



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 483 del 2009, proposto da: Impresa Ecologia di Busso Sebastiano srl, rappresentata e difesa dagli avv. Harald Bonura e Dorotea Altobello, con domicilio eletto presso Harald Bonura, a Catania, viale XX Settembre 70;

contro

Comune di Comiso e ATO Ragusa Ambiente spa, non costituiti,

per l'accertamento

dell'illegittimità del silenzio mantenuto dal Comune sull'istanza di revisione prezzi presentata dalla ricorrente in data 22.08.2008, in relazione all'appalto del servizio di raccolta e smaltimento rifiuti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10/03/2009 il dott. Dauno Trebastoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

L'impresa ricorrente è affidataria del servizio integrato di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani e similari nel territorio del Comune di Comiso (determinazione dirigenziale di aggiudicazione definitiva n. 73 del 16.04.2007).

Il servizio – il cui costo a base d'asta era previsto in € 4.585.686,26, e su cui la ditta ha praticato il ribasso del 12,60% – è stato aggiudicato per l'importo netto finale di € 3.985.165,79, come da contratto del 03.10.2007.

Il contratto, come pure il capitolato speciale di appalto, non contiene alcuna clausola di revisione dei prezzi, e la durata del servizio è stata fissata in due anni.

In data 22 agosto 2008, e quindi in costanza di espletamento del servizio, l'impresa ricorrente ha inviato al Comune apposita istanza di revisione prezzi.

In particolare, la ricorrente ha chiesto, “ai sensi del D.Lgs. n. 163/2006, art. 115, che l'appalto in oggetto venga aggiornato, a seguito del rinnovo contrattuale sottoscritto in data 5 aprile 2008 per i lavoratori dell'Igiene Ambientale pubblica/privata e sulla base degli incrementi retributivi previsti per il biennio 2007/2008, dell'aumento mensile del costo del personale...”.

Trascorsi oltre cinque mesi dall'inoltro dell'istanza, senza che il Comune abbia neppure fornito alcuna risposta, il 31.01.2009 la ricorrente ha notificato il ricorso in esame, depositato il successivo 13.02, chiedendo una pronuncia dichiarativa dell'illegittimità del silenzio del Comune, con il conseguente ordine di pronunciarsi.

Il Comune non si è costituito, come pure l'ATO, anch'essa intimata in giudizio.

Infatti, in data 07.03.2005, tra l'ATO Ambiente spa di Ragusa – ormai deputata alla gestione del servizio in oggetto, ai sensi del D.Lgs. 05.02.97 n. 22, ora abrogato dal D.Lgs. 03.04.2006 n. 152, recante “Norme in materia ambientale” – ed il Comune di Comiso è stato stipulato un contratto di servizio, con il quale è stata affidata all'ATO la gestione integrata dei rifiuti.

Con nota n. 23633 del 20.07.2006 l'ATO Ambiente ha comunicato al Comune l'impossibilità di effettuare il bando unico per la gestione integrata dei rifiuti in ambito provinciale, ed ha autorizzato il Comune di Comiso ad esperire gara per l'affidamento di tale servizio.

Quest'ultimo ha quindi espletato la relativa procedura di gara, all'esito della quale, in data 3 ottobre 2007, tra la ricorrente e la citata ATO Ambiente è stato stipulato il relativo contratto di appalto.

Alla Camera di Consiglio del 10 marzo 2009 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato, e quindi da accogliere.

Il giudizio camerale previsto dall'art. 21-bis della L. 1034/71, introdotto dall'art. 2 della L. 205/2000, finalizzato alla decisione dei ricorsi "avverso il silenzio dell'amministrazione", è legato alla previsione dell'art. 2, comma 1, della L. n. 241/90, ovvero dell'art. 2, comma 1, della L.R. n. 10/91, il quale ha sancito l'obbligo per ogni Amministrazione, nel caso in cui il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, di concluderlo "mediante l'adozione di un provvedimento espresso".

Vale a dire che, nelle fattispecie di silenzio, il giudice è chiamato ad accertare la sussistenza di un obbligo dell'Amministrazione a provvedere sull'istanza dell'interessato, a fronte di una sua posizione qualificata a chiedere un certo provvedimento.

Inoltre, secondo quanto previsto dal citato art. 2 della L. 241/90, come modificato dall'art. 3, comma 6-bis, D.L. 14 marzo 2005 n. 35, conv. in L. 14 maggio 2005 n. 80, "il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza".

Sebbene non possa ritenersi che la citata disposizione abbia introdotto un vero e proprio giudizio di merito, che consenta quindi al giudice di verificare la fondatezza della pretesa sostanziale anche nei casi di attività amministrativa discrezionale pura, tuttavia è da ritenere che tale sindacato sia possibile, quanto meno nelle ipotesi in cui si tratti di attività vincolata (nel senso della giurisdizione di merito, e quindi del riconoscimento di ampi poteri al giudice amministrativo, cfr. Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., Sez. Giurisdiz., 4 novembre 2005 n. 726).

Nel caso in esame, il Collegio ritiene non soltanto che sussista l'obbligo per l'Amministrazione di pronunciarsi, ma anche di farlo nel senso richiesto dalla ricorrente.

Infatti, in generale, la ricorrente vanta un preciso interesse, giuridicamente rilevante, ad ottenere una pronuncia con la quale l'Amministrazione, esercitando il potere attribuitole dalla legge, conceda oppure neghi il richiesto beneficio. Mantenendo il silenzio su tale richiesta, quindi, l'Amministrazione è venuta meno

ad un proprio preciso dovere giuridico, legato comunque all'obbligo di concludere il procedimento "mediante l'adozione di un provvedimento espresso".

Ma anche per quanto riguarda il merito della questione, le pretese della ricorrente sono fondate.

Infatti, alla fattispecie in esame trova applicazione la norma del D.Lgs. n. 163/2006 ("codice dei contratti pubblici") contenuta nell'art. 115 ("adeguamenti dei prezzi"), ai sensi del quale "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".

La norma citata, che riproduce peraltro il contenuto di identiche disposizioni precedenti, prescrive tassativamente l'obbligo di inserimento della clausola di revisione periodica dei prezzi in tutti i contratti ad esecuzione periodica e continuativa; pertanto, la natura cogente e inderogabile di tale prescrizione fa sì che nei casi in cui la clausola citata non sia stata inserita, operi il meccanismo di cui all'art. 1339 c.c., con conseguente inserzione automatica della clausola (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 14 febbraio 2002 n. 567; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 23 maggio 2006 n. 2958; vedi anche T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 22 giugno 2007 n. 1092, per la precisazione che tale norma imperativa si impone sulle pattuizioni delle parti, modificandone ed integrandone la volontà contrastante con la stessa; ne consegue che le clausole difformi contenute nei contratti della tipologia presa in considerazione sono nulle per contrasto con norma imperativa, e la nullità non investe l'intero contratto, in applicazione del principio utile per inutile non vitiatur di cui all'art. 1419 c.c., ma colpisce la clausola contrastante con la norma considerata).

Mantenendosi inerte sul descritto obbligo, quindi, l'Amministrazione è venuta meno ad un proprio preciso dovere giuridico, legato sia all'obbligo di concludere il procedimento "mediante l'adozione di un provvedimento espresso", che a quello di aggiornare i prezzi contrattualmente stabiliti.

Nei termini precisati, il ricorso può pertanto ritenersi fondato, e meritevole di accoglimento, per cui va dichiarato l'obbligo del Comune e dell'ATO Ragusa Ambiente spa, ognuno per le rispettive competenze, di provvedere sull'istanza della ricorrente, nel senso previsto dalla norma di legge citata, entro il termine di trenta giorni dalla data di notificazione della sentenza ad opera di parte, o dalla sua comunicazione in via amministrativa.

Decorso infruttuosamente tale termine, ai medesimi adempimenti provvederà in via sostitutiva un commissario ad acta, individuato nella persona dell'arch. Sebastiano Alesci, Responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Aidone (En).

Alla scadenza di tale termine, il Commissario provvederà, sotto la sua personale responsabilità, entro il successivo termine di giorni 60, adottando tutti gli atti ritenuti necessari.

I provvedimenti di liquidazione legati agli impegni di spesa necessari, ed i conseguenti mandati di pagamento – che il commissario potrà emettere egli stesso, e trasmettere direttamente all'istituto tesoriere, presso il quale avrà nel frattempo depositato la propria firma – dovranno trovare esecuzione con priorità rispetto a tutti gli altri provvedimenti del Comune.

Una volta espletate tutte le operazioni, il commissario invierà a questa Sezione una dettagliata relazione sugli adempimenti realizzati e sull'assolvimento del mandato ricevuto.

Il Collegio ritiene inoltre opportuno precisare che:

l'Istituto tesoriere non può rifiutarsi di far depositare al commissario la propria firma;

nel caso di mancanza di liquidità (cassa), l'Istituto tesoriere dovrà trattenere i mandati di pagamento, e provvedere al pagamento con priorità via via che dovessero pervenire incassi a favore del Comune, fino al totale soddisfo;

dal punto di vista degli obblighi gravanti sull'Istituto tesoriere, agli effetti penali il servizio di tesoreria gestito da un'azienda di credito è da considerare pubblico (cfr. Cass. Pen. Sez. VI, 12 aprile 1991), e i soggetti che gestiscono il servizio sono da ritenere a tutti gli effetti incaricati di pubblico servizio (anche ai sensi di quanto previsto dall'art. 328 c.p. – “rifiuto di atti d'ufficio. Omissione”), con la conseguenza che essi sono tenuti a consentire al commissario ad acta – nominato dal TAR per l'ottemperanza ad una sentenza rimasta ineseguita proprio dall'Ente per conto del quale il servizio viene svolto – di svolgere tempestivamente il proprio compito, senza frapporre inerzia o ostacoli di sorta;

nei casi più gravi di mancato adempimento da parte dell'Amministrazione, come da parte dell'Istituto tesoriere, all'obbligo di rendere possibile l'attività del commissario, il giudice amministrativo potrà disporre l'intervento della forza pubblica (cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, n. 2399/1995).

Le spese seguono la soccombenza, e liquidate in dispositivo, mentre il compenso del commissario, da calcolare ai sensi dell'art. 12 D.M. 30.05.2002 e degli artt. 49 ss. D.P.R. 30.05.2002 n. 115, sarà liquidato con separato decreto, previa presentazione da parte del commissario, a mandato espletato, di apposita nota specifica delle spese, contenente anche l'indicazione della misura degli onorari spettanti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia – Sezione staccata di Catania – Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie, nei termini di cui in motivazione, e per l'effetto dichiara illegittimo il silenzio tenuto dal Comune di Comiso sull'istanza della ricorrente, ed ordina al Comune ed all'ATO Ragusa Ambiente spa, ognuno per le rispettive competenze, di provvedere sulla stessa, nei termini indicati in premessa.

Delega, in caso di ulteriore inadempienza, l'arch. Sebastiano Alesci, Responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Aidone (En), quale commissario ad acta, affinché provveda, entro ulteriori giorni 60 dalla scadenza del termine assegnato, ad eseguire la sentenza.

Condanna Comune ed ATO, in solido tra loro, al pagamento delle spese di giudizio nei confronti della ricorrente, che si liquidano in complessivi € 2.500,00, di cui € 300,00 di spese, oltre IVA e CPA come per legge, e rimborso spese generali del 12,50%.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 10/03/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente FF

Giovanni Milana, Consigliere

Dauno Trebastoni, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/04/2009

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

IL SEGRETARIO