



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 la Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3366 del 2008, proposto da:
Emilio Giuseppe Risicato, rappresentato e difeso dall'avv. Benedetto
Calpona, con domicilio eletto presso Ignazio Bonaccorsi in Catania,
via S.Maria di Betlemme, 18;

contro

I.A.C.P. - Istituto Autonomo Case Popolari di Messina,
rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Bonanno, con domicilio
eletto presso lo stesso in Messina, e quindi domiciliato ex lege nella
Segreteria del TAR adito;

per l'annullamento

dei provvedimenti (meglio descritti in ricorso) concernenti il diniego
di riconoscimento del prezzo chiuso e per il risarcimento danni ai
sensi dell'art. 96 del c.p.c..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di I.A.C.P. - Istituto Autonomo Case Popolari di Messina;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2011 il dott. Giovanni Milana e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Istituto Autonomo Case Popolari di Messina, con bando pubblicato nella G.U.R.S., indiceva gara, mediante pubblico incanto, per l'affidamento in appalto dei "lavori di recupero del patrimonio edilizio I.A.C.P. di n.1 palazzina per complessivi n.16 alloggi siti in Via Mazzini-Montegrappa – Piave e Crispi nel Comune di Castell'Umberto (ME)", per un importo a base d'asta di Euro 445.298,67.

Il termine per la ricezione dell'offerta scadeva alle ore 9,00 del 16/Febrero/2001 e l'offerta veniva regolarmente presentata dalla ricorrente entro detto termine.

L'I.A.C.P. di Messina consegnava i lavori solamente in data 16/Luglio/2003.

Essendo decorso oltre un anno fra la data fissata per la ricezione delle offerte e la data di consegna dei lavori, la ricorrente con nota

datata 02/08/2005 ha formulato istanza per il riconoscimento ed il pagamento del prezzo chiuso.

L'Istituto Autonomo Case Popolari denegava il riconoscimento del prezzo chiuso, con la motivazione che l'impresa non aveva apposto riserve negli atti di contabilità.

Avverso detto diniego la ditta ricorrente, al fine di ottenerne l'annullamento, nonché la condanna al pagamento del <prezzo chiuso> ha proposto il ricorso 2594/2006 con il quale censurava il provvedimento avverso per violazione dell'art.45 della L.R. n. 21/1985, come novellato dall'art. 57 della L.R. n. 10/1993 –difetto dei presupposti-incongruità della motivazione.

Con sentenza n.538/2007 questo TAR ha accolto il ricorso riconoscendo che nella fattispecie andava applicato il prezzo chiuso previsto dall'art. 45, comma 4, della L.r. n. 21/1985, come novellato dall'art.57 della L.R. n.10/1993, e , per l'effetto ha annullato il diniego impugnato, con conseguente condanna dell'Istituto intimato alla corresponsione del prezzo chiuso in favore della ditta ricorrente.

Con la determina n. 91/2008, l'Istituto intimato ha annullato, in ottemperanza alla sentenza n.538/2007, la determina dirigenziale n. 91 del 2005 impugnata con detto ricorso n. 2594/2006, e con successiva delibera n 93/2008, meglio indicata in epigrafe, in base ad un calcolo effettuato dagli Uffici dell' dall'Istituto, è pervenuto alla conclusione che alla ditta Risicato non sarebbe dovuta alcuna somma.

A detta conclusione l'Istituto intimato è giunto sul postulato che nella fattispecie andrebbe applicato l'art. 1 dell'art. 45 della L.r. n. 21 /1985, come modificato ed integrato dall'art.57, comma 4, dalla L.r. n. 10/1993, sicchè in forza del combinato disposto dei commi 1 e 5 del predetto articolo, atteso che il periodo di dieci mesi - in cui scatterebbe il prezzo chiuso - ricade nel primo anno successivo alla consegna dei lavori, e di conseguenza il corrispettivo dei lavori non sarebbe suscettibile di variazione.

Avverso la determina n. 93/2008 la ditta Risicato con ricorso depositato il 17/12/2008 ha proposto due motivi di gravame con i quali ha formulato le censure di:

- 1) nullità del provvedimento; violazione dell'art. 21 septies della L. n. 241/1990; eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei fatti; erroneità di istruttoria; ingiustizia ed illogicità;
- 2) violazione e falsa applicazione dell'art. 45 della L.r. n. 21/1985 come novellato dall'art. 57 della L.r.n. 10/1993.

Il ricorrente ha concluso chiedendo l'annullamento del provvedimento impugnato e le spese di giudizio ai sensi dell'art. 96 del c.p.c..

L'Istituto Autonomo Case Popolari di Messina, costituitosi in giudizio per avversare il ricorso, ha eccepito il difetto di giurisdizione in capo a questo Giudice Amministrativo adito assumendo la giurisdizione del G.O ed, in subordine, ha chiesto il rigetto del gravame per infondatezza atteso che nella fattispecie andrebbe

applicato l'art. 45, comma 5 della L.r n. 21/1985.

Con memoria depositata in data 2/3/2011 l'Istituto resistente ha ribadito l'eccezione di inammissibilità per carenza di giurisdizione del giudice amministrativo sul rilievo che il vero oggetto del contendere del ricorso in epigrafe non atterrebbe alla materia degli appalti pubblici, ma alla dedotta violazione del giudicato.

Inoltre, nel caso in esame, non sarebbe applicabile, per ragioni temporali, il D.Lgs. n. 163/2006 essendo il relativo contratto di appalto intervenuto in epoca 2002 antecedente all'entrata in vigore del predetto decreto legislativo.

Alla pubblica udienza del giorno 23/3/2011, il ricorso è passato in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente, il Collegio esamina l'eccezione di carenza di giurisdizione formulata dall'Istituto resistente.

L'eccezione è infondata.

Invero, nella materia del prezzo chiuso, oggetto della controversia sottoposta al Collegio, sussiste un consolidato orientamento sul riparto di giurisdizione tra Giudice Amministrativo e G.O. (formatosi anteriormente all'entrata in vigore del D.Lgs. n.163 del 2006 in forza del quale le controversie nella materia de qua sono attribuite in toto alla Giurisdizione del G.A.) che costituisce un corollario del criterio del riparto di giurisdizione tra i due apparati Giurisdizionali. In base a detto orientamento le controversie attinenti

all'an debeatur (sia in materia di prezzo chiuso ,sia in materia di revisione prezzi), in quanto relative all'esercizio di un potere discrezionale della P.A., rientrano nella giurisdizione del G.A.; per contro rientrano nella giurisdizione del G.O., in quanto attinenti a controversie su diritti soggettivi, quelle afferenti all'ammontare del corrispettivo dovuto a titolo di <prezzo chiuso>, la cui spettanza non sia negata dalla P.A. (vedasi in tal senso tra le altre Cassazione civile , sez. un., 15 ottobre 2006 , n. 23072; nonché: T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 30 giugno 2010, n. 2616; sez. IV, 17 giugno 2010 , n. 2359; sez. III, 14 luglio 2009 , n. 1292).

Nel caso di specie la controversia attiene, in realtà, all'an debeatur, atteso che le doglianze del ricorrente sono appuntate avverso un provvedimento che, postulando l'applicazione alla fattispecie del solo comma 1 dell'art.45 della L.r n. 21/1985, finisce con il denegare, in radice, la spettanza (e quindi la corresponsione in toto) del prezzo chiuso .

Nel merito le censure formulate dal ricorrente con il due motivi di ricorso (che vanno esaminate congiuntamente per la loro connessione logica) sono meritevoli di positiva valutazione.

Infatti, e con sentenza n. 538/2007 questo TAR ha annullato il diniego opposto dall'Amministrazione, oggi resistente, di corrispondere all'odierno ricorrente il "prezzo chiuso" condannando l'Istituto Autonomo alla corresponsione del dovuto.

Detta sentenza è passata in giudicato, sicchè l'Istituto avrebbe

dovuto procedere al pagamento delle somme dovuta tale titolo.

Invece, con la determina impugnata si è proceduto ad una ripetizione del diniego di pagamento in base ad una interpretazione della normativa che, in disparte ogni considerazione sulla condivisibilità dell'iter logico giuridico seguito, costituisce sostanzialmente una elusione dell'obbligo di prestare ottemperanza alla sentenza n.538/2007, che espressamente, sul rilievo che nella fattispecie trovassero applicazione il comma 4 ed il comma 5 dell'art.45 della L.r. n. 21/1985 (nel testo novato dall'art 57 della L.r n. 10/1993), ha condannato l'Amministrazione al pagamento del prezzo chiuso in favore dell'odierno ricorrente.

Ciò posto, l'Istituto intimato avrebbe dovuto procedere al calcolo dell'importo dovuto a titolo di prezzo chiuso da corrispondere alla ditta Risicato, in ossequio al giudicato formatosi sulla sentenza, seguendo le modalità di cui ai commi 4 e 5 della L.r. n.21/1985.

L'Istituto ha ritenuto, per contro, di applicare alla fattispecie il comma 1 della predetto articolo 45, ossia la disciplina relativa ai casi in cui il prezzo chiuso sia previsto dal contratto di appalto.

Però, nel caso di specie il prezzo chiuso non era previsto nel contratto, in quanto cancellato per concorde volontà delle parti (come rilevato alla pag. 5 della sentenza n. 538/2007), ma applicabile ad esso in virtù del disposto della L.r. n. 57 n. 10/1993.

Pertanto va considerata illegittima per violazione, e falsa applicazione del più volte richiamato art. 57 della L.r n. 10/1993 (oltre che in

elusiva del giudicato formatosi sulla sentenza 538/2007) l'applicazione alla fattispecie della disciplina di cui al solo comma 1 dell'art. 45 della L.r. n. 21/1985; e la delibera impugnata va annullata con conseguente condanna dell'Istituto resistente al pagamento del prezzo chiuso .

Considerato, altresì, che l'appalto di cui in causa è disciplinato dalla normativa vigente al momento di riferimento del bando di gara (giorno ultimo per la presentazione della offerte 16/2/2001), trova applicazione la disciplina vigente alla data del 16/2/2001 e non la legge nazionale n. 109/1994, che in Sicilia è stata recepita con Legge Regionale n. 7 dell'agosto del 2002.

Il riconoscimento dell'applicazione del prezzo chiuso, secondo quanto disposto dal quarto comma dell'art. 45 L.R. 21/85, nel testo novellato dall'art. 57 della L.R. n. 10/93, ove prevede che :” anche se inizialmente non stabilito, il sistema del prezzo chiuso trovi automaticamente applicazione quando tra il termine di ricezione delle offerte e quello di consegna (anche parziale) dei lavori sia decorso più di un anno”, è stato applicato nella nostra Regione con continuità con specifici metodi di calcolo, fino al recepimento della legge 109/94.

Soltanto a seguito del recepimento da parte della Regione Siciliana della suddetta legge, ed in particolare del quarto comma dell'art. 26 della L. 109/94, è stata introdotta una procedura di calcolo che per la prima volta ha legato il prezzo chiuso alla differenza tra il tasso

d'inflazione reale e quello programmato, con un metodo totalmente differente rispetto a quello applicato fino all'Agosto 2002 nella Regione Siciliana .

Ne segue che, nel caso di specie, l'Istituto resistente dovrà applicare, al fine di calcolare quanto dovuto al ricorrente, la normativa regionale vigente all'introduzione della L.R. n. 7/2002 (secondo le modalità di cui all'art. 45, comma 5, della L.r. n. 21/1985).

In concreto, considerato che la presentazione dell'offerta scadeva il 16.2.2001 e che la consegna dei lavori è avvenuta il 16.7.2003 (ossia con un ritardo ultra-annuale), la PA dovrà quantificare la percentuale da corrispondere tenendo conto del biennio decorso dopo l'offerta, come appunto previsto dal comma 5 dell'art. 45 cit..

Non può rilevare, in contrario, il fatto che il rapporto contrattuale de quo fosse di durata inferiore all'anno.

Invero, come chiaramente enunciato in materia dal Consiglio di Stato (cfr. sez. VI, 09 giugno 2009, n. 3568) nell'appalto a prezzo chiuso, la ratio dell'istituto compensativo non può essere riferita esclusivamente all'esigenza di tutelare l'Amministrazione contro il rischio di aumento dei costi dell'opera e quindi della spesa complessiva; perché il fine dell'istituto è anche quello di rendere attuale, nell'interesse dell'appaltatore, il prezzo contrattuale in base al variare del costo della vita qualora quest'ultimo superi un certo limite di tollerabilità. Ed il T.A.R. Palermo, con sentenza n. 690 del 10.5.2001, ha puntualizzato che, perché possa aversi il fenomeno del

c.d. prezzo chiuso, cioè l'aggiornamento del prezzo nei tempi e misure percentuali previste dall'art. 45, L.R. n. 21/1985, ciò che rileva è il mero ritardo, indipendentemente dalle ragioni che lo hanno provocato e dalla loro imputabilità, o meno, alla stazione appaltante.

Da tali principi sostanzialistici, ispirati all'esigenza della necessaria salvaguardia del sinallagma contrattuale (nell'interesse di entrambe le parti, quella pubblica e quella privata), deriva che, per i rapporti di durata inferiore all'anno, non si può escludere la corresponsione del "prezzo chiuso", ex comma 1 art. 45 cit., allorché, comunque, la PA intercorra in un ritardo ultra-annuale nella consegna dei lavori (come previsto dai commi 4 e 5 del medesimo art. 45).

In altri termini, anche per i contratti di durata infra annuale, ove comunque intercorra un lasso di tempo superiore ad un anno, tra la data dell'offerta e la consegna dei lavori (ex commi 4 e 5 dell'art. 45 cit.), la PA deve corrispondere la percentuale di "aumento sui corrispettivi" prevista dal comma 1 dell'art. 45 L. reg. n. 21/1985, cit..

Sulle somme dovute spettano gli interessi legali - calcolati sulla somma nominale secondo i vari tassi in vigore alla scadenza dei singoli ratei - mentre non spetta la rivalutazione a titolo di "maggior danno", avuto riguardo al fatto che il ricorrente non ha dimostrato la sussistenza di danni da ritardo superiori al tasso dell'interesse legale (c.d. eventuale differenziale tra interesse legale e il maggior danno da svalutazione).

L'Istituto intimato va condannato alle spese di giudizio in favore del ricorrente, nella misura indicata in dispositivo, va , però respinta la domanda di condanna ex art. 96 del c.p.c, formulata dal ricorrente, atteso che nella fattispecie l'Istituto è stato indotto a resistere in giudizio in presenza di un particolare elemento di fatto, ossia la brevità dello sviluppo dei lavori previsto nel programma (dieci mesi); tale da poter far ritenere (seppure erroneamente) che non si potesse corrispondere il corrispettivo per il prezzo chiuso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la determina impugnata ivi indicata, e condanna l'Istituto resistente al pagamento di quanto dovuto a titolo di prezzo chiuso calcolato con le modalità indicate in motivazione.

Condanna l'Istituto resistente al pagamento in favore del ricorrente di Euro 1.500,00 oltre IVA, CPA, e spese generali,

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Gabriella Guzzardi, Consigliere

Giovanni Milana, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/05/2011

IL SEGRETARIO

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