

Pubblicato il 15/06/2022

**N. 04047/2022 REG.PROV.COLL.
N. 02282/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2282 del 2019, proposto da Services Group s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Olimpia Napolitano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

A.S.L. Napoli 3 Sud, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Rosa Anna Peluso, Giovanni Rajola Pescarini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Regione Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

a) della nota prot. n. 0063085 del 24.4.2019, successivamente notificata, emessa dall'A.S.L. Napoli 3 Sud - U.O.C. Acquisizione Beni e Servizi, in persona del Direttore p.t., avente ad oggetto la reiezione istanza di adeguamento prezzi per il contratto repertorio n. 006 del 28.10.2009 per l'affidamento del servizio di vigilanza e portierato da svolgere nei Presidi

Ospedalieri della ex A.S.L. Napoli 4 (ora A.S.L. Napoli 3 Sud) ad impulso della società Services Group s.r.l.;

b) di ogni altro atto e/o provvedimento preordinato, connesso e conseguente, ivi compresa la nota prot. n. 61424 del 18/04/2018 UOC AA.LL. (Ufficio Affari legali) nonché ogni ulteriore nota, atto e provvedimento, anche non conosciuto, comunque lesivi degli interessi della ricorrente;

- nonché per l'accertamento e la declaratoria del diritto della società ricorrente ad ottenere l'adeguamento, a titolo di revisione prezzi, del costo orario della retribuzione relativa al personale dipendente impegnato nell'appalto per il servizio portierato svolto nei Presidi Ospedalieri della ex A.S.L. Napoli 4 (ora A.S.L. Napoli 3 sud) dal luglio 2010 all'agosto 2014, secondo gli aumenti dei CCNL dipendenti da proprietari di fabbricati – portieri e custodi;

- e per la condanna dell'amministrazione resistente al riconoscimento in favore della Services Group s.r.l., della somma di euro 315.316,79 - come quantificata da perizia di parte - e corrispondente all'aumento dei costi dei CCNL dipendenti da proprietari di fabbricati – portieri e custodi, relativi al personale dipendente per il periodo di proroga contrattuale che va dal luglio 2010 all'agosto 2014 e/o della somma maggiore o minore che si riterrà congrua a ristoro dei maggiori costi sopportati dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'A.S.L. Napoli 3 Sud;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2022 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente premette di aver conseguito nel 2009, in a.t.i. con altre società, l'aggiudicazione dell'appalto triennale per l'affidamento dei servizi di vigilanza e portierato da svolgere presso le strutture territoriali dell'ex A.S.L.

Napoli 4 (ora A.S.L. Napoli 3 Sud) e di aver stipulato il relativo contratto in data 28.10.2009.

Esponde che il servizio è stato svolto fino al 31.8.2014 nelle more dell'espletamento della nuova gara e lamenta di aver sostenuto nel predetto periodo gli aumenti connessi ai costi della manodopera.

Con nota del 12.11.2018 chiedeva alla stazione appaltante la revisione dei prezzi relativamente al costo orario della retribuzione relativa al personale dipendente impegnato nell'appalto per il periodo di proroga ma l'istanza veniva rigettata dall'A.S.L. Napoli 3 Sud con provvedimento in epigrafe, in sintesi, con la seguente motivazione: I) il contratto del 28.10.2009 non conterrebbe specifico riferimento ad una eventuale clausola di revisione prezzi relativamente al costo orario della retribuzione del personale, ma unicamente con riguardo all'adeguamento dei prezzi secondo le tabelle previste dall'Istat – FOI, già riconosciuto dall'amministrazione con provvedimento dirigenziale adottato ai sensi dell'art. 115 del D.Lgs. n.163/2006; II) l'art. 8 del capitolato speciale d'appalto ha previsto che l'amministrazione si riserva la facoltà di apportare modifiche ai turni sia per l'aumento che per la diminuzione delle ore affidate aggiungendo che *“saranno liquidate le sole ore affidate e rese, computate alla tariffa oraria di aggiudicazione (€ 19,99/Vigilanza armata e € 7,55/Portierato, al netto dell'Iva) che rimarrà fissa per tutta la durata dell'appalto”*.

Avverso tale atto insorge la ricorrente che deduce violazione dell'art. 115 del D.Lgs. n. 163/2006, violazione degli artt. 3 e 7 della L. n. 241/1990, eccesso di potere sotto distinti profili.

Ribadisce di aver diritto al predetto adeguamento a causa degli oneri ai quali ha fatto fronte e chiede l'annullamento del provvedimento impugnato ed il conseguente accertamento del proprio diritto al pagamento, a tale titolo, della somma di € 315.316,79 corrispondente all'aumento degli oneri del CCNL di categoria, ovvero della somma maggiore o minore che si riterrà congrua a ristoro dei maggiori costi sopportati.

Si è costituita l'A.S.L. Napoli 3 Sud che eccepisce *in limine* il difetto di giurisdizione di questo T.A.R. in quanto la controversia riguarderebbe una posizione di diritto soggettivo devoluto alla cognizione del giudice ordinario.

Nel merito, l'A.S.L. eccepisce la prescrizione del diritto al compenso revisionale e, in ogni caso, si oppone all'accoglimento del ricorso evidenziando che il contratto stipulato con l'aggiudicataria non riconosceva alcun diritto per la revisione del compenso per la manodopera.

All'udienza del 24.5.2022 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

In via pregiudiziale va affermata la giurisdizione dell'adito Plesso giurisdizionale, dovendosi al riguardo disattendere l'eccezione in rito formulata dalla A.S.L. resistente.

Infatti va osservato che *“Ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. e) n. 2, c.p.a., rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia inerente alla revisione dei prezzi in un contratto qualificabile come appalto pubblico di servizi, atteso che l'art. 244 del Codice dei contratti pubblici, superando la tradizionale distinzione in base alla quale erano devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative al quantum della revisione prezzi e al giudice amministrativo quelle relative all'an debeatur, impone la concentrazione dinanzi alla stessa Autorità giurisdizionale di tutte le cause relative all'istituto della revisione prezzi negli appalti pubblici ad esecuzione continuata o periodica, con conseguente potere del giudice amministrativo di conoscere della misura della revisione e di emettere condanna al pagamento delle relative somme, risultando in tal modo superata la tradizionale distinzione fondata sulla consistenza della situazione soggettiva fatta valere (diritto soggettivo / interesse legittimo)”* (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, n. 5934/2021 e giurisprudenza richiamata; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, n. 62/2022)

Quanto al precedente invocato dall'A.S.L. (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2756/2018), dall'esame della pronuncia si ricava che il criterio di riparto ivi indicato (con devoluzione della cognizione al g.o. allorché l'amministrazione abbia già adottato un provvedimento attributivo della

revisione ovvero abbia tenuto un comportamento comportante implicito riconoscimento del diritto), riguarda i *“casi in cui la normativa applicabile sia quella precedente l’art. 6, comma 19, della legge n. 537 del 1993, come modificato dall’art. 44 della legge n. 724 del 1994, che ha previsto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo...In sintesi, nel periodo precedente la vigenza di tale ultima disciplina, il discrimen tra le due giurisdizioni è costituito dall’esistenza o meno di un provvedimento di riconoscimento del diritto al compenso revisionale proveniente dall’organo deliberativo competente ad esprimere la volontà della p.a...”* (cfr. Consiglio di Stato, sentenza citata); si tratta, dunque, di un indirizzo espresso con riferimento ad un previgente quadro normativo, superato dalla previsione di cui all’art. 133, comma 1 lett. e) n. 2, c.p.a. (*“Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge”* le controversie *“relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell’ipotesi di cui all’articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell’adeguamento dei prezzi ai sensi dell’articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto”*).

Riguardo all’eccezione relativa alla presunta estinzione del diritto alla revisione prezzi per decorrenza del termine di prescrizione, valgano le considerazioni di seguito illustrate.

In applicazione del principio di cui all’art. 2935 c.c., la decorrenza di un termine di prescrizione presuppone l’esistenza di un diritto soggettivo che, nella specie, si perfeziona nella sfera giuridica del contraente solo con la determinazione autoritativa da parte dell’amministrazione di riconoscimento dei presupposti per la concessione del compenso revisionale.

In proposito, giova osservare, sotto il profilo strutturale, che l’istituto della revisione prezzi si atteggia secondo un modello procedimentale volto al compimento di un’attività di preventiva verifica dei presupposti necessari per il riconoscimento del compenso revisionale, modello che sottintende l’esercizio di un potere autoritativo tecnico - discrezionale

dell'amministrazione nei confronti del privato contraente, potendo quest'ultimo collocarsi su un piano di equiordinazione con l'amministrazione solo con riguardo a questioni involgenti l'entità della pretesa. Di conseguenza, la posizione del privato contraente si articolerà nella titolarità di un interesse legittimo con riferimento all'*an* della pretesa ed eventualmente in una situazione di diritto soggettivo con riguardo al *quantum*, ma solo una volta che sarà intervenuto il riconoscimento della spettanza di un compenso revisionale; peraltro tale costruzione, ormai del tutto ininfluyente ai fini del riparto di giurisdizione, mantiene inalterata la sua rilevanza con riferimento alle posizioni giuridiche soggettive del contraente dell'amministrazione proprio per effetto dell'art. 133, lett. e), n. 2), c.p.a., che assoggetta l'intera disciplina della revisione prezzi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La qualificazione in termini autoritativi del potere di verifica della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del compenso revisionale comporta che il privato contraente potrà avvalersi solo dei rimedi e delle forme tipiche di tutela dell'interesse legittimo e, quanto all'aspetto sostanziale, dei principi e delle dinamiche proprie della logica procedimentale. Ne deriva che sarà sempre necessaria l'attivazione, dietro istanza della parte privata, di un procedimento amministrativo nel quale svolgere l'attività istruttoria volta all'accertamento della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del compenso revisionale, compito che, proprio per la configurazione di tipo bifasico dell'accertamento, non potrà mai essere rimesso direttamente in capo al giudice, non potendo questi sostituirsi all'amministrazione rispetto ad un obbligo di quest'ultima di provvedere.

Peraltro va anche rilevato che, al fine di ottenere il compenso revisionale, la parte interessata ha l'onere di attivarsi entro un tempo ragionevole per provocare una decisione dell'amministrazione e tale termine non può essere superiore a quello stabilito per la prescrizione dei diritti di credito.

Ne consegue che, qualora all'esito del procedimento demandato all'amministrazione, venga riconosciuto l'*an* della pretesa di parte ricorrente alla revisione dei prezzi, essa potrà coprire solo il quinquennio anteriore alla notifica del primo atto interruttivo della prescrizione da individuarsi, ai sensi dell'art. 2943 c.c., nella data di notifica della istanza di revisione avanzata dalla società istante (nel caso in esame, richiesta del 12.11.2018) e non anche il periodo anteriore, dovendo applicarsi il termine prescrizionale quinquennale dettato dall'art. 2948 n. 4 c.c., trattandosi di ratei aggiuntivi sul prezzo d'appalto (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 5128/2013; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, n. 7238/2021; Sez. V, n. 969/2017).

Nel merito, il ricorso è fondato.

L'art. 115 del D.Lgs. n. 163/2006 (abrogato dal D.Lgs. n. 50/2016 ma vigente *ratione temporis*) detta una disciplina speciale, circa il riconoscimento della revisione dei prezzi nei contratti pubblici (appalti di servizi e forniture) a esecuzione periodica o continuativa che prevale su quella generale di cui all'articolo 1664 del codice civile.

Si tratta di un meccanismo di gestione delle sopravvenienze idonee ad incidere in modo significativo sull'originario equilibrio contrattuale. In particolare, la clausola di revisione dei prezzi ha la finalità di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa, a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni stesse (incidente sulla percentuale di utile considerata in sede di formulazione dell'offerta), e della conseguente incapacità del fornitore di farvi compiutamente fronte (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2295/2015). Al contempo, si vuole salvaguardare l'interesse dell'impresa a non subire l'alterazione dell'equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi sopraggiunte durante l'arco del rapporto e che potrebbero indurla ad una surrettizia riduzione degli standards qualitativi delle prestazioni (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1337/2018).

Nel caso specifico va dichiarata l'illegittimità del provvedimento impugnato, nella parte in cui esclude la portata operativa del cennato istituto; invero, l'amministrazione non può invocare la previsione contenuta nel contratto d'appalto che non contemplava una specifica clausola di revisione prezzi relativamente al costo orario della retribuzione del personale dipendente impegnato nell'appalto. Al riguardo, giova rammentare che la disciplina in materia di revisione prezzi ha natura imperativa e si impone nelle pattuizioni private modificando e integrando la volontà delle parti contrastante con la stessa, attraverso il meccanismo di cui all'articolo 1339 del codice civile. Conseguentemente le clausole difformi sono nulle, anche se la patologia non investe l'intero contratto, in applicazione del principio *"utile per inutile non vitiatur"*, sancito dall'articolo 1419 del codice civile.

Dalla rilevata illegittimità discende l'annullamento dell'atto reiettivo, non potendo tuttavia essere accolta la richiesta di accertamento del diritto dell'impresa alla misura del compenso revisionale indicato nel ricorso.

Difatti, come anticipato, il riconoscimento del compenso revisionale in favore dell'appaltatore in relazione all'esecuzione di un appalto di durata – come quello per cui è causa - non è correlato ad un diritto soggettivo dell'appaltatore, in quanto l'effettivo riconoscimento del compenso revisionale scaturisce dall'esercizio di un potere autoritativo tecnico - discrezionale dell'amministrazione nei confronti del privato contraente, come del resto palesato dalla circostanza che l'art. 115 del D.Lgs. n. 163/2006 innanzi richiamato rinvia ad un'istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi e pertanto ad un'attività procedimentalizzata, avviabile ad impulso della parte.

Ne discende, quale effetto conformativo della pronuncia, l'obbligo dell'A.S.L. Napoli 3 Sud di determinarsi sulla istanza di revisione dei prezzi (cfr. art. 115 del D.Lgs. n. 163/2006, secondo cui *"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"*) dovendosi ribadire che la

fase istruttoria e quella determinativa della procedura revisionale sono per legge rimesse all'esclusiva competenza della stazione appaltante, alla quale spetta l'adozione del provvedimento finale che riconosce o nega l'aumento dei prezzi senza che, come visto, a tale incombenza possa sopperire il giudice amministrativo con i propri poteri di cognizione, trattandosi di attività tecnico - discrezionale istituzionalmente riservata alla pubblica amministrazione (T.A.R. Lazio, Roma, n. 11737/2017).

Per quanto concerne il calcolo del compenso revisionale, va rilevato che l'art. 115 del D. Lgs. n. 163/2006 contiene apposito rinvio all'art. 7, comma 4, lett. c), e comma 5 del medesimo decreto e detta 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 di appalti di beni e servizi. Tuttavia, si è ritenuto in giurisprudenza che, poiché la disciplina legale richiamata 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, rilevate su base semestrale, la revisione dei prezzi di appalto per ciò che attiene a materiali, beni di consumo ecc. – deve essere operata sulla base degli indici di variazione dei prezzi per le famiglie di operai ed impiegati (c.d. FOI), pubblicati mensilmente dallo stesso Istituto, con la precisazione, tuttavia, che l'utilizzo di tale parametro non esime 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, e segna il limite massimo oltre il quale, salvo circostanze eccezionali che devono essere provate dall'impresa, non può spingersi nella determinazione del compenso revisionale.

Tanto premesso, questo Tribunale rileva in diritto che, pur se l'istituto della revisione prezzi si basa (in linea generale) sulla variazione dell'indice (medio) dei prezzi per le famiglie di operai e impiegati (c.d. indice FOI) mensilmente

pubblicato dall'ISTAT applicato ai costi dei fattori di produzione del servizio erogato in favore delle amministrazioni pubbliche, nel caso di specie, occorre far riferimento, in relazione alla revisione del corrispettivo e per ciò che attiene alla voce specifica del costo del personale - oggetto del presente giudizio - alle variazioni dei parametri salariali previsti nel C.C.N.L. di settore (T.A.R. Puglia, Lecce, n. 1824/2021; n. 655/2016; n. 2424/2013).

La regolazione delle spese di giudizio segue la soccombenza nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - Napoli (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe nei sensi indicati in motivazione.

Condanna l'A.S.L. Napoli 3 Sud al pagamento delle spese di giudizio in favore della società ricorrente che liquida in € 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge e al rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere, Estensore

Maria Grazia D'Alterio, Consigliere

L'ESTENSORE
Gianluca Di Vita

IL PRESIDENTE
Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO

