

Pubblicato il 30/08/2017

N. 04204/2017 REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2129 del 2017, proposto dalla Gpn Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Donatello Esposito e Gemma Trombetta, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Napoli, Trav. M. Pietravalle, n. 20;

contro

il Comune di Brusciano, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito in giudizio;

per

l'accertamento e la dichiarazione della illegittimità del parere espresso dal Responsabile dell'Area 8 del Comune di Brusciano del 30 marzo 2017 in quanto integrante inerzia procedimentale e provvedimento imputabile alla p.a. la quale ha omesso di attuare in via amministrativa la obbligatoria istruttoria revisionale prescritta dalle norme di natura imperativa di cui artt. 115 e 7 d.lgs. 163/2006 e di concludere il procedimento amministrativo con un provvedimento espresso;

l'accertamento e la dichiarazione della illegittimità del silenzio-inadempimento imputabile all'ente resistente in ordine alla istanza revisionale inoltrata dalla ricorrente in data 14 marzo 2017 per la mancata attivazione dell'istruttoria revisionale;

l'accertamento e dichiarazione della nullità, ex artt. 1419 e 1339 c.c., dell'art. 12 del contratto di appalto rep. 4849/2012 nella parte in cui esclude la revisione del prezzo;

l'accertamento e la dichiarazione della fondatezza della istanza del 14 marzo 2017 ovvero del diritto della GPN srl a conseguire il compenso revisionale nella misura piena (adeguamento Istat-Foi e Tabelle Fise) quantificato in € 144.225,18 per tutto il periodo di vigenza contrattuale dal luglio 2012 sino al luglio del 2016 (rep. 4849/2012) e successive proroghe (determinazioni nn. 418, 519, 594, 683, 737, 808 del 2016 e 46, 125 del 2017) e come da conteggio allegato alla istanza revisionale, oltre all'adeguamento del canone contrattuale per l'anno 2017 con conseguente condanna dell'ente resistente ad avviare e eseguire la istruttoria revisionale dovuta e ad adottare il conseguente provvedimento espresso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 luglio 2017 la dott.ssa Brunella Bruno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 11 maggio 2017 e depositato il successivo 26 maggio la società Gpn Srl ha agito avverso l'atto del 30 marzo 2017 del Responsabile dell'Area 8 del Comune di Brusciano con il quale è stata espressa una valutazione negativa in merito alla richiesta del compenso revisionale relativamente al contratto di appalto n. 4849/2012, inerente all'affidamento del servizio per la raccolta differenziata e trasporto rsu, spazzamento stradale e servizi connessi per un periodo di anni quattro, nonché per l'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione sulla istanza suddetta e del proprio diritto alla revisione dei prezzi, previa declaratoria di nullità dell'art. 12 del prefato contratto di appalto nella parte in cui esclude la revisione del prezzo, con conseguente condanna dell'amministrazione a provvedere secondo quanto specificato in epigrafe.

A sostegno del ricorso la ricorrente ha dedotto in punto di fatto:

che con determinazione n. 395/2011 del 18 maggio 2011 è stata indetta la gara per l'affidamento del servizio per la raccolta differenziata e trasporto rsu, spazzamento stradale e servizi connessi per un periodo di anni quattro, con un impegno di spesa complessiva di € 5.557.138,28 oltre iva al 10% ovvero per un canone mensile di € 115.773,71 sempre al netto dell'iva nella misura del 10%;

che con determinazione n. 209/2012 il servizio è stato aggiudicato alla GPN srl per un periodo di anni quattro decorrenti dal perfezionamento del passaggio di cantiere;

che nel maggio del 2012, le parti hanno sottoscritto il contratto di appalto n. 4849/2012, con avvio del servizio in data 9 luglio del 2012;

che con determinazione n. 375/2016 l'amministrazione ha indetto una nuova gara per l'affidamento del servizio e nelle more del relativo svolgimento, al fine di garantire la continuità del servizio medesimo, con successive determinazioni del 2016 e 2017 ha disposto reiterate proroghe sicché, allo stato, il servizio è ancora in esecuzione in virtù dell'ultima determinazione n. 125/2017;

che è stato stabilito il corrispettivo complessivo di € 6.019.325,47, comprensivo di iva al 10%, da corrispondere mensilmente in € 114.002,37, oltre iva al 10%, e dunque per un canone annuale netto di € 1.368.028,44;

che, tuttavia, l'amministrazione nel corso del rapporto non ha attivato l'obbligatorio meccanismo revisionale del prezzo dell'appalto pluriennale, riversando l'aumento dei costi del servizio in via esclusiva sulla società esecutrice;

che, pertanto, la società, con atto del 14 marzo 2017, ai sensi dell'art. 1219 c.c., ha costituito in mora il Comune di Brusciano chiedendo il riconoscimento del compenso revisionale del prezzo dell'appalto de quo ed intimando alla Stazione appaltante il pagamento della complessiva somma di € 144.225,18, di cui: a) € 69.811,73 dovuta a titolo di adeguamento agli indici Istat-Foi; b) € 74.413,45 in ragione del maggiore costo del lavoro determinato sino al giugno del 2015 per effetto degli adeguamenti contrattuali intervenuti e calcolati sulla scorta delle "tabelle Fise". A corredo dell'istanza, peraltro, la società ha unito conteggi analitici, aggiornati per quanto riguarda il costo del lavoro, sino al 2015, e ha richiesto la corresponsione degli interessi di mora dovuti per legge e l'adeguamento del canone dovuto per l'anno in corso (2017) e per quelli eventuali e successivi;

che, tuttavia, l'amministrazione non ha eseguito l'istruttoria né ha adottato una determinazione espressa in merito all'istanza presentata dalla società;

che, invero, il responsabile dell'Area 8 ha comunicato con nota del 30 marzo 2017 il proprio parere negativo in merito alla richiesta del compenso revisionale ed a tale atto ha fatto seguito la presentazione delle osservazioni da parte della società;

che, però, neanche a seguito della presentazione delle osservazioni l'amministrazione ha adottato una determinazione espressa.

Nell'articolazione delle proprie deduzioni, parte ricorrente muove dalla deduzione della radicale nullità dell'art. 12 del contratto di appalto n. 4849/2012, con la quale è stata esclusa qualsivoglia ipotesi di revisione dei prezzi, in quanto contrastante con la previsione dell'art. 115 del d. lgs. 163/2006, da considerarsi quale norma imperativa, nonché dalla inidoneità della nota prot. 6631/17 comunicata dal Responsabile dell'Area 8 in data 30 marzo 2017 a costituire atto idoneo ad integrare una determinazione espressa sull'istanza revisionale, sia in quanto nella nota viene espresso un "parere" da parte del responsabile circa la inammissibilità della revisione del prezzo non seguito da una determinazione conclusiva, sia in quanto alla comunicazione ha fatto seguito la presentazione di osservazioni rimaste prive di riscontro, sia in quanto non è stata articolata alcuna considerazione in merito alla rappresentata nullità della clausola contenuta nel contratto, come pure con riguardo agli altri elementi forniti. Nelle prospettazioni di parte ricorrente, dunque, l'atto in questione assume una valenza meramente interlocutoria, sicché è insuscettibile di determinare un superamento dell'inerzia. Su tali basi, è stato contestato l'omesso avvio del procedimento revisionale alla stregua delle previsioni dell'art. 115 del Codice degli appalti del 2006, applicabile *ratione temporis*. La ricorrente ha, altresì, articolato specifiche argomentazioni dirette a sostenere la fondatezza della pretesa anche in relazione alla relativa quantificazione.

Il Comune di Brusciano non si è costituito in giudizio per resistere al gravame.

All'udienza camerale del 18 luglio 2017 la causa è stata trattenuta per la decisione.

Il ricorso merita accoglimento nei termini e nei limiti di seguito indicati.

Il Collegio rileva, in primo luogo, che, come chiarito dalla giurisprudenza anche del Giudice d'Appello, "La disposizione, inizialmente dettata dall'art. 6 comma 4, l. 24 dicembre 1993 n. 537 e successivamente recepita dall'art. 115, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, secondo la quale tutti i contratti d'appalto ad esecuzione periodica o continuativa, stipulati con la Pubblica amministrazione, devono recare una clausola di revisione periodica del prezzo operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi, è norma imperativa destinata, come tale, ad operare anche in assenza di specifica previsione tra le parti ovvero in presenza di previsioni contrastanti, con la conseguenza che le disposizioni negoziali contrastanti con tale disposizione legislativa non solo sono colpite dalla nullità ex art. 1419 cc, ma sostituite de iure, ex art. 1339 c.c., dalla disciplina imperativa di legge" (Consiglio di Stato, sez. V, 21/07/2015, n. 3594).

Ne consegue che la contraria clausola presente nel contratto di appalto n. 4849/2012, lungi dal considerarsi frutto di acquiescenza della parte ricorrente, deve considerarsi nulla e pertanto *tamquam non esset* ed emendata di diritto dal disposto normativo citato, in quanto norma imperativa, ex art. 1339 c.c., con conseguente non necessità di tempestiva impugnazione nel termine di decadenza, non vertendosi in ipotesi di mera annullabilità.

Parimenti il Collegio rileva che la presente controversia rientra nell'alveo della giurisdizione di questo Giudice.

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*, imponeva 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. Lecce, (Puglia), sez. I, 13/01/2015, n. 116).

Del resto, ancora prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, la giurisprudenza amministrativa si era espressa nel senso della spettanza al G.A. delle controversie in materia di revisione del prezzo

nei contratti di appalto, sia di quelle attinenti alla clausola contrattuale, sia di quelle concernenti il provvedimento applicativo della revisione, per profili involgenti tanto l'an debeatur che il quantum debeatur, ai sensi dell'art. 6 comma 19, l. 24 dicembre 1993 n. 537, come sostituito dall'art. 44, l. 23 dicembre 1994 n. 724, sulla base del rilievo che in virtù di una lettura costituzionalmente orientata di tali norme, come risultante dalla sentenza della Corte Cost. n. 204 del 2004, la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste con riferimento ad ipotesi in cui le posizioni di diritto soggettivo fatte valere si collocano in un'area di rapporti in cui la Pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo, come nel caso della detta revisione in quanto la giurisdizione esclusiva del giudice Amministrativo sulla revisione prezzi nei contratti ad esecuzione continuata o periodica è stata espressamente prevista dagli art. 115 e 244 comma 3, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 (T.A.R. Catania, (Sicilia), sez. III, 30/06/2010, n. 2616; nello stesso senso peraltro si erano già espresse le S.U. della Cassazione con sentenza Cassazione civile, sez. un., 17/04/2009, n. 9152 sulla base del rilievo che "In tema di appalto di opere pubbliche, spettano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 6, comma 19, l. 24 dicembre 1993 n. 537, come sostituito dall'art. 44 l. 23 dicembre 1994 n. 724 - "ratione temporis" vigente - sia le controversie relative alla clausola di revisione del prezzo prevista dal comma 6 dell'art. 6 cit. (riprodotto dal comma 4 dell'art. 44), sia quelle attinenti al provvedimento applicativo della revisione, considerato che, in virtù di una lettura costituzionalmente orientata di tali norme, come risultante dalla sentenza della Corte Cost. n. 204 del 2004, la giurisdizione del g.a. sussiste con riferimento ad ipotesi in cui le posizioni di diritto soggettivo fatte valere si collocano in un'area di rapporti in cui la p.a. agisce esercitando il suo potere autoritativo, come nel caso della detta revisione. Tale conclusione è avvalorata dal fatto che l'attribuzione al g.a. della giurisdizione esclusiva sulla revisione prezzi nei contratti ad esecuzione continuata o periodica è stata poi anche prevista dagli art. 115 e 244, comma 3, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163").

Deve pertanto ritenersi ammissibile anche l'azione sul silenzio, non discendendo il diritto soggettivo alla revisione dei prezzi direttamente dalla legge, ma dovendo lo stesso trovare riconoscimento in un procedimento amministrativo, vertendosi in un'area di rapporti in cui la p.a. agisce esercitando il suo potere autoritativo, come del resto palesato dalla circostanza che l'art. 115 del Codice dei contratti 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.

Da quanto sopra esposto discende che se certamente deve escludersi la sussistenza di un diritto all'automatico riconoscimento delle somme pretese dalla ricorrente, per come dalla medesima quantificate, il Comune di Brusciiano, a seguito della presentazione dell'istanza da parte dell'interessata, comunque diretta ad ottenere la revisione del prezzo, avrebbe dovuto concludere il procedimento con provvedimento espresso e motivato nel termine generale prescritto dall'art. 2 comma 2 l. 241/90.

L'atto a firma del responsabile dell'Area 8, igiene e sanità, infatti, non è idoneo a determinare un superamento dell'inerzia dell'amministrazione, appuntandosi i relativi contenuti su un "parere dello scrivente" circa l'ammissibilità della domanda, essendo stata ritenuta dirimente la clausola recata in contratto, affetta, per le ragioni sopra esposte, da radicale nullità.

Il Collegio ritiene, invero, di precisare che, sebbene la domanda sconti, ad un'analisi del relativo contenuto, difficoltà di immediata comprensione (correlate alla pretesa creditoria avanzata e dettagliatamente quantificata), la stessa reca riferimento espresso al procedimento di revisione, con indicazione anche delle disposizioni normative di riferimento, sicché l'amministrazione, sicché l'amministrazione avrebbe dovuto riscontrare l'istanza con completezza, avviando il procedimento ed adottando la relativa e motivata determinazione conclusiva.

Giova ribadire che, come sopra esposto, la posizione dell'appaltatore riferita alla richiesta di effettuare la revisione assume la consistenza di interesse legittimo poiché correlata ad una facoltà discrezionale riconosciuta alla stazione appaltante; la previsione normativa della revisione prezzi, infatti, pur avendo natura imperativa, non implica anche il diritto all'automatico aggiornamento del corrispettivo contrattuale, ma comporta soltanto che

L'Amministrazione proceda agli adempimenti istruttori normativamente sanciti. L'operazione di revisione prezzi e determinazione dei parametri, dunque, costituisce un tipico esercizio di discrezionalità, dovendosi comparare interesse privato e pubblico per il raggiungimento di un ragionevole componimento. I risultati del procedimento di revisione prezzi, proprio in quanto di espressione di facoltà discrezionale, sfocia in un provvedimento autoritativo.

Ciò esclude l'ammissibilità della domanda diretta accertamento della fondatezza della pretesa, alla stregua delle previsioni di cui all'art. di cui all'art. 31, comma 3 c.p.a., in forza della quale il giudice amministrativo può accertare la fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratti di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione (T.a.r. Sicilia, Catania, sez. III, 8 novembre 2012 n. 2544; T.a.r. Puglia, Bari, Sez. I, sentenza del 10 agosto 2011 n. 1216; T.a.r. Palermo, sez. III, 31 maggio 2011 n. 9).

In conclusione, va dichiarato l'obbligo del Comune di Brusciano di concludere il procedimento avviato su domanda della ricorrente diretto alla determinazione del compenso revisionale spettante in relazione al servizio gestito, entro 30 (trenta) giorni dalla comunicazione o notificazione a cura della parti ricorrente della presente decisione.

In caso di persistente inadempienza nel termine suindicato, si nomina, ex art. 117, comma 3 c.p.a., quale Commissario ad acta il Prefetto della Provincia di Napoli con facoltà di delega ad idoneo Funzionario della Prefettura - Ufficio Territoriale del Governo di Napoli, che vi provvederà, in luogo e a spese della intimata amministrazione, nell'ulteriore termine di 30 (trenta) giorni dalla comunicazione del perdurare dell'inadempimento (comunicazione da eseguirsi a cura delle parti ricorrenti), ed in favore del quale, con separato provvedimento, verrà corrisposto un compenso in relazione all'attività svolta e alle spese sostenute.

In considerazione delle peculiarità della fattispecie evidenziate nei capi che precedono, il Collegio valuta sussistenti i presupposti per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti e nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, ordina al Comune di Brusciano di pronunciarsi con provvedimento motivato in ordine alla domanda di compenso revisionale presentata dalla ricorrente, nei modi e nei termini di cui in motivazione.

Nomina sin d'ora, per il caso di persistente inadempienza nel termine su indicato, quale Commissario ad acta, il Prefetto della Provincia di Napoli con facoltà di delega ad idoneo Funzionario della Prefettura - Ufficio Territoriale del Governo di Napoli, che vi provvederà, in luogo e a spese della intimata amministrazione, nell'ulteriore termine di 30 (trenta) giorni dalla comunicazione del perdurare dell'inadempimento (comunicazione da eseguirsi a cura della parte ricorrente), ed in favore del quale, con separato provvedimento, verrà corrisposto un compenso in relazione all'attività svolta e alle spese sostenute.

Spese compensate.

Manda alla Segreteria per le incombenze di rito.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 18 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente FF

Carlo Dell'Olio, Consigliere

Brunella Bruno, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Brunella Bruno

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO