

Va distinto l'appalto di servizi dalla concessione di servizio pubblico sulla base dei seguenti criteri:- la natura unilaterale del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico, contrapposta al carattere negoziale dell'appalto; l'effetto accrescitivo della concessione, che attribuisce al privato concessionario una capacità estranea alla sua originaria sfera giuridica; il trasferimento di potestà pubbliche (autoritative o certificative) in capo al concessionario che opererebbe quale organo indiretto dell'amministrazione, mentre l'appaltatore eserciterebbe solo prerogative proprie di qualsiasi soggetto economico.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 1092 del 22 giugno 2007 emessa dal Tar Sicilia, Catania per alcuni importanti passaggi in essa contenuti:

< Accanto ai sopra menzionati tradizionali criteri distintivi, in relazione all'importanza assunta a livello comunitario della distinzione tra appalto di servizio e concessione di servizio ai fini della applicazione delle direttive comunitarie, si sono aggiunti altri criteri enunciati, tra l'altro, dalle stesse direttive comunitarie, dalla Commissione europea (comunicazione interpretativa CE del 29 aprile 2000) e dal Governo Italiano con la circolare dell'1.3.02 della Presidenza del consiglio dei Ministri - Dipartimento delle politiche comunitarie, fatti propri dalla giurisprudenza amministrativa e ribaditi dalla Corte di Giustizia U.E.

L'asserita natura concessoria del rapporto in materia di smaltimento di rifiuti, non tiene conto dell'evoluzione introdotta nella materia dal recepimento della Direttiva CEE 92/50 ad opera del d.Lgs. n. 157 del 1995.

Quest'ultima fonte, infatti, disciplina l'aggiudicazione "degli appalti dei servizi di cui all'allegato 1" (art. 1), nel quale al n. 16 è menzionato il servizio di eliminazione dei rifiuti, che, tramite il riferimento al n. 94 della classificazione CPC (Central Product Classification), adottata dalla Direttiva CEE, integra esattamente il servizio per cui è causa" (Consiglio di Stato, V, 3373/03).

A conferma si rileva che giustamente (ed obbligatoriamente) il Comune espletò la gara per l'aggiudicazione dell'appalto ai sensi del d.Lgs. n. 157/95 (v. doc. B3) appunto perché trattavasi di appalto di servizi e non di concessione>

Ma non solo

< Per come evidenziato nella circolare dell'1.3.02 n. 3944 della Presidenza del consiglio dei Ministri - Dipartimento delle politiche comunitarie "In base alla ... comunicazione interpretativa della Commissione il tratto distintivo delle concessioni di lavori pubblici rispetto agli appalti di lavori consiste nel conferimento di un diritto di gestione dell'opera che permette al concessionario di percepire proventi dall'utente a titolo di controprestazione della costruzione dell'opera (ad esempio, in forma di pedaggio o di canone) per un determinato periodo di tempo. Al contrario si è in presenza di un appalto pubblico di lavori quando il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice e quando il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti".

Un analogo criterio vale anche per distinguere le concessioni di servizi pubblici dagli appalti di servizi in quanto ... anche al concessionario di servizio non viene riconosciuto un prezzo ma solo il diritto ad ottenere la remunerazione dell'attività svolta attraverso la possibilità di gestire il servizio per un determinato periodo. In merito, la comunicazione interpretativa ha chiarito che applicando tale criterio si ha concessione di servizi quando l'operatore si assume i rischi di gestione del servizio (sua istituzione e gestione) rifacendosi sull'utente, soprattutto per mezzo della riscossione di qualsiasi canone. La modalità di remunerazione dell'operatore è, come nel caso della concessione di lavori, un elemento che permette di stabilire l'assunzione del rischio di gestione>

In tema quindi di differenze fra un appalto di servizi e una concessione di servizi, merita sapere che:

< Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 2634/2002, affrontando ex professo la distinzione tra concessione di pubblico servizio e appalto di pubblico servizio, ha statuito che "Le concessioni, nel quadro del diritto comunitario, si distinguono dagli appalti non per il titolo provvedimentale dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, (che sarebbe un fenomeno tipico della concessione in una prospettiva coltivata da tradizionali orientamenti dottrinali), né per la loro natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato.

"Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, allora si ha concessione e la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi (punto 2.3 della comunicazione interpretativa). Ed allora un servizio di trasporto pubblico di linea si rivela quale appalto di servizi quando come talvolta accade ad es. nel caso di un servizio di "scuolabus" il suo onere sia interamente a carico dell'amministrazione, mentre se il servizio venga reso non a favore dell'amministrazione ma di una collettività indifferenziata di utenti, e venga almeno in parte pagato dagli utenti all'operatore del servizio, allora si è in ambito concessorio".>

ed ancora:

<Asserisce il Comune che l'istituto della revisione prezzi disciplinato dall'art. 44 1. 724/94 non può trovare applicazione nel caso di specie perché Aciambiente non sarebbe annoverabile tra le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 comma 2, del d.lgs 29/1993, con la conseguenza che il G. A. sarebbe privo di giurisdizione.

L'eccezione è priva di rilevanza poiché in atto la giurisdizione sussiste in forza dell'art. 244 del d.lgs **163/2006, che non limita più l'applicabilità della norma alle sole amministrazioni pubbliche di cui all'art.1, comma 2, del d.lgs 29/1993**; infatti "il principio stabilito dall'art. 5 cod. proc. civ., secondo cui la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente ed allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, senza che abbiano effetto i successivi mutamenti, essendo diretto a favorire, e non ad impedire, il verificarsi della "perpetuatio iurisdictionis", trova applicazione solo nel caso di sopravvenuta carenza di giurisdizione del giudice originariamente adito, ma non anche nel caso in cui il mutamento dello stato di diritto o di fatto comporti, invece, l'attribuzione della giurisdizione al giudice che ne era privo al momento della proposizione della domanda (Cass. civ., Sez. Unite, 13/09/2005, n.18126). In senso conforme Cass. civ., Sez. Unite, 29/07/2005, n.15916>

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania (sez. 3[^] int.) composto dai signori Magistrati:

Adriano LEO – Presidente
Vincenzo SALAMONE – Consigliere rel. est.
Giovanni MILANA – Consigliere
ha pronunciato la seguente

SENTENZA PARZIALE
ED ISTRUTTORIA

sul ricorso n. 3086 del 2005 proposto da DITTA ALFA S.p.A.,
CONTRO

- Aciambiente s.p.a. in persona del legale rapp. p. t. rapp. e dif. dall'avv. Massimo De Luca nel cui studio è elett. dom. in Catania via L. Sturzo n. 156;

- Il Comune di Acicastello in persona del Sindaco p. t. rapp. e dif. dall'avv. Giuseppe Aliquò nel cui studio è elett. dom. in Catania via Michele Scammacca n. 46;

per il riconoscimento

della revisione ed aggiornamento del prezzo contratto negato dalle resistenti in merito al contratto intercorso tra il Comune di Acicastello (e nel quale è subentrata Aciambiente quale stazione appaltante) ed il raggruppamento ricorrente per la gestione del servizio di igiene ambientale nel comune di Acicastello;

per l'annullamento

nella parte lesiva:

- del C.S.A., del contratto del 24.6.05 e della proroga del 11.1.05;

delle note di Aciambiente del 30.7.05 nn. 2291 e 2293;

delle determinazioni di Aciambiente nn. 44 e 45 rispettivamente del 30.7.05 e del 6.08.05;

- della nota del Comune di Acicastello n. 17125 del 2.08.05 e di quelle assunte al protocollo di Aciambiente in data 8.08.05, rispettivamente ai nn. 2475 e 2476;

- del verbale della riunione dell'11.08.2005;

- della nota di Aciambiente del 17.08.05 prot. 2564 con la quale la società ha negato al raggruppamento ricorrente la revisione prezzi ed ha espresso la volontà di modificare le sue precedenti determinazioni nn. 44 e 45;

- della nota di Aciambiente del 10.11.05 n. 3715;

di eventuali ulteriori determinazioni di Aciambiente (non conosciute) che, nel prorogare il contratto hanno disconosciuto il diritto del raggruppamento alla revisione prezzi; degli atti antecedenti, conseguenti e/o comunque collegati agli atti sopra indicati ed in particolare di quelli menzionati nel ricorso e nelle premesse degli atti espressamente impugnati.

Quanto ai motivi aggiunti:

- delle determinazioni di Aciambiente n. 1 del 10.01.05, n. 52, 53 e 54 del 19.08.05, e n. 67 dell'11.11.05;

- delle eventuali ratifiche, ovunque contenute, delle determinazioni di Aciambiente S.p.A. espressamente impugate nel presente giudizio;

- degli atti antecedenti, conseguenti e/o comunque collegati agli atti sopra indicati ed in particolare di quelli menzionati nel presente atto e nelle premesse degli atti espressamente impugnati, nella parte in cui essi hanno confermato la volontà di negare la revisione prezzi.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Amministrazioni resistenti;

Udito alla pubblica udienza del 24 maggio 2007 il relatore Consigliere Vincenzo Salamone;

Uditi altresì i difensori come da verbale di pubblica udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso di cui in epigrafe si chiede il riconoscimento della revisione ed aggiornamento del prezzo contratto negato dalle resistenti in merito al contratto intercorso tra il Comune di Acicastello (e nel quale è subentrata Aciambiente quale stazione appaltante) ed il raggruppamento ricorrente per la gestione del servizio di igiene ambientale nel comune di Acicastello.

Si chiede inoltre l'annullamento, nella parte lesiva, del C.S.A., del contratto del 24.6.05 e della proroga del 11.1.05); delle note di Aciambiente del 30.7.05 nn. 2291 e 2293; delle determinazioni di Aciambiente nn. 44 e 45 rispettivamente del 30.7.05 e del 6.08.05;

della nota del Comune di Acicastello n. 17125 del 2.08.05 e di quelle assunte al protocollo di Aciambiente in data 8.08.05, rispettivamente ai nn. 2475 e 2476; del verbale della riunione dell'11.08.2005; della nota di Aciambiente del 17.08.05 prot. 2564 con la quale la società ha negato al raggruppamento ricorrente la revisione prezzi ed ha espresso la volontà di modificare le sue precedenti determinazioni nn. 44 e 45; della nota di Aciambiente del 10.11.05 n. 3715; di eventuali ulteriori determinazioni di Aciambiente (non conosciute) che, nel prorogare il contratto hanno disconosciuto il diritto del raggruppamento alla revisione prezzi; degli atti antecedenti, conseguenti e/o comunque collegati agli atti sopra indicati ed in particolare di quelli menzionati nel ricorso e nelle premesse degli atti espressamente impugnati.

Con i motivi aggiunti si chiede l'annullamento delle determinazioni di Aciambiente n. 1 del 10.01.05, n. 52, 53 e 54 del 19.08.05, e n. 67 dell'11.11.05; delle eventuali ratifiche, ovunque contenute, delle determinazioni di Aciambiente S.p.A. espressamente impugate nel presente giudizio; degli atti antecedenti, conseguenti e/o comunque collegati agli atti sopra indicati ed in particolare di quelli menzionati nell'atto e nelle premesse degli atti espressamente impugnati, nella parte in cui essi hanno confermato la volontà di negare la revisione prezzi.

Aciambiente s.p.a. e il Comune di Acicastello, hanno chiesto la declaratoria di inammissibilità ed il rigetto del ricorso.

Alla pubblica udienza del giorno 24 maggio 2007 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1.1 - Va premesso che il Comune di Acicastello ha indetto - ai sensi del D.Lgs. n. 157/1995 - pubblica gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana per dieci mesi (Marzo 2004/Gennaio 2005), della quale si è resa aggiudicataria la società DITTA ALFA S.p.a., ricorrente, nella qualità di capogruppo e

mandataria del R.T.I. costituito con le imprese "DITTA ALFA BIS Servizi Ecologici s.r.l.", per avere offerto un ribasso dell'8,57% sull'importo a base d'asta di € 1.950.440,00 oltre I.v.a..

Con determinazione n. 42/TA del 3.3.2004, l'Amministrazione comunale ha disposto la consegna del servizio sotto le riserve di legge; consegna che è avvenuta in data 11.3.2004.

1.2 - Ai sensi del 5° comma dell'art. 1 del capitolato speciale d'appalto l'affidamento avrebbe potuto essere prorogato, a totale discrezione dell'Amministrazione, fino ad un massimo di ulteriori dieci mesi, alle stesse condizioni di aggiudicazione. A seguito della individuazione, da parte del Commissario Delegato per l'Emergenza rifiuti in Sicilia, degli ambiti e sub-ambiti territoriali ottimali, della adesione - autorizzata con deliberazione consiliare n. 70 del 18.12.2002 - del Comune di Acicastello alla Società d'Ambito incaricata della gestione integrata dei rifiuti nell'ambito territoriale CT2 e della costituzione, in data 30.12.2002, della Società Aciambiente s.p.a., l'Amministrazione resistente, con convenzione del 30.9.2004, ha delegato a quest'ultima il servizio relativo alla gestione dei rifiuti.

Con la suddetta convenzione, il Comune ha trasferito "i rapporti giuridici attivi e passivi del contratti citati in premessa" e, quindi, anche, il rapporto contrattuale in corso con la società ricorrente; rapporto al quale la Società d'Ambito Aciambiente s.p.a. è pertanto, subentrata, quale committente.

1.3 - Alla scadenza del termine di dieci mesi, la società Aciambiente s.p.a. -avvalendosi della sopra richiamata clausola contrattuale sancita all'art. 1 del c.s.a.- con determinazione n. 1 del 10.1.2005, ha prorogato il servizio per sei mesi; le parti hanno, quindi, formalizzato la proroga con successivo atto dell' 11.1.2005.

In seno alla convenzione, la società DITTA ALFA s.p.a. ha dichiarato di accettare la proroga alle medesime condizioni di cui al contratto originario, rinunciando, espressamente, alla revisione del prezzo di cui al 4° comma dell'art. 44 della Legge 23.12.1994 n. 727.

Alla scadenza del termine prorogato la ricorrente - chiamata da Aciambiente s.p.a. a manifestare la volontà di prorogare ulteriormente il rapporto - vi ha aderito chiedendo, però, l'adeguamento del canone nella misura del 6,8%.

Con determinazione n. 44 del 30.7.2005, Aciambiente s.p.a. ha prorogato il rapporto per soli sei giorni e, quindi, sino al 6.8.2005 e, con successiva determinazione n. 45 del 6.8.2005, ulteriormente, sino al 18.8.2005.

Ricevuta, dal Comune di Acicastello, la propria indisponibilità a coprire finanziariamente gli oneri connessi all'aumento del canone, la società Aciambiente s.p.a., con successive determinazioni n. 53 e 54, ha modificato quelle in precedenza adottate, disponendo la proroga dell'affidamento del servizio alle condizioni dell'originario contratto; affidamento ulteriormente prorogato, con determina n. 67 del 11.11.2005, sino al 30.11.2005 e che la società DITTA ALFA ha accettato, riservandosi il diritto di adire le vie legali per il riconoscimento della revisione in via giudiziaria.

1.4 - Con ricorso notificato in data 15.11.2005, l'ATI ricorrente ha, pertanto, adito questo T.A.R. chiedendo il riconoscimento della revisione del prezzo per il periodo 11.3.2005/30.11.2005 ovvero, subordinatamente, per il periodo 1.8.2005/30.11.2005 e la condanna della società Aciambiente s.p.a. e del Comune di Acicastello al pagamento delle somme, quantificate, rispettivamente, in € 37.282,58 ed in € 31.514,59 e della cui congruità ha chiesto la verifica a mezzo di consulenza tecnica.

Con controricorso notificato in data 13.12.2005, la Società Aciambiente s.p.a., dopo avere contestato la ammissibilità e fondatezza nel merito del ricorso, ha chiesto, in via subordinata e per l'ipotesi di accoglimento della pretesa, di essere rivalsata dal Comune di Acicastello.

2.1 – Non merita accoglimento l'eccezione di inammissibilità del gravame per difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo.

L'ati DITTA ALFA, con il ricorso introduttivo, ha sostenuto la giurisdizione del G.A. in forza dell'art. 6, commi 4 e 19, della l. n. 537/94 (come modificato per effetto dell'art 44 l. n. 724/94) il quale, nell'imporre l'inserimento di una clausola di revisione prezzi in tutti i contratti pubblici ad esecuzione continuata o periodica, attribuisce alla giurisdizione amministrativa esclusiva "le controversie derivanti dall'applicazione del presente articolo ...".

La giurisdizione del G.A. è stata riaffermata (anche dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204/04) da questo Tar con le sentenze nn. 396 e 1438 del 2006 sia dal Consiglio di Stato il quale ha ribadito che "La controversia concernente la pretesa del riconoscimento del diritto alla revisione del prezzo, ai sensi dell'art. 6, comma 4, della legge n. 537/1993, in relazione ad un contratto di appalto di servizi, appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto la previsione della revisione prezzi per i contratti ad esecuzione periodica o continuativa, relativi a servizi e forniture, è accompagnata dalla disposizione di cui al comma 19 del medesimo art. 6, secondo cui "le controversie derivanti dall'applicazione del presente articolo sono devolute alla giurisdizione, in via esclusiva, del giudice amministrativo". La giurisdizione del giudice amministrativo è pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza (Cass., Sez. Unite, n. 10616/1996; Cons. Stato, V, n. 141/2002) ed è stata confermata, di recente, dal D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), che anzi ha esteso tale giurisdizione anche alla revisione prezzi dei contratti di lavori pubblici (art. 244, comma 3, del citato D.Lgs. n. 163/2006)" (Consiglio di Stato VI, 25.07.2006, n.4640).

2.2 - Asseriscono sia Aciambiente sia il Comune il difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo perché il rapporto intercorrente tra l'ati DITTA ALFA e Aciambiente sarebbe una concessione e non un appalto pubblico di servizio.

L'eccezione è infondata.

Va distinto l'appalto di servizi dalla concessione di servizio pubblico sulla base dei seguenti criteri:

- la natura unilaterale del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico, contrapposta al carattere negoziale dell'appalto;
- l'effetto accrescitivo della concessione, che attribuisce al privato concessionario una capacità estranea alla sua originaria sfera giuridica;
- il trasferimento di potestà pubbliche (autoritative o certificative) in capo al concessionario che opererebbe quale organo indiretto dell'amministrazione, mentre l'appaltatore eserciterebbe solo prerogative proprie di qualsiasi soggetto economico.

Accanto ai sopra menzionati tradizionali criteri distintivi, in relazione all'importanza assunta a livello comunitario della distinzione tra appalto di servizio e concessione di servizio ai fini della applicazione delle direttive comunitarie, si sono aggiunti altri criteri enunciati, tra l'altro, dalle stesse direttive comunitarie, dalla Commissione europea (comunicazione interpretativa CE del 29 aprile 2000) e dal Governo Italiano con la circolare dell'1.3.02 della Presidenza del consiglio dei Ministri - Dipartimento delle politiche comunitarie, fatti propri dalla giurisprudenza amministrativa e ribaditi dalla Corte di Giustizia U.E.

L'asserita natura concessoria del rapporto in materia di smaltimento di rifiuti, non tiene conto dell'evoluzione introdotta nella materia dal recepimento della Direttiva CEE 92/50 ad opera del d.Lgs. n. 157 del 1995.

Quest'ultima fonte, infatti, disciplina l'aggiudicazione "degli appalti dei servizi di cui all'allegato 1" (art. 1), nel quale al n. 16 è menzionato il servizio di eliminazione dei rifiuti, che, tramite il riferimento al n. 94 della classificazione CPC (Central Product Classification), adottata dalla Direttiva CEE, integra esattamente il servizio per cui è causa" (Consiglio di Stato, V, 3373/03).

A conferma si rileva che giustamente (ed obbligatoriamente) il Comune espletò la gara per l'aggiudicazione dell'appalto ai sensi del d.Lgs. n. 157/95 (v. doc. B3) appunto perché trattavasi di appalto di servizi e non di concessione.

Per come evidenziato nella circolare dell'1.3.02 n. 3944 della Presidenza del consiglio dei Ministri - Dipartimento delle politiche comunitarie "In base alla ... comunicazione interpretativa della Commissione il tratto distintivo delle concessioni di lavori pubblici rispetto agli appalti di lavori consiste nel conferimento di un diritto di gestione dell'opera che permette al concessionario di percepire proventi dall'utente a titolo di controprestazione della costruzione dell'opera (ad esempio, in forma di pedaggio o di canone) per un determinato periodo di tempo. Al contrario si è in presenza di un appalto pubblico di lavori quando il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice e quando il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti".

Un analogo criterio vale anche per distinguere le concessioni di servizi pubblici dagli appalti di servizi in quanto ... anche al concessionario di servizio non viene riconosciuto un prezzo ma solo il diritto ad ottenere la remunerazione dell'attività svolta attraverso la possibilità di gestire il servizio per un determinato periodo. In merito, la comunicazione interpretativa ha chiarito che applicando tale criterio si ha concessione di servizi quando l'operatore si assume i rischi di gestione del servizio (sua istituzione e gestione) rifacendosi sull'utente, soprattutto per mezzo della riscossione di qualsiasi canone. La modalità di remunerazione dell'operatore è, come nel caso della concessione di lavori, un elemento che permette di stabilire l'assunzione del rischio di gestione".

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 2634/2002, affrontando ex professo la distinzione tra concessione di pubblico servizio e appalto di pubblico servizio, ha statuito che "Le concessioni, nel quadro del diritto comunitario, si distinguono dagli appalti non per il titolo provvedimentale dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, (che sarebbe un fenomeno tipico della concessione in una prospettiva coltivata da tradizionali orientamenti dottrinali), né per la loro natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato.

"Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, allora si ha concessione e la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi (punto 2.3 della comunicazione interpretativa). Ed allora un servizio di trasporto pubblico di linea si rivela quale appalto di servizi quando come talvolta accade ad es. nel caso di un servizio di "scuolabus" il suo onere sia interamente a carico dell'amministrazione, mentre se il servizio venga reso non a favore dell'amministrazione ma di una collettività indifferenziata di utenti, e venga almeno in parte pagato dagli utenti all'operatore del servizio, allora si è in ambito concessorio".

Successivamente, sempre il Consiglio di Stato, ha ribadito la distinzione nei seguenti termini: "Mentre nell'appalto di servizi è l'amministrazione che paga l'aggiudicatario per la prestazione di un servizio reso in suo favore, nella concessione di servizi i rischi di gestione del servizio ricadono sull'aggiudicatario, il

quale si assume la responsabilità di gestione, paga la p.a. e si rifà sull'utente (nel caso di specie, è stato ritenuto che rientra nella nozione di concessione di pubblico servizio l'affidamento del servizio di segnaletica all'interno del Consorzio Zona Industriale e Porto Fluviale di Padova con conseguente giurisdizione del g.a.)" (VI, 15.11.2005, n. 6368).

Anche questo TAR ha riconosciuto la natura di appalto e non di concessione al servizio di raccolta rifiuti solidi urbani espletato dalla stessa DITTA ALFA nei confronti del Comune di Acireale poiché il compenso dell'appaltatore gravava interamente (come nel caso in esame) sul committente. Ha infatti affermato questo Tar che "per rispondere alle eccezioni sollevate dal Comune resistente, va anche precisata la natura del rapporto negoziale intercorrente tra la società ricorrente ed il Comune di Acireale: si è in presenza di un appalto di servizio pubblico, e non di una concessione, dato che l'intero onere economico nascente dal contratto è direttamente posto a carico dell'ente pubblico, che corrisponde alla società gestore del servizio il corrispettivo spettante (circostanza, questa, non smentita dalla difesa del Comune). Siamo in presenza, quindi, di uno di quegli elementi fondamentali, elaborati dalla giurisprudenza, che consentono di tracciare una linea di confine fra la figura dell'appalto e quella della concessione: solo nella concessione di pubblico servizio il gestore assume totalmente l'alea del servizio, e la sua remunerazione avviene attraverso la riscossione di un canone corrisposto direttamente dagli utenti; al contrario, il compenso dell'appaltatore grava direttamente sull'ente committente" (Tar Catania II, 396/2006).

La Corte di giustizia europea, Sez. I, sentenza 13.10.2005 n. c-458/03 ha confermato quanto sopra evidenziato statuendo che: "Come risulta dal suo ottavo "considerando". la direttiva 92/50 si applica agli «appalti pubblici di servizi», i quali sono definiti all'art. 1, lett. a), della stessa come «contratti a titolo oneroso stipulati informa scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice». Da tale definizione discende che un appalto pubblico di servizi ai sensi di quella direttiva comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi".

2.3 - Nel caso di specie il rapporto intercorrente tra Aciambiente e l'ati DITTA ALFA non presentava nessuna delle caratteristiche che potrebbero ricondurlo ad una concessione di pubblico servizio né secondo la distinzione tradizionale né secondo gli ulteriori criteri distintivi introdotti a livello comunitario e governativo e fatti propri dalla dottrina e dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria ed infatti:

- il rapporto intercorso tra le parti è stato espressamente qualificato "appalto" nello stesso contratto del 25.6.05 e nel relativo csa (artt. 1, 2, 16 ecc); esso; pertanto; non può esser qualificato, in spregio al nomen iuris dato dalle parti, nella categoria delle concessioni;

- il citato contratto e il csa non attribuivano all'ati DITTA ALFA alcuna capacità estranea alla sua originaria sfera giuridica né tanto meno le attribuivano potestà pubbliche certificative o autoritative;

- il contratto stipulato tra il Comune e l'ati DITTA ALFA non aveva ad oggetto un "articolato rapporto trilaterale" tra stazione appaltante, l'ati DITTA ALFA ed utenti bensì un unico rapporto bilaterale tra la stazione appaltante e l'ati DITTA ALFA; nessuna norma del contratto o del csa prevede relazioni di alcun tipo tra l'ati DITTA ALFA e gli utenti. Indistintamente tutti i rapporti giuridici disciplinati dal contratto e dal csa intercorrono tra la stazione appaltante (prima Comune e poi Aciambiente) e l'appaltatrice; il compenso percepito dall'ati DITTA ALFA era interamente posto a carico della stazione appaltante (tra gli altri artt. 16 e 19 del csa), senza nessun'alea per l'ati DITTA ALFA, che nulla incassava dagli utenti. Espressamente Aciambiente riconosce che il servizio viene ancora coperto tramite la riscossione della TARSU (Tassa rifiuti solidi urbani) di esclusiva pertinenza degli enti locali (pag. 3 del controricorso); Ne discende che nel caso di specie il rapporto intercorrente tra la stazione appaltante e l'ati DITTA ALFA in forza del contratto del 25.06.04 e delle sue successive proroghe non può che qualificarsi come "appalto di servizio" in forza dei criteri enunciati.

2.4 – Manifestamente infondata è altresì l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 19, l. 537/1993 come introdotto dall'art. 44 l. 724/1994; il richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004 non è, infatti, pertinente.

Per come già rilevato da questo Tar "In primo luogo, l'incostituzionalità dell'art. 33 non incide sulla vicenda in esame, posto che questa è regolata da altra prescrizione di legge (l'art. 6, co. 19, L. 537/1993) che non risulta essere stata abrogata o "toccata" dalla pronuncia della Consulta. Né, d'altra parte, potrebbe ipotizzarsi una efficacia "indiretta" della sentenza 204 sul citato art. 6, posto che il contrasto dell'art. 33 con le norme costituzionali è stato individuato nel fatto che questo attribuiva al G.A la giurisdizione esclusiva per interi "blocchi di materie". L'art. 6 riguarda, invece, solo le specifiche questioni di revisione dei prezzi contrattuali nei contratti pubblici ed esecuzione continuata o periodica, onde non sussiste il censurato contrasto con le norme costituzionali.

"In secondo luogo, anche se la pretesa della D. s.r.l. attiene alla applicazione di un istituto che incide sulla esecuzione del contratto, configurando posizioni di diritto ed obbligo, la giurisdizione amministrativa esclusiva (ossia, estesa anche alle questioni di diritto soggettivo) risulta espressamente prevista dal citato art. 6, co. 4 e 19, della L. 537/1993 (rubricato contratti pubblici), a norma del quale: "Tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo." (comma 4), e "Le controversie derivanti dall'applicazione del presente articolo sono devolute alla giurisdizione, in via esclusiva, del giudice amministrativo" (comma 19). (Per una statuizione analoga sulla giurisdizione si veda il precedente di questa Sezione n. 1187/2005). "In sintesi, alla luce della citata disposizione di legge, tutte le questioni relative all'applicazione della revisione prezzi sottostanno alla giurisdizione esclusiva del G.A., anche quando riguardano diritti soggettivi (e corrispondenti obblighi) conseguenti a detta revisione" (Tar Catania, II, 1438/2006)

Peraltro la giurisdizione sussiste oggi anche alla luce dell'art. 244 del d.lgs 163/2006 (c.d. codice dei contratti pubblici).

2.5 - Asserisce il Comune che l'istituto della revisione prezzi disciplinato dall'art. 44 l. 724/94 non può trovare applicazione nel caso di specie perché Aciambiente non sarebbe annoverabile tra le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 comma 2, del d.lgs 29/1993, con la conseguenza che il G. A. sarebbe privo di giurisdizione.

L'eccezione è priva di rilevanza poiché in atto la giurisdizione sussiste in forza dell'art. 244 del d.lgs 163/2006, che non limita più l'applicabilità della norma alle sole amministrazioni pubbliche di cui all'art.1, comma 2, del d.lgs 29/1993; infatti "il principio stabilito dall'art. 5 cod. proc. civ., secondo cui la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente ed allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, senza che abbiano effetto i successivi mutamenti, essendo diretto a favorire, e non ad impedire, il verificarsi della "perpetuatio iurisdictionis", trova applicazione solo nel caso di sopravvenuta carenza di giurisdizione del giudice originariamente adito, ma non anche nel caso in cui il mutamento dello stato di diritto o di fatto comporti, invece, l'attribuzione della giurisdizione al giudice che ne era privo al momento della proposizione della domanda (Cass. civ., Sez. Unite, 13/09/2005, n.18126). In senso conforme Cass. civ., Sez. Unite, 29/07/2005, n.15916.

Il principio sancito dall'art. 5 cod. proc. civ., alla stregua del quale la giurisdizione si determina "con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda", trova sua ragion d'essere in esigenze di economia processuale e può ricevere, quindi, applicazione solo nel caso di sopravvenuta carenza della giurisdizione del giudice adito e non anche quando il mutamento dello stato di fatto o di diritto comporti, invece, l'attribuzione della giurisdizione al giudice che ne era inizialmente privo. Ne consegue che, nel caso di controversia instaurata davanti al giudice

amministrativo - sul presupposto che essa rientrasse nella giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi, prevista dall'art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 - prima della dichiarazione di incostituzionalità di tale norma per eccesso di delega con sentenza della Corte costituzionale n. 292 del 2000, e prima, quindi, dell'entrata in vigore della legge 21 luglio 2000, n. 205 - il cui art. 7 ha nuovamente previsto l'anzidetta giurisdizione esclusiva, ma con formula parzialmente differenziata - si rende necessario accertare se la controversia stessa rientri fra quelle devolute al giudice amministrativo dalla nuova norma, dovendo, in caso affermativo, essere riconosciuta la giurisdizione del giudice innanzi al quale il giudizio era stato instaurato, a nulla rilevando che la relativa data di inizio sia anteriore all'entrata in vigore della norma stessa."

Peraltro l'art. 13 della l.r. 2/2002 chiarisce espressamente che "ai contratti di fornitura di beni o servizi, ad esecuzione periodica o continuativa, degli enti di cui all'articolo 1 della legge regionale 29 aprile 1985, n. 21, e delle società a prevalente capitale pubblico degli enti locali si applicano le norme dell'articolo 6, comma 4, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, come sostituito dall'articolo 44 della legge 23 dicembre 1994, n. 724".

Quindi la norma regionale ha esteso l'applicazione di tutto il disposto dell'art. 44 citato, ivi compreso il comma 19 relativo alla giurisdizione, alle società a prevalente capitale pubblico degli enti locali. E Aciambiente è società a prevalente capitale pubblico (v. art. 1 dell'atto costitutivo di Aciambiente depositato dalla stessa il 2.5.07).

3.1 - Il ricorso è rituale e fondato quanto alla applicazione della revisione prezzi al rapporto contrattuale all'esame del Collegio.

Eccepisce Aciambiente l'inammissibilità del ricorso per omessa impugnativa della determinazione di Aciambiente n. 1 del 10.1.05 e per tardiva impugnazione della proroga dell'11.1.05.

Le eccezioni sono infondate.

Per ambedue gli atti non sussiste l'asserita tardività poiché essi sono atti paritetici che vertono in materia di diritti soggettivi.

Lati DITTA ALFA comunque cautelativamente ha impugnato la determinazione n. 1 del 10.1.05 con i motivi aggiunti.

3.2 - Eccepisce Aciambiente che la domanda di revisione prezzi sarebbe inammissibile per volontaria rinuncia alla stessa espressa in sede di stipula della prima proroga del 10.1.05, peraltro con la doppia sottoscrizione prevista per le clausole vessatorie.

L'eccezione è infondata.

Per pacifica giurisprudenza "l'art. 6 della legge n. 537 del 1993, come modificata dall'art. 44 della l.n. 724 del 1994, è norma che detta una disciplina speciale in materia di revisione prezzi, la quale ha natura imperativa che si impone nelle pattuizioni considerate modificando ed integrando la volontà delle parti 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. La nullità evidentemente 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, nella specie l'art. 9 del capitolato speciale". (Cons. St., V, 3373/03; conformi Cons. St. n. 916/2003; n. 2461/02e n. 2712/02).

In senso conforme Tar Catania, II, n. 396/2006 e da ultimo Tar Lazio - Roma secondo il quale "non ha alcun rilievo la previsione pattizia contenuta nel contratto di appalto stipulato dalla ricorrente, secondo

la quale il prezzo deve rimanere inalterato per tutti e tre gli anni di esecuzione dell'appalto, in quanto nei contratti di durata si impone la norma di revisione del prezzo di cui all'art. 6 L. n. 537/1993, come modif. dall'art. 44 L. n. 724/1994 che sostituisce quella di contenuto difforme" (sez. III quater, 24/07/2006, n.6317).

3.3 - Né la nullità di una clausola contrattuale per contrarietà a norme imperative viene meno per l'apposizione di una doppia sottoscrizione. Infatti detta doppia sottoscrizione ha unicamente la finalità di rendere efficaci clausole vessatorie e non clausole nulle.

Rileva Aciambiente che all'ati DITTA ALFA non spetta la revisione prezzi perché l'affidamento del servizio di raccolta rifiuti sarebbe stato effettuato in regime di concessione mentre il meccanismo revisionale invocato sarebbe previsto solo per i contratti di appalto e non per le concessioni per le quali vigerebbe l'opposto principio della normale invariabilità del canone concessorio.

L'eccezione è infondata per una pluralità di ragioni.

Per come già argomentato sopra il servizio espletato dall'ati DITTA ALFA era un appalto e non una concessione.

Infine la giurisprudenza, sulla base di analitica ed attenta ricostruzione delle ragioni che hanno indotto il legislatore a reintrodurre l'istituto della revisione prezzi così come disciplinato dall'art. 44 della L. n. 724/1994, ha affermato che le norme in questione "rispondono ad una stessa esigenza e perseguono un identico scopo, ossia garantire la correttezza del rapporto sinallagmatico nell'ambito di tutti i contratti di cui è parte la Pubblica Amministrazione, indipendentemente dal tipo di scelta gestionale, appalto o concessione, effettuata dall'Amministrazione medesima" ... "e non si vede la ragione per la quale il concorrente istituto della clausola revisionale non debba riguardare anche i contratti accessivi a rapporto concessorio, caratterizzati, come nella specie, da esborso di pubblico denaro per la corresponsione di un prezzo del servizio reso in favore dell'Ente pubblico, come soggetto esponenziale di una determinata collettività"(Tar Sardegna Cagliari, sez. I, 22 marzo 2006, n. 338)

3.4 - Deduce Aciambiente, richiamandosi alla sentenza n. 35 del 2003 del Consiglio di Stato, che il principio dell'inserzione automatica di clausole imposte dalla legge non risulterebbe applicabile al capitolato speciale di gara che non avrebbe natura negoziale.

L'eccezione è infondata, in quanto il principio richiamato dalla sentenza n. 35 del 2003 del Consiglio di Stato si riferisce unicamente alle previsioni del csa che eventualmente contengono "regole di gara" (punto 5.8 della sentenza) e non al csa nella parte in cui, come nel caso in esame, contiene la disciplina del rapporto contrattuale.

3.5 - Rileva Aciambiente che l'art. 44 L. n. 724/1994 non potrebbe operare direttamente in quanto privo di meccanismo di dettaglio per la sua operatività e pertanto esso potrebbe operare solo in presenza di una apposita clausola contrattuale.

L'eccezione è infondata, in quanto per come sopra rilevato, dalla natura imperativa della disposizione invocata discende che "le disposizioni negoziali contrastanti con essa non solo sono colpite dalla nullità di cui all'art. 1419 cod. civ. ma sostituite addirittura de iure, ex art. 1339 cod. civ. dalla disciplina imperativa recata dalla norma" (Tar Lecce Sez. II, 19.07.2006, n.4027) ed è pacifico che "la carenza delle rilevazioni statistiche semestrali contemplate dal comma 6 dell'art. 6 L. n. 537/1993 (il quale individua all'uopo alcuni parametri statistici ai quali ancorare le valutazioni amministrative in materia di revisione periodica dei prezzi), non impedisce l'applicazione del comma 4 dello stesso art., rimanendo inalterato il potere-dovere dell'Amministrazione di svolgere comunque un'istruttoria che, anche in assenza dei

criteri predeterminati dall'art. 6, deve comunque svolgersi nel rispetto del generale limite interno di ragionevolezza" (Cons. Stato, Sez. V, 14.12.2006, n.7461).

3.6 - Eccepisce Aciambiente che il meccanismo della revisione prezzi disciplinato dall'art. 6 legge 537/1993 opererebbe solo in favore della p.a. introducendo "un meccanismo di riduzione del prezzo da parte della p.a."

L'affermazione è smentita da tutta la giurisprudenza sopra citata la quale riconosce la revisione del prezzo in favore dell'appaltatore.

3.7 Fondata è invece l'eccezione del Comune secondo cui la domanda di revisione sarebbe inammissibile per il periodo 11.1/31.7.2005 perché oggetto di espressa rinuncia da parte dell'ATI ricorrente.

Emerge dagli atti (e la circostanza è stata evidenziata dalla stessa ricorrente), che per il periodo 11.1/31.7.2005 la stessa vi ha, espressamente ed inequivocabilmente, rinunciato in seno alla convenzione di proroga dell' 11.1.2005.

3.8 – In ordine alla legittimazione passiva va rilevato che ambedue le resistenti indicano nell'altra la legittimata passiva per l'obbligazione nascente dalla revisione prezzi.

Le tesi delle resistenti non sono condivisibili in quanto la loro responsabilità è solidale.

Invero la stessa Aciambiente ha rappresentato valide ragioni a dimostrazione della responsabilità del Comune anche se infondatamente asserisce che si tratti di una responsabilità esclusiva mentre essa è solidale.

A tal proposito va rilevato che la responsabilità solidale del Comune discende anche dalla circostanza che Aciambiente s.p.a. è un consorzio di enti territoriali avente come scopo la gestione in comune dello smaltimento dei rifiuti nello "ambito territoriale ottimale", dalla fase della raccolta a quella finale dello smaltimento.

Il comune di Acicastello è socio di Aciambiente s.p.a.. Aciambiente gestisce il servizio di smaltimento rifiuti per conto di Acicastello (e nel suo esclusivo interesse) sul territorio dell'ente locale ed in forza dell'art. 2615, comma 2, c.c. "per le obbligazioni assunte dagli organi del consorzio per conto dei singoli consorziati rispondono questi ultimi solidalmente col fondo consortile".

Pertanto delle obbligazioni assunte da Aciambiente nell'esclusivo interesse di Acicastello (come sono le proroghe dei contratti in questione) rispondono in solido Aciambiente e il comune di Acicastello in forza dell'applicazione diretta dell'art. 2615 c.c.

4.1 – L'ATI DITTA ALFA con il ricorso introduttivo ha quantificato le somme spettanti a titolo di revisione prezzi, sulla base dei conteggi esposti in ricorso, chiedendo la condanna:

- ad € 37.282,58 ove l'adeguamento del canone operi da marzo 2005 e rimanga costante da marzo a tutto novembre 2005;

- ad € 31.514,59 ove l'adeguamento del canone operi da agosto 2005 e rimanga costante da agosto a tutto novembre 2005.

I conteggi esposti in ricorso contengono, come ammette la stessa parte ricorrente, nella memoria depositata in data 12 maggio 2007 un errore in quanto l'aumento del costo per "esercizio mezzi" (v.

tabella pag. 6 del ricorso introduttivo) è stato erroneamente indicato nell'11,90% e nel 12,4,% rispettivamente per i periodi marzo 2004- marzo 2005 e marzo 2004- luglio 2005.

In realtà l'aumento è rispettivamente del 2,74% e del 3,17%.

In conseguenza della intervenuta correzione sono state rettificata le conclusioni già esposte chiedendo la condanna:

- ad € 31.304,45 ove l'adeguamento del canone operi da marzo 2005 e rimanga costante da marzo a tutto novembre 2005;

- ad € 28.898,88 ove l'adeguamento del canone operi da agosto 2005 e rimanga costante da agosto a tutto novembre 2005.

4.2 - Aciamambiente contesta gli intervenuti aumenti di retribuzione, l'esatto numero del personale impiegato e gli avvenuti pagamenti delle retribuzioni.

La contestazione è fondata per il periodo antecedente la proroga e quindi prima del 1 agosto 2005 (per l'intervenuta rinuncia alla pretesa da parte dell'ATI ricorrente).

Con riguardo alla fase di esecuzione contrattuale successiva va disposta CTU, ai sensi dell'art. 35 del D. L.vo n. 80 del 1998 volta ad acquisire elementi di giudizio in ordine alle seguenti questioni:

- verificare l'intervenuto aumento dei costi nel periodo in questione, con riguardo a personale e mezzi.
- verificare il numero di dipendenti impiegati dall'ati DITTA ALFA per lo svolgimento del servizio ad Acicastello gli importi agli stessi pagati in base all'art. 15 del csa;
- verificare se sono intervenuti aumenti del costo del personale acquisendo le tabelle ministeriali di determinazione del costo del personale allegate alla perizia giurata;
- quantificare l'importo imputabile a sorte capitale dovuto;
- calcolare gli interessi anatocistici dalla notifica dei motivi aggiunti che nel processo amministrativo costituiscono a tutti gli effetti "domanda giudiziale" di cui all'art. 1283 c.c.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania sez. int. 3[^], parzialmente ed interlocutoriamente pronunciando così dispone:

- accoglie parzialmente il ricorso di cui in epigrafe e per l'effetto riconoscere alla parte ricorrente il diritto alla revisione prezzi a partire dall'1.08.05 fino alla fine del servizio avvenuta il 30.11.2005;
- annulla, nella parte lesiva, gli atti impugnati con il ricorso ed i motivi aggiunti;
- nomina consulente tecnico d'ufficio il rag. Giuseppe Grasso con studio in Belpasso via Vittorio Emanuele III n. 178 e dispone che il Consigliere Vincenzo Salamone è delegato a ricevere il giuramento di rito;
- il Consulente tecnico d'ufficio dovrà provvedere al deposito presso la Segreteria di questa Sezione staccata di Catania del Tribunale amministrativo Regionale della Sicilia, della relazione di C.T.U. nel termine di giorni 90 dal giuramento.

- dispone che a carico della parte ricorrente vada effettuata l'anticipazione del compenso spettante al C.T.U. che si liquida in € 1.000 (mille), salvo conguaglio alla presentazione della parcella.

- rinvia l'ulteriore trattazione del ricorso alla prima pubblica udienza del mese di maggio 2008.

- rinvia alla sentenza definitiva la pronuncia sulle spese e gli onorari del giudizio.

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

Così deciso in Catania, nella Camera di Consiglio del giorno 24 maggio 2007.

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Dott. Vincenzo Salamone Dott. Adriano Leo

Depositata in Segreteria il 22 giugno 2007