

N. 06094/2014REG.PROV.COLL.

N. 02675/2014 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2675 del 2014, proposto dal Comune di Ostuni, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Cecilia R. Zaccaria, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Lorenzo Giua in Roma, Via Golametto, n. 4;

contro

s.r.l. Gial Plast, in proprio e nella qualità di capogruppo dell'a.t.i. con Bianco Igiene Ambientale, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Mormandi, con domicilio eletto presso lo studio avvocati associati Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. PUGLIA – Sede staccata di Lecce - Sezione I n. 2482 del 13 dicembre 2013, resa tra le parti, concernente sanzioni per inadempienze contrattuali nell'esecuzione del servizio di igiene urbana.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della s.r.l. Gial Plast nella qualità in atti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 novembre 2014 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti l'avvocato Lorenzo Giua, in dichiarata delega dell'avvocato Cecilia R. Zaccaria, e l'avvocato Giuseppe Mormandi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede staccata di Lecce, la s.r.l. Gial Plast s.r.l. - affidataria in raggruppamento con Bianco Igiene Ambientale del servizio di igiene ambientale nella città di Ostuni - impugnava la determinazione con la quale il Comune aveva irrogato la sanzione di 72.000 euro per le numerose inadempienze riscontrate nello svolgimento del servizio nel periodo 26 maggio – 30 settembre 2012, deducendo:

- a) violazione del termine perentorio stabilito dall'articolo 15 del capitolato speciale d'appalto;
- b) violazione dell'articolo 1375 del codice civile;
- c) errata applicazione degli articoli 13 e 15 del capitolato speciale d'appalto e violazione dell'articolo 92 della Costituzione.

2.- Con la sentenza n. 2482 del 13 dicembre 2013, il T.A.R. accoglieva il ricorso, ritenendo fondato il secondo motivo di ricorso incentrato sulla violazione del termine fissato nel capitolato speciale di appalto (trenta giorni dalla contestazione) per la irrogazione della sanzione pecuniaria.

Affermava il TAR che *“Detto termine ha natura perentoria, esprimendosi con esso un vincolo al potere sanzionatorio dell'amministrazione, il quale non può essere esercitato dopo la sua*

scadenza, assolvendo alla funzione di garantire l'effettività del diritto di difesa dei soggetti che vengano a trovarsi in posizione di soggezione rispetto a quella pretesa..”.

3.- Il Comune di Ostuni con ricorso in appello notificato il 7 marzo 2014 impugnava la suddetta sentenza, assumendo che:

- a) la perentorietà del termine per la irrogazione della sanzione non sarebbe prevista dall'articolo 15 del capitolato speciale d'appalto e non sarebbe desumibile neppure dal contesto e dalla funzione attribuita alla sanzione;
- b) la perentorietà mal si concilierebbe con il complesso *iter* irrogativo della sanzione che prevede l'accertamento e la contestazione al destinatario;
- c) il tempo di un anno e mezzo impiegato dal Comune per l'irrogazione della sanzione risulterebbe giustificato dal rilevante numero delle trasgressioni contestate.

Si è costituita in giudizio la Gial Plast s.r.l. che ha chiesto il rigetto dell'appello.

Le parti hanno depositato memorie difensive e alla pubblica udienza del 4 novembre 2014, il giudizio è stato assunto in decisione.

4.- L'appello è infondato e deve essere respinto.

Stabilisce l'articolo 15 del capitolato speciale d'appalto che *“Il dirigente competente sul servizio Ecologia o altro Dirigente, terzo rispetto all'ufficio che ha elevato la contestazione, entro trenta giorni dalla data di ricezione delle controdeduzioni o da quella di scadenza del termine per la loro presentazione, adotta il provvedimento di archiviazione qualora ritenga le stesse fondate o, in caso contrario, di applicazione delle sanzioni di cui al precedente articolo 13”.*

Il termine di trenta giorni fissato dal capitolato speciale d'appalto è un termine perentorio con conseguente estinzione del diritto ove non sia esercitato nel predetto termine, senza riguardo a circostanze soggettive ed obiettive dalle quali sia dipeso l'inutile decorso del termine.

Tale natura si desume dal contesto negoziale in cui la clausola è inserita e dalla finalità della sanzione.

Invero:

- a) il termine di decadenza risponde alle più svariate finalità accomunate dall'esigenza che il diritto venga esercitato entro un termine perentorio non suscettibile di proroga;
- b) la norma (articolo 15 del capitolato speciale di appalto) intende sollecitare la p.a. a infliggere le sanzioni senza lasciare in balia l'impresa e al contempo assicurando l'immediata soddisfazione dell'interesse pubblico alla riscossione della somma e alla esecuzione a regola d'arte della prestazione dedotta in contratto;
- c) il termine breve ma ragionevole commisurato negativamente ad un atto specifico e "singolare" di esercizio del diritto (il termine di 30 giorni dal termine di presentazione delle osservazioni) impone la sua qualificazione quale termine di decadenza.

5.- Tale conclusione è in linea con la interpretazione dell'istituto della penale contrattuale e della decadenza nel sistema normativo vigente.

5.1. - Nell'ordinamento dei contratti pubblici, la penale per gli appalti di servizi e forniture non trova una disciplina compiuta.

L'articolo 5, lettera m) del codice dei contratti pubblici demanda alla disciplina regolamentare l'individuazione dell'entità delle penali e le modalità applicative.

L'articolo 298 del regolamento approvato con d.p.r. n. 207 del 2010, stabilisce che *"I contratti precisano le penali da applicare nel caso di ritardato adempimento degli obblighi contrattuali, in relazione alla tipologia, nonché all'entità e alla complessità della prestazione, nonché al suo livello qualitativo"*.

In mancanza di una regolamentazione di carattere generale per servizi e forniture, le penali restano disciplinate da regolamenti e capitolati speciali in vigore per le singole amministrazioni e in via residuale dalla disciplina recata dal codice civile per la clausola penale (articolo 1382 c.c.).

5.2. - La clausola penale - in quanto prevista in funzione di coercizione all'esatto adempimento e come tale svolgendo (secondo l'intenzione delle parti) anche una funzione sanzionatoria o di pena privata - è sempre suscettibile del sindacato del giudice sulla sproporzione in rapporto all'entità del contratto e al danno effettivamente subito e alle altre modalità applicative.

In ordine alla natura del termine entro cui la penale va irrogata, fermo che la decadenza può essere stabilita contrattualmente (articolo 2965 c.c.), la sua indole perentoria si desume dalla funzione perseguita dalle parti con la previsione di tale patto accessorio.

Non è di ostacolo all'accertamento della natura perentoria di un termine fissato per l'esercizio di un diritto, l'assenza di una espressa previsione, ben potendo desumersi tale qualità in via interpretativa ove dal contesto negoziale e dalla funzione dell'istituto risulti (anche implicitamente ma in modo univoco) che la perdita del diritto è conseguenza immediata della mancata osservanza del termine (Cass. Civ., n. 9764 del 1995).

In materia di perentorietà dei termini sostanziali (siano essi contrattuali o procedimentali), non si applica l'articolo 152 c.p.c. (che vale per i soli termini processuali), bensì deve farsi riferimento alla disciplina privatistica, alla materia oggetto del contratto ed all'intenzione delle parti.

In tal senso si è di recente pronunciata l'Adunanza plenaria di questo Consiglio (n. 10 del 2014), secondo cui *“L'individuazione del termine come perentorio è basata anzitutto sulla ratio dello stesso in rapporto alla fase del procedimento in cui si colloca l'adempimento...per cui l'art. 152 c.p.c. che definisce i termini processuali come ordinatori salvo quelli espressamente qualificati come perentori, vale esclusivamente per i termini processuali..”*

5. 3. - Ciò posto, atteso che l'articolo 15 del capitolato speciale di appalto intende – come già detto -sollecitare l'amministrazione ad infliggere le sanzioni senza lasciare in balia dell'incertezza l'impresa e al contempo assicurare l'immediata

soddisfazione dell'interesse pubblico alla riscossione della somma e alla esecuzione a regola d'arte della prestazione dedotta in contratto, è indubbia la natura perentoria del termine fissato dal capitolato per l'irrogazione della sanzione (30 giorni dal termine di presentazione delle osservazioni).

Tale termine, che presuppone l'avvenuto svolgimento dell'istruttoria e della contestazione, non appare, peraltro, come assume il Comune appellante, eccessivamente breve e inadeguato all'esercizio del diritto, in disparte la dirimente circostanza che il capitolato è stato predisposto dal Comune che ha valutato *ex ante* la congruità di tale *spatium deliberandi*.

In conclusione, atteso che è incontestato il mancato esercizio del diritto di irrogazione della penale nel termine contrattualmente stabilito, senza che assumano rilievo alcuno difficoltà soggettive o oggettive, non può che darsi atto dell'estinzione del diritto a causa del vano decorso del termine per il suo esercizio.

L'appello va in conseguenza respinto.

8.- Le spese di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) respinge l'appello;
- b) condanna il Comune di Ostuni al pagamento delle spese di lite che liquida in euro 5.000/00, oltre accessori di legge (I.V.A., C.P.A. e 15% a titolo di rimborso di spese generali) in favore della Gial Plast s.r.l..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente FF
Francesco Caringella, Consigliere
Antonio Amicuzzi, Consigliere
Doris Durante, Consigliere, Estensore
Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **11/12/2014**

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)