione

porterebbe, in ogni caso, «a risultati imprecisi e approssimativi».

3.3. In secondo luogo, l'Azienda speciale rimarca come gli artt. 1 e 6 del contratto d'appalto stipulato in data 31 maggio 2006, aventi forza di legge fra le parti in forza della loro rituale sottoscrizione, affermino con chiarezza che «i prezzi unitari di cui alla “Lista Categorie”» debbano rimanere «fissi e invariabili per qualsiasi eventualità anche di forza maggiore», con conseguente divieto di revisione dei prezzi in corso di esecuzione dei lavori.

3.4. In terzo luogo, l'Azienda speciale deduce la tardività dell'istanza di compensazione «pervenuta alla resistente in data 9 giugno 2009» e, dunque, «oltre il termine fissato» dall'art. 1 del d.l. 23.10.2008 a tenore del quale la citata istanza avrebbe dovuto essere presentata «entro trenta giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica» del decreto ministeriale 30 aprile 2009 sulla «rilevazione dei prezzi medi per l'anno 2007 e delle variazioni percentuali, su base semestrale, superiori all'8 per cento, relative all'anno 2008, ai fini della determinazione delle compensazioni dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi»; pubblicazione avvenuta il 9 maggio 2009, essendo così fissato quale termine ultimo per la presentazione, a pena di decadenza, l'8 giugno 2009.

3.4.1. Oltre che tardiva, sempre ad avviso della resistente, l'istanza in questione risulterebbe, altresì, inammissibile in quanto priva del «necessario prospetto analitico» di giustificazione della somma

chiesta a titolo di compensazione, che, solo, avrebbe consentito alla stazione appaltante di motivare appropriatamente la richiesta da rivolgere al Fondo di cui all'art. 1, comma 11, del d.l. n. 162 del 2008.

3.4.2. Orbene, precisa ancora al riguardo la resistente, detto prospetto sarebbe pervenuto in data 30 giugno 2009 «alla Direzione Lavori» dell'Azienda – a seguito di formale richiesta di quest'ultima del 15.6.2009 – e dunque «completamente fuori termine».

3.5. A causa delle evidenziate carenze, l'Amministrazione resistente deduce, conclusivamente, di essersi trovata nella sostanziale impossibilità «ad esaminare compiutamente l'istanza». Impossibilità vieppiù aggravata dal fatto che essa sarebbe stata presentata «in fase di conclusione dei lavori», non rendendo «concretamente possibile all'amministrazione la copertura delle somme richieste nei limiti delle risorse e con le modalità di cui all'art. 133, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006».

4. Udite le parti costituite all'udienza pubblica del 5 aprile 2012, la causa veniva quindi trattenuta per la decisione.

DIRITTO

5. L'impresa “Consorzio Stabile Consta soc. cons. p.a.”, odierna ricorrente, quale mandataria del RTI aggiudicatario ed esecutore «dei lavori di realizzazione dei Piazzali di stoccaggio merci D,E,F,G, e zona buncheraggio e opere di ingresso al porto in località Val da Rio a Chioggia», ha chiesto l'annullamento del provvedimento Prot. n. 550/583 del 13 dicembre 2010 con il quale l'Azienda Speciale per il

Porto di Chioggia comunicava di non riconoscere la fattura di € 423.269,33 presentata dalla prima a titolo di compensazione ai sensi dell'art. 1 del d.l. n. 162 del 2008, subordinando in ogni caso il pagamento dell'importo ad un apposito trasferimento della somma in questione da parte del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

6. Il ricorso è fondato.

6.1. L'art. 1, comma 1, del d.l. 23 ottobre 2008 n. 162, convertito in legge con modificazioni dalla legge n. 201 del 2008, prevede che, «per fronteggiare gli aumenti repentini dei prezzi di alcuni materiali da costruzione verificatisi nell'anno 2008, in deroga a quanto previsto dall'articolo 133, commi 4, 5, 6 e 6-bis, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti rileva entro il 31 gennaio 2009, con proprio decreto, le variazioni percentuali su base semestrale, in aumento o in diminuzione, superiori all'otto per cento, relative all'anno 2008, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi». Il medesimo articolo, al comma 4, stabilisce altresì che, «per variazioni in aumento, a pena di decadenza, l'appaltatore presenta alla stazione appaltante l'istanza di compensazione entro trenta giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del decreto ministeriale di cui al comma 1».

6.2. Osserva al riguardo il Collegio, condividendo il principio affermato dalla giurisprudenza anche più recente, che la finalità

primaria della disciplina concernente la revisione dei prezzi è quella di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi relativi a rapporti contrattuali di durata con la P.A. non subiscano, a causa del trascorrere del tempo, una «diminuzione qualitativa per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione» con la «conseguente incapacità del fornitore di farvi fronte» (cf., da ultimo, TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 9 febbraio 2012, n. 244).

6.2.1. Del pari, la disciplina concernente l'istituto della compensazione contenuta, in via generale, all'art. 133, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 nonché, per l'ipotesi speciale dei rialzi dei prezzi avvenuti nel corso del 2008 che riguarda la fattispecie oggetto di giudizio, all'art. 1 del d.l. 162 del 2008, tutela il medesimo interesse pubblico a fronte di variazioni percentuali dei prezzi «di singoli materiali da costruzione» determinate, anziché dal fisiologico fluire del tempo, da «circostanze eccezionali» in quanto tali del tutto imprevedibili.

6.2.2. Proprio in considerazione dell'interesse pubblico che è diretto a soddisfare, il particolare diritto al riequilibrio del nesso sinallagmatico intercorrente fra le controprestazioni dedotte nel contratto derivante dall'istituto *de quo*, da un lato, riveste natura imperativa, non essendo suscettibile di modifiche convenzionali, dall'altro, si riferisce necessariamente a tutti gli appalti, indipendentemente dai criteri di aggiudicazione utilizzati in concreto o dal metodo di pagamento del corrispettivo previsto nel contratto,

non essendo giustificabili, in ragione di essi, disparità di trattamento dinanzi al medesimo effetto di squilibrio derivante dal superamento di una determinata soglia percentuale di variazione in aumento del prezzo del costo dei materiali impiegati dall'appaltatore.

6.2.3. Conseguentemente, non possono essere condivise le difese dell'Amministrazione resistente in ordine alla dedotta inapplicabilità, alla fattispecie contrattuale concretamente posta in essere, della specifica disciplina di cui all'art. 1 del d.l. n. 162 del 2008 su cui si fonda l'istanza di compensazione avanzata nei suoi confronti, in ragione dei criteri in concreto adottati per l'aggiudicazione dell'appalto ovvero ancora del contenuto contrattuale di esso.

6.2.4. In secondo luogo, deve essere respinta anche l'eccezione di tardività dell'istanza di compensazione posto che, secondo il consolidato orientamento espresso dalla giurisprudenza sia amministrativa, sia civile, sia contabile, condiviso dal Collegio, «l'equipollenza della spedizione postale alla presentazione diretta costituisce principio generale, desunto da numerose disposizioni di legge, inteso a sollevare il privato dal rischio di disfunzioni del servizio postale ed a consentirgli l'integrale disponibilità del termine» (così, Cons. St., sez. V, 14 settembre 2010, n. 6678). Pertanto la spedizione avvenuta a mezzo raccomandata in data 5 giugno 2009 dell'istanza *de qua* deve considerarsi inoltrata in tempo utile rispetto al termine decadenziale dell'8 giugno 2009, non rilevando in tal caso la data di ricezione da parte dell'Azienda

destinataria.

6.2.5. Quanto, infine, alla dedotta inammissibilità della domanda a causa di un'asserita carenza del prospetto dettagliato e analitico dei costi per materiali nonché del fatto che essa sia stata avanzata nella fase conclusiva del rapporto contrattuale, è sufficiente osservare che la legge non contempla, quali specifiche cause di inammissibilità, i motivi dedotti dalla resistente. Conseguentemente essi debbono considerarsi influenti in ordine all'operatività dell'istituto e al conseguente obbligo di procedere alla compensazione richiesta, trattandosi di elementi che ben possono essere oggetto di integrazione, ove necessario, anche successivamente alla proposizione in termini dell'istanza.

6.2.6. Peraltro, anche il profilo di pretesa inammissibilità dell'istanza derivante dal fatto di essere stata presentata nel momento conclusivo dei lavori, sì da non rendere «concretamente possibile all'amministrazione la copertura delle somme richieste nei limiti delle risorse e con le modalità di cui all'art. 133, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006», non merita accoglimento.

6.2.7. Il disposto di cui all'art. 1 del d.l. n. 162 del 2008, che disciplina la fattispecie in oggetto, infatti, non considera rilevante, al riguardo, alcun collegamento causale fra il momento della proposizione dell'istanza di compensazione per le variazioni in aumento dei prezzi e la possibilità della relativa soddisfazione, ponendo a tal fine a carico del soggetto appaltatore esclusivamente l'onere del rispetto del

termine di decadenza di trenta giorni a partire dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del decreto ministeriale sulla rilevazione dei prezzi medi.

7. Alla luce delle considerazioni sopra svolte deve riconoscersi il diritto alla compensazione vantato dalla ricorrente e la conseguente illegittimità dell'atto di diniego impugnato.

8. In considerazione della peculiarità delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare le spese fra le parti, fatta eccezione per la parte relativa al contributo unificato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato.

Spese compensate, fatta eccezione per la parte relativa al contributo unificato.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/05/2012

IL SEGRETARIO

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