Consiglio di Stato, sez. V, 8 marzo 2010, n. 1333

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale
Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 2696 del 2001 proposto da Fallimento Alfa di N. E. & C. s.a.s. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. R. M. con domicilio eletto presso C. D. C. in Roma, via M. D. n.57;

contro

Comune di Beta in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. G. M., con domicilio eletto presso L. N. in R., via S. n.50;

per la riforma

della sentenza del TAR CAMPANIA - NAPOLI Sezione I n. 04137/2000;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 18 dicembre 2009 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati N. per delega di M. ed M.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società appellante stipulava con il comune di Beta un contratto di appalto per il servizio di nettezza urbana comprensivo della raccolta del trasporto e della fase finale dello smaltimento in discariche autorizzate di rifiuti solidi urbani nonché assimilati oltre ad una serie di prestazioni accessorie elencate all'art. 3 del contratto medesimo. Era previsto in contratto che la società appaltatrice conferisse i rifiuti presso la discarica di XXX distante circa 30 Km dal comune di Beta.

A seguito del commissariamento disposto dal Governo l'attività di gestione delle discariche venne assunta dal Prefetto di N.

Tra le altre, anche la società Alfa, affidataria del servizio di smaltimento rifiuti presso il Comune di Beta in ottemperanza ai decreti prefettizi, fu costretta a conferire i rifiuti presso altri impianti allocati in località molto distanti con conseguente aggravio degli oneri di gestione del servizio.

A fronte della maggiore percorrenza e dei complessivi maggiori oneri (consumo di carburante, pagamento pedaggi autostradali, diversa organizzazione de personale impiegato) la società appaltatrice rivolse all'amministrazione comunale numerose richieste di adeguamento del corrispettivo per la gestione del servizio .

L'ente comunale oppose a tali richieste l'art. 10 del contratto che

escludeva la revisione dei costi.
La Alfa adiva allora il TAR Campania che dopo avere esaminato e rigettato la eccezione di difetto di giurisdizione proposta dal Comune resistente, rigettava il ricorso.
Nell'atto di appello la Alfa ripropone le argomentazioni già esposte in primo grado.
La società appellante veniva successivamente dichiarata fallita con sentenza del 17.1.2002 del Tribunale di Torre Annunziata e la curatela fallimentare riassumeva la causa.
Si è costituito in giudizio il Comune di Beta chiedendo il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza del primo giudice.
Sono state depositate ulteriori memorie difensive.
La causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione all'udienza del 18 dicembre 2009.

DIRITTO

1. La società appellante stipulava con il comune di Beta un contratto di appalto per il servizio di nettezza urbana comprensivo della raccolta, del trasporto e della fase finale dello smaltimento in discariche autorizzate di rifiuti solidi urbani. La società appaltatrice, secondo il contratto conferiva i rifiuti presso la discarica di XXX, distante circa 30 km. dal comune di Beta.
A seguito del commissariamento effettuato dal Governo per far fronte a problemi legati alle c.d. ecomafie, l'attività di discarica fu assunta dal Prefetto di Napoli, autorità competente da un lato ad individuare le discariche utilizzabili la cui gestione fu affidata con apposite ordinanze all'ENEA, dall'altro ad autorizzare i comuni della regione a conferirvi i propri rifiuti. Pertanto la Alfa, in quanto società affidataria del servizio di smaltimento, non ebbe più la possibilità di conferire nella discarica individuata al momento della firma del contratto, ma fu costretta a conferire i rifiuti presso altri impianti allocati in posti molto più distanti rispetto a quelli individuati inizialmente.
2. In particolare, chiusa la discarica di XXX, la società Alfa, per il periodo dal 1° dicembre 1994 al 4 gennaio 1996, conferì i rifiuti raccolti presso l'impianto D., la cui gestione era stata affidata all'ENEA con ordinanza del Prefetto di N. n. 00959/DIS del 29 novembre 1994, con una maggiore percorrenza di circa 80 Km rispetto alla precedente discarica.
Dal 5 gennaio 1996 al 31 dicembre 1996, invece, il Prefetto di N. autorizzò, con apposita ordinanza, il Comune di Beta a conferire i propri rifiuti solidi urbani presso la discarica "YYY" situata in Palma Campania la cui gestione era stata affidata all'ENEA dal medesimo Prefetto con ordinanza n. 20770/DIS del 30 gennaio 1996, con una maggiore percorrenza di circa 120 KM rispetto alla precedente discarica.
Dal 1° gennaio 1997 al 30 giugno 1998 la società appaltatrice conferì i rifiuti solidi urbani del comune presso la discarica situata in

località ZZZ, con una maggiore percorrenza di circa 100 Km.
3.Espone la appellante che la maggiore distanza delle discariche individuate ha comportato maggiori oneri per la Alfa sia in termini di costi di trasporto per il maggiore consumo di carburante richiesto e per il pagamento di pedaggi autostradali, prima non necessari, sia in termini di costo del personale per la diversa organizzazione aziendale delle risorse umane . Inoltre la società ha dovuto anche soggiacere all'incremento delle tariffe disposte unilateralmente dalle discariche aperte per effetto della ordinanza Prefettizia n.P31/11/8/Dis del 14.5.1997.
Tali oneri non potevano gravare sulla ditta appaltatrice ma, secondo la appellante, dovevano ricadere sull'amministrazione produttrice del bene rifiuto di cui la ditta appaltatrice era il soggetto trasportatore.
La appellante ha rivolto all'amministrazione numerose richieste di adeguamento del corrispettivo ricevendo netti rifiuti sul presupposto che l'articolo 10 del contratto di appalto non consentiva per la voce richiesta, la revisione prezzi.
La appellante ha così adito il TAR Campania per vedersi riconosciuto il diritto alla corresponsione dei maggiori oneri connessi alle maggiori distanze delle discariche ed alle tariffe delle stesse.
Il TAR Campania, sede di Napoli, con la sentenza della I° Sezione n.4137/2000, affrontava la questione di giurisdizione rilevando che pur vertendo la controversia sulla richiesta di maggiore compenso del canone sulla base di prestazioni contrattuali rese dalla società ricorrente nell'esecuzione del contratto, l'appalto concerneva un servizio pubblico, materia nella quale la giurisdizione esclusiva concerne anche la fase di esecuzione dell'appalto e non è limitata, come per le opere pubbliche, alle sole procedure di affidamento.
Nel merito il TAR ha ritenuto infondate le pretese della ricorrente alla luce della clausola contrattuale soprarichiamata che esclude qualsiasi maggiorazione in relazione ad "oneri derivanti dalla discarica e dai rifiuti" (art. 10).
4. Tuttavia la Sezione ritiene che le doglianze della ricorrente sono fondate.
Come prima rilevato sulla questione di giurisdizione si è pronunziato il giudice di prima istanza trattenendo la giurisdizione.
Non essendo peraltro stata censurata dall'appellata tale questione, sulla relativa statuizione si è definitivamente formato il giudicato .
Ed invero il Consiglio di Stato non può rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, "..se questa è stata ritenuta sussistente dalla sentenza impugnata con una pronunzia esplicita sul punto nessuna delle parti abbia proposto appello; ove per contro la sentenza impugnata abbia statuito solo implicitamente sulla giurisdizione, il difetto di questa ultima può essere rilevato d'ufficio dal giudice d'appello (Cons. Stato, A.P. 30 agosto 2005 n. 4; Cons. Stato, sez. VI 13 marzo 2008 n. 1059).

5. Nel merito è indubbio che l'obbligo di conferimento in nuovi siti di discarica dei rifiuti solidi urbani, diversi da quello indicato nel contratto stipulato dalla società Alfa con il comune di Beta, sia avvenuto in forza di provvedimenti autoritativi dell'autorità statale. Ciò ha costituito un evento straordinario, imprevedibile, certamente non imputabile alla società affidataria del servizio ed incidente in maniera rilevante e sostanziale sul sinallagma contrattuale: si è così alterato l'equilibrio contrattuale determinato dal rilevante aumento del costo del servizio per factum principis senza però che il corrispettivo sia stato adeguato.
Ora se è vero che nel contratto vi era la previsione di una clausola preclusiva alla revisione dei prezzi, deve ritenersi che tale clausola fosse riferibile alla normale alea contrattuale, ossia a quel rischio, presente in tutti i contratti di durata a prestazione corrispettive, legato alle fluttuazioni fisiologiche del mercato ed agli effetti che possono derivare dal decorso del tempo.
Certamente esulano dall'alea contrattuale i fattori di costo sopportati dall'imprenditore cagionati dall'adozione di provvedimenti autoritativi che determinato un abnorme aggravio di costi.
E' innegabile che l'adozione dei provvedimenti prefettizi e la conseguente individuazione di nuovi siti costituiscono eventi del tutto fuori dall'ordinario che hanno inciso sul rapporto contrattuale squilibrandolo rispetto all' originario assetto sinallagmatico. E' del pari innegabile che gli eventi richiamati non erano prevedibili al momento della sottoscrizione del contratto di appalto ed non potevano essere imputati alla ricorrente; per contro la notevole modificazione del rapporto contrattuale che ne è conseguita, qualora fosse fatta ricadere esclusivamente sulla ricorrente provoca a suo carico una illegittima perdita ed un altrettanto legittimo vantaggio a favore della amministrazione.
Deve sottolinearsi che l'art. 6 comma 4 della legge 24 dicembre 1993 n. 537, oggi trasfuso nell'art. 115 del codice di contratti pubblici (d. lgs. vo n. 163 del 2006) prevede che "Tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi e forniture debbono avere 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'art. 7 comma 4 lett. c) e comma 5".
Alla luce di tale disposizione deve essere interpretata la clausola prevista dal contratto stipulato dalla Alfa ed il comune di Beta che, se interpretata come escludente in radice la possibilità di revisione periodica dei prezzi imposta dalla legge, anche in presenza di eventi come quelli in esame, deve considerarsi nulla ex art. 1339 c.c.
Con l'effetto che l'amministrazione comunale deve revisionare il contratto adeguandolo ai costi del servizio, tenuto conto della nuova situazione contingente delineatasi, non imputabile certamente alla società.

6. In conclusione l’appello deve essere accolto e per l’effetto, in riforma della impugnata sentenza, va riconosciuto il diritto della appellante alla corresponsione dei maggiori oneri connessi alle maggiori distanze delle discariche ed alla maggiorazione delle tariffe secondo le modalità indicate nell’art. 6 comma 4 della legge 24 dicembre 1993 n. 537.

Spese ed onorari del giudizio tenuto conto della peculiarità della fattispecie possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quinta, definitivamente decidendo, in riforma della sentenza appellata accoglie il ricorso di primo grado e per l’effetto riconosce il diritto alla revisione dei prezzi nei termini di cui in motivazione.

Compensa spese ed onorari.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2009 con l'intervento dei Signori:

Cesare Lamberti, Presidente FF

Aldo Scola, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

L’ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/03/2010

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

Il Dirigente della Sezione