



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato
la seguente

N.3569/09

Reg.Dec.

N. 9371 Reg.Ric.

ANNO 2008

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dalla società Impregilo spa, in persona del
legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso in giudizio dall'avv.
Benedetto Giovanni Carbone ed elettivamente domiciliato unitamente a
quest'ultimo difensore in Roma alla via degli Scipioni n. 288;

contro

il Ministero delle Infrastrutture, in persona del Ministro p.t., rappresentato e
difeso dall'Avvocatura generale dello Stato e domiciliato presso i suoi uffici
in Roma via dei Portoghesi n. 12;

e nei confronti

del Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro p.t.
rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato e domiciliato
presso i suoi uffici in Roma via dei Portoghesi n. 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo per il Lazio Sez. III, n. 5907
del 17 giugno 2009;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti intimato;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla camera di consiglio del 31 marzo 2009 relatore il Consigliere Giulio Castriota Scanderbeg.

Uditi l'Avv. Carbone, e l'Avv. dello Stato Bruni;

FATTO E DIRITTO

1. La società Impregilo spa, operante nel settore delle costruzioni ed affidataria di significative commesse di lavori pubblici, impugna la sentenza di cui in epigrafe, con la quale il TAR del Lazio ha rigettato il ricorso prodotto avverso il Decreto del Ministro delle Infrastrutture del 6.12.2006, con il quale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 26, comma 4, della legge 11.2.1994, n. 109 (disposizione ora sostanzialmente replicata dall'art. 133 comma 3 del D.Lgs. n. 165/2006) è stato rilevato, sulla base dei dati forniti dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, uno scostamento tra inflazione programmata ed inflazione reale non superiore al 2% con riferimento a ciascuno degli anni compresi tra il 1993 e il 2005.

2. A dire dell'appellante, nel respingere il ricorso di primo grado il Tar avrebbe erroneamente individuato la ratio sottesa all'istituto dell'aggiornamento del prezzo contrattuale di cui al citato art. 26 nella esigenza di garantire stabilità e contenimento alle spese delle pubbliche amministrazioni ed avrebbe per tal via erroneamente ritenuto legittimo, anche ai fini della determinazione del tasso inflattivo cui ragguagliare il prezzo d'appalto, il riferimento - operato nel decreto ministeriale impugnato - all'indice FOI redatto annualmente dall'ISTAT per rilevare l'aumento del

costo della vita sulla base dell'aumento dei prezzi al consumo per le famiglie degli impiegati e degli operai.

3. Di qui la riproposizione dei motivi di impugnativa di primo grado, e la deduzione dei vizi di violazione dell'art. 26 della L. n. 109/1994 e dell'art. 133 del d.lgs. 163/2006 anche sulla base del parere reso in data 26.3.2003 dalla Commissione del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti competente in materia di revisione del prezzo contrattuale d'appalto.

4. Si è costituita in giudizio l'amministrazione intimata per resistere all'appello e per chiederne la reiezione.

All'udienza del 31 marzo 2009 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

5. L'appello è infondato e va rigettato.

Giova anzitutto richiamare, in rapida sintesi, il quadro normativo rilevante ai fini della decisione della controversia. L'art. 26, comma 4, della legge 11.2.1994, n. 109 (disposizione ora sostanzialmente replicata dall'art. 133 comma 3 del D.Lgs. n. 165/2006) stabilisce che “per i lavori di cui al comma 3 si applica il prezzo chiuso, consistente nel prezzo dei lavori al netto del ribasso d'asta, aumentato di una percentuale da applicarsi, nel caso in cui la differenza tra il tasso di inflazione reale e il tasso di inflazione programmato nell'anno precedente sia superiore al 2 per cento, all'importo dei lavori ancora da eseguire per ogni anno intero previsto per l'ultimazione dei lavori stessi. Tale percentuale è fissata, con decreto del Ministro dei lavori pubblici da emanare entro il 30 giugno di ogni anno, nella misura eccedente la predetta percentuale del 2 per cento...”. A sua volta, il

richiamato comma 3 del suddetto articolo (ora comma 2 dell'art. 133 del Codice dei Contratti pubblici) prevede che “per i lavori pubblici affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli altri enti aggiudicatori o realizzatori non è ammesso procedere alla revisione dei prezzi e non si applica il primo comma dell'articolo 1664 del codice civile”.

5.1 Premesso che il decreto ministeriale previsto dalla citata disposizione, come condivisibilmente affermato da questa Sezione nella decisione n.5088 del 4 settembre 2006, è ad adozione obbligatoria (e quindi deve essere adottato anche quando il suindicato dato inflattivo differenziale non dovesse superare nell'anno la soglia di rilevanza fissata dalla legge), si tratta di verificare se può ritenersi ragionevole, nel silenzio sul punto della legge, il riferimento all'indice generale FOI, ai fini della rilevazione dell'inflazione reale (e quindi dello scostamento rispetto all'inflazione programmata), per come operata nel decreto ministeriale impugnato in primo grado; o se invece, come prospettato dall'appellante, il coefficiente inflattivo da assumere a parametro di riferimento deve necessariamente essere un dato specifico relativo al settore delle costruzioni (e quindi non un elemento generale di rilevazione dell'inflazione), desumibile se del caso dal DM 11.12.1978 - pubblicato nella Gazz. Uff. 23 dicembre 1978, n. 357 -, recante le tabelle delle quote d'incidenza per le principali categorie di lavori nonché la composizione delle rispettive squadre tipo ai fini della revisione prezzi contrattuali.

Il Tar ha ritenuto pienamente legittima la scelta ministeriale di far riferimento ad indici inflattivi di carattere generale (quale appunto l'indice FOI) sulla base di argomenti che così possono riassumersi: 1) non vi è

nessuna disposizione che vincoli o solo faculti il Ministero a riferirsi al tasso di inflazione relativo al comparto delle costruzioni e non a quello generale;

2) nei documenti programmatici (in particolare nel DPEF) il tasso di inflazione programmata è calcolato con riferimento ad indici di carattere generale (NIC o FOI) ed è quindi logico e ragionevole pensare che anche il dato relativo all'inflazione reale debba essere tratto sulla scorta di un indice che faccia leva sugli stessi parametri;

3) se il legislatore avesse voluto riferirsi al tasso di inflazione di un determinato comparto lo avrebbe fatto espressamente (come in materia di revisione dei prezzi nel settore delle forniture e dei servizi o degli stessi lavori, negli stretti limiti in cui tale istituto trova ingresso in tale ambito);

4) una interpretazione della disposizione nel senso prospettato dalla parte ricorrente avrebbe snaturato l'istituto dell'adeguamento alla inflazione nell'appalto a <prezzo chiuso>, introducendo surrettiziamente la revisione del prezzo ben oltre i limiti in cui la stessa è attualmente consentita;

5) non sussistono dubbi di legittimità costituzionale in una disciplina normativa che faccia riferimento, ai fini che qui interessano, al tasso di inflazione reale desunto da parametri generali anziché settoriali , né è vincolante il parere n. del 26.3.2003 della Commissione Ministeriale per la revisione dei prezzi contrattuali delle opere pubbliche, nella parte in cui si sarebbe pronunciato per la opportunità di far riferimento ad indici settoriali.

5.2 L'appellante censura la gravata sentenza, contestando anzitutto la lettura interpretativa offerta dai giudici di primo grado in ordine alle stesse finalità avute di mira dalla disciplina dell'appalto a prezzo chiuso di tipo

<non puro> (quale appunto quello delineato dall'art. 26 comma 4 della l. 109/94, ed oggi dall'art. 133 del d.lgs. 163/06).

Il Collegio condivide il rilievo dell'appellante secondo cui, nell'appalto a prezzo chiuso, la *ratio* dell'istituto compensativo di cui si discorre non può compendiarsi unicamente, come sembrerebbe dedursi dalla impugnata sentenza, nell'esigenza di tutelare l'Amministrazione contro il rischio di scompensi nella erogazione della spesa. Non par dubbio, infatti, che l'istituto, oltre che della stabilizzazione della spesa pubblica, partecipi soprattutto della finalità di attualizzare, nell'interesse dell'appaltatore, il prezzo contrattuale al mutamento del costo della vita ove lo stesso superi, nel tempo necessario all'esecuzione del contratto, un certo limite di tollerabilità. Non può, tuttavia, essere integralmente condivisa la lettura della *ratio* dell'istituto che offre l'appellante, lì dove lo stesso si spinge a ipotizzare che l'esigenza avuta di mira dal legislatore sarebbe essenzialmente quella di riequilibrare il sinallagma contrattuale tra le parti, con la conseguenza di dover necessariamente far riferimento, ai fini dell'aggiornamento del prezzo, ad un indice rivalutativo specifico del settore delle costruzioni. Se così fosse, come si dirà tra breve, non avrebbe senso una distinta e compiuta disciplina dell'istituto revisionale, questa sì ragguagliata espressamente alle variazioni percentuali annuali dei singoli prezzi dei materiali da costruzione oltre che della manodopera ed evidentemente finalizzata a riequilibrare il rapporto sinallagmatico delle prestazioni delle parti (peraltro anche in favore della amministrazione aggiudicatrice in ipotesi di diminuzione qualificata dei prezzi).

5.3 A parer del Collegio, se in linea di principio può affermarsi che nell'istituto dell'appalto a prezzo chiuso si compendiano anche intuibili esigenze di contenimento dei costi delle amministrazioni appaltanti e di stabilizzazione della spesa pubblica, la finalità principale avuta di mira dal legislatore, attraverso l'ancoraggio del prezzo contrattuale alla indicata soglia <qualificata> di inflazione, è stata invece quella di prevedere un meccanismo di normale rivalutazione del prezzo contrattuale, al fine di mantenere pressoché inalterato nel tempo il potere d'acquisto della moneta nello stesso espressa. Di qui la necessità di un meccanismo rivalutativo del prezzo che renda la corrispondente obbligazione pecuniaria gravante sulla stazione appaltante, quantomeno entro certi limiti, suscettiva di essere attualizzata, sia pur nell'ambito di un rigido e forfettizzato criterio affidato ai rilevamenti annui dell'inflazione da parte del competente Ministero delle Infrastrutture.

6. Se, dunque, la finalità del meccanismo di adeguamento del prezzo è dunque quella di consentire, entro certi limiti, di conservare nel tempo il valore del compenso da percepire da parte dell'appaltatore, per il caso che, a fronte di un significativo aumento dell'inflazione reale (e di una conseguente diminuzione del potere di acquisto della moneta), il prezzo contrattuale sia divenuto meno remunerativo di quanto non lo fosse *ab origine*, ne viene che, già in base a tale corretta ricostruzione dell'istituto, non appare censurabile la determinazione della Amministrazione di calcolare lo scostamento tra i due indici inflattivi sulla base dell'indice FOI.

Infatti, l'individuazione nella *ratio* dell'istituto (anche) di un interesse diverso rispetto a quello –evidenziato dal Tar - proprio del

contenimento e della regolarità nella erogazione della spesa pubblica (che pur sussiste), non sposta la soluzione del problema; che, come anticipato, va in questa sede riproposta, pur con le precisazioni che si sono dette e con quelle che seguiranno, nei termini già esposti dal Tar nella sentenza impugnata.

In aggiunta alle ricordate delle considerazioni in ordine alla *ratio* dell'istituto, a sostegno della plausibilità della opzione seguita, con l'avallo dei primi giudici, dalla amministrazione soccorrono a parer della Sezione almeno due argomenti, entrambi assolutamente dirimenti, già messi in rilievo nella gravata decisione (ma che qui necessitano di una più compiuta esplicitazione).

7. Anzitutto appare insuperabile il dato letterale, e la consequenziale interpretazione della *voluntas legis* che sul quel dato è giocoforza ricostruire. Tutte le volte in cui il legislatore ha voluto fare riferimento, in materia di appalti pubblici, ad un indice specifico per l'aggiornamento del prezzo contrattuale, lo ha detto espressamente (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*). Così, in materia di lavori, la revisione del prezzo è eccezionalmente ammessa (cfr. art. 133 cit. commi 4 e 6, ma già art. 26 comma 4 bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109 per come introdotto dal comma 550 dell'art. 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311) quando, per effetto di circostanze imprevedibili, il prezzo di singoli materiali da costruzione subisca variazioni in aumento o in diminuzione superiori al 10 per cento rispetto al prezzo rilevato ciascun anno dal Ministero delle infrastrutture; qui è espressamente indicato che il decreto ministeriale debba rilevare ogni anno le oscillazioni percentuali dei più significativi materiali

da costruzione. Così, nei contratti d'appalto relativi a servizi e forniture, già l'art. 44 della legge n. 724/94, modificando l'art. 6 comma 4 legge n. 537/93, stabiliva (oggi analoga previsione la si rinviene nell'art. 115 d.lgs. 163/06) che tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa devono recare una clausola di revisione periodica del prezzo condotta sulla base dei prezzi di mercato dei principali beni e servizi acquisiti dalle pubbliche amministrazioni rilevati ed elaborati dall'ISTAT.

Nel caso dell'istituto all'esame, il legislatore ha rimesso alla potestà del Ministero delle infrastrutture di rilevare annualmente lo scostamento tra tasso d'inflazione programmato e tasso di inflazione reale, senza altro aggiungere in ordine ai parametri cui far riferimento per tale determinazione. Nel silenzio sul punto della legge appare al Collegio non irragionevole la scelta ministeriale di legare detto tasso inflattivo ad un parametro di indubbia rilevanza generale, in quanto utilizzato dall'ISTAT per rilevare l'andamento della inflazione reale del Paese; e cioè l'indice FOI, espressivo dell'andamento dei prezzi al consumo per le famiglie degli impiegati e degli operai.

8. In secondo luogo, in aggiunta al dato interpretativo letterale che si è appena richiamato, appare al Collegio di univoca valenza interpretativa, il rilievo secondo cui l'utilizzazione di indici settoriali , riferiti ai prezzi dei materiali da costruzione, è già a base - come si è anticipato - all'opzione legislativa in tema di eccezionale applicazione dell'istituto revisionale (in deroga al generale divieto di cui all'art. 133 comma 2 del d.lgs. 163/06, già contenuto nel più volte citato art. 26 della l. 109/94).

Di tal che, una duplicazione del meccanismo di adeguamento automatico del prezzo chiuso (di cui al terzo comma del citato art. 133) sulla base dei medesimi indici di riferimento utilizzabili per la revisione si risolverebbe in una inammissibile espansione di tale istituto ben oltre i limiti applicativi in cui lo ha attualmente relegato il legislatore nazionale, in un quadro di generale e tendenziale divieto di far luogo a revisione del prezzo contrattuale negli appalti di lavori pubblici.

8.1 Né argomenti interpretativi utili a sostegno delle ragioni della parte appellante potrebbero trarsi dai contenuti della novella introdotta di recente al più volte menzionato art. 133 (ci si riferisce al comma 1 bis, per come aggiunto dal comma 1 dell'art.2 del d.lgs. 11 settembre 2008 n. 152).

Non vi è dubbio che la disposizione, concretandosi nella possibilità per l'appaltatore di ottenere delle anticipazioni sui pagamenti relativi ai materiali da costruzione, si inserisce tra i tentativi volti a mitigare gli effetti della eccezionale lievitazione (verificatasi essenzialmente nel corso del 2008) di tali materiali.

Ma altrettanto indubbio è che tutti i tentativi volti ad intervenire con specifiche disposizioni a suffragio del settore si rivelano assolutamente neutri ai fini della soluzione della questione controversa nel presente giudizio, e comunque non autorizzano conclusioni favorevoli alla interpretazione patrocinata dall'appellante. Gli stessi infatti dimostrano che, ferme restando le finalità dell'adeguamento del prezzo contrattuale agli aumenti generalizzati del costo della vita ed ai parametri inflattivi che l'andamento di tale costo registrano, quando il legislatore ha voluto fare espresso riferimento agli indici di un certo settore, o comunque quando ha

voluta disciplinare un certo istituto (nella specie, l'eccezionale anticipazione di talune voci del prezzo) lo ha fatto con scelta chiara ed univoca; il che rende ulteriormente ragione della correttezza della qui contestata scelta ministeriale di ancorare ad un indice generale di rilevazione del tasso di inflazione reale (quale appunto l'indice FOI) il meccanismo di adeguamento del prezzo contrattuale previsto dal più volte citato terzo comma dell'art. 133 (già art. 26 L. 109/1994).

Alla luce delle svolte considerazioni, e del loro carattere assorbente ai fini decisorii, nessuna consistenza potrebbe annettersi alla argomentazione difensiva che fa leva sui contenuti (espressi peraltro in termini meramente indicativi) del parere reso in data 26.3.2003 dalla Commissione del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti competente in materia di revisione del prezzo contrattuale d'appalto, di cui peraltro non è contestato il carattere esogeno rispetto al procedimento finalizzato alla determinazione del prezzo chiuso.

9. Manifestamente inammissibile, infine, risulta la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 26 comma 4 L. 109/94 (ovvero dell'art. 133 del d.lgs. 163/06) sollevata già in primo grado in relazione agli artt. 3 e 36 della Cost. ed in questa sede riproposta dall'appellante.

La questione è stata prospettata, in via estremamente subordinata, per il caso che questo Collegio intenda uniformarsi alla lettura interpretativa delle disposizioni più volte richiamate già offerta dalla Amministrazione e dal Tar, così disattendendo la interpretazione per converso prospettata dall'appellante.

Senonchè, posta in tali termini, la questione è palesemente inammissibile. La stessa società appellante infatti conviene sul fatto che non si tratterebbe di una illegittimità costituzionale della normativa in sé, di cui sarebbe possibile (ed anzi doverosa) una interpretazione costituzionalmente compatibile, ma della sua erronea interpretazione che ne avrebbe dato il Tar e, in generale, che potrebbe darsene in sede giurisdizionale.

Ma in tal modo si trasforma surrettiziamente il giudizio costituzionale in un non pertinente giudizio di ultima istanza sulla corretta interpretazione di una certa normativa (sulla falsariga del giudizio dinanzi alla Corte di cassazione, cui compete una funzione di nomofilachia estranea invece ai compiti della Corte costituzionale), ciò che risulta evidentemente al di fuori degli ambiti cognitori del Giudice delle leggi; il cui giudizio di legittimità deve riguardare una legge (o un atto ad essa equiparato) e non una sua interpretazione giurisprudenziale peraltro neppure rappresentata (giacchè non sufficientemente consolidata) a guisa di <diritto vivente >.

Da ultimo, a voler riconnettere valenza appellatoria alla prospettata questione di costituzionalità, nel senso di ritenerla a guisa di motivo di ricorso fondato sulla portata conformativa, nella interpretazione delle disposizioni di legge più volte richiamate, dei suddetti valori costituzionali, valgono a superare il motivo di doglianza così articolato le argomentazioni ostative già svolte sul punto dai primi giudici a sostegno della loro decisione reiettiva. In particolare, non appaiono pertinenti i riferimenti agli artt. 3, 41 e 36 della Costituzione, ed ai principi compendati in dette disposizioni costituzionali, di cui non a ragione si paventa la lesione nella ipotesi in cui – come correttamente ritenuto dalla Amministrazione – si assume l'indice FOI

quale parametro cui ragguagliare il tasso di inflazione utile al computo dell'adeguamento del prezzo contrattuale, secondo quanto prescrive l'art. 26 comma 4 della legge n. 109/94 e l'art. 133, comma 3, del D.Lgs. n. 163/06. Anzitutto, la diversa natura degli istituti oggetto di regolazione normativa in relazione ai quali è stata prospettata la lesione dell'art. 3 Cost. (adeguamento del prezzo contrattuale sulla base dello scostamento tra inflazione reale e inflazione programmata, ove superiore all'alea del 2%; revisione del prezzo in ipotesi eccezionali di aumento o diminuzione dei prezzi dei singoli materiali da costruzione superiore al 10%, obbligo di aggiornamento dei prezzi, con particolare riferimento alle voci di elenco correlate a quei prodotti destinati alle costruzioni) dà conto della insussistenza del primo presupposto necessario a configurare, sia pur in astratto, una violazione del principio costituzionale di uguaglianza: la medesimezza delle situazioni da regolare e la irragionevolezza del distinto regime regolativo. Si è già argomentato a sufficienza in punto di natura e finalità dell'istituto per cui è causa rispetto ai distinti istituti della revisione contrattuale (differenza che la stessa parte appellante coglie nella sua pienezza) nonché dell'aggiornamento dei prezzi del materiale da costruzione (che evidentemente non può che essere condotto sulla base degli indici di settore).

Quanto alla ipotizzata lesione degli art. 36 e 41 della Costituzione, valgano le seguenti brevi considerazioni. Come correttamente ritenuto dal Tar, l'art. 36 Cost. si riferisce alla retribuzione del lavoratore e non riguarda gli appalti delle pubbliche amministrazioni, le cui modalità remunerative incidono semmai su problematiche relative alle attività e alle prerogative

imprenditoriali. Inoltre, non è ipotizzabile dalla interpretazione delle disposizioni più volte citate nel senso qui ritenuto immune dai vizi dedotti, una qualche lesione delle relative garanzie costituzionali, in presenza di vicende ed alee contrattuali comunque liberamente accettate ed a fronte di istituti rispondenti, come si è detto, a generali esigenze di adeguamento limitato dei corrispettivi contrattuali e di contenimento delle spese. Inoltre, correttamente il primo giudice ha ritenuto che la normativa denunciata va ora vista nel suo complesso, sistematicamente raccordata alle disposizioni di cui ai commi 4, 5, 6 e 7 dell'art. 133 del D.Lgs. n. 163/06, risultandone il sistema, per effetto della possibilità di una limitata revisione dei prezzi in presenza di aumenti eccezionali dei materiali da costruzione e di un adeguamento contrattuale legato a parametri inflattivi generali, sicuramente incensurabile sotto il profilo della discrezionalità legislativa e del temperamento tra le diverse esigenze in gioco.

In definitiva, l'appello va respinto. Ma la particolarità della questione trattata giustifica la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello in epigrafe, lo rigetta e per l'effetto conferma l'impugnata sentenza.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso a Roma, in palazzo Spada, oggi 31 marzo 2009, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione sesta, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Claudio Varrone	Presidente
Paolo Buonvino	Consigliere
Maurizio Meschino	Consigliere
Roberto Garofoli	Consigliere
Giulio Castriota Scanderbeg	Consigliere est.

Presidente

CLAUDIO VARRONE

Consigliere

Segretario

GIULIO CASTRIOTA SCANDERBEG STEFANIA MARTINES

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 9/06/2009

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

p. Il Direttore della Sezione

GIOVANNI CECI

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria