

Civile Ord. Sez. U Num. 13660 Anno 2019

Presidente: SPIRITO ANGELO

Relatore: ACIERNO MARIA

Data pubblicazione: 21/05/2019

### **ORDINANZA**

sul ricorso 16632-2017 proposto da:

SENESI S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore,  
elettivamente domiciliata in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA  
CORTE DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa dall'avvocato  
GIUSEPPE GITTO;

**- ricorrente -**

602  
18

**contro**

COMUNE DI ACIREALE, in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso dagli avvocati GIOVANNI CALABRETTA ed AGATA SENFETT;

**- controricorrente -**

per regolamento di giurisdizione in relazione al giudizio pendente n. 2212/2016 del TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE di PALERMO.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 04/12/2018 dal Consigliere MARIA ACIERNO;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale IMMACOLATA ZENO, il quale chiede dichiararsi la giurisdizione del giudice ordinario.

**FATTI DI CAUSA E RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. La s.p.a Senesi ha proposto regolamento preventivo di giurisdizione in relazione ad una controversia incardinata davanti al giudice amministrativo ed avente ad oggetto la domanda di annullamento di 149 note di contestazione e delle relative determinazioni dirigenziali del Comune di Acireale riguardanti l'applicazione di penali imputate all'irregolare esecuzione del servizio di raccolta e smaltimento di rifiuti solidi urbani del Comune medesimo. Ha precisato la società ricorrente che il servizio in questione le era stato attribuito in virtù di un provvedimento di affidamento provvisorio con proroghe mediante ordinanze contingibili ed urgenti che si sono succedute fino alla conclusione di una procedura di gara che ha visto vittoriosa una società diversa dalla Senesi. L'esecuzione dell'irrogazione delle sanzioni sopra indicate è avvenuta mediante il trattenimento a titolo di compensazione delle

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

somme dovute a titolo di canoni periodici da erogare per il servizio pubblico reso.

2. Il Comune di Acireale ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sul rilievo che nella specie erano state applicate le penali di natura contrattuale contenute nel capitolato di appalto cui la s.p.a. Senesi si era vincolata. In sede cautelare il T.A.R. Sicilia ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione amministrativa mentre il Consiglio di Giustizia della Regione Siciliana ne ha affermato il difetto e la conseguente giurisdizione del giudice ordinario.

3. Da questa non univocità di pronunce è scaturito il ricorso per regolamento preventivo. Si è costituito, depositando controricorso accompagnato da memoria il Comune di Acireale.

4. Deve essere dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario.

4.1. Deve premettersi che la Corte è abilitata, in virtù dell'oggetto del procedimento relativo alla regolazione della giurisdizione, all'esame dei fatti e degli atti, alla luce delle produzioni documentali eseguite dalle parti. Deve aggiungersi che, nella specie, possono essere oggetto d'indagine anche i documenti prodotti dalla parte controricorrente, i quali risultano prodotti nell'osservanza del termine stabilito dall'art. 360 cod. proc. civ., dal momento che, per mero disguido tecnico di trasmissione, l'avvenuta costituzione di tale parte non è pervenuta nel fascicolo d'ufficio per l'adunanza camerale fissata in data 13/2/2018, successivamente differita proprio per emendare tale errore. Nella specie, i documenti di cui si farà cenno sono contenuti nel fascicolo della fase di merito del controricorrente e fanno parte dell'elencazione dei documenti ammissibili, così come indicata in S.U. 25038 del 2013.

5. La parte ricorrente ha richiesto l'annullamento di provvedimenti relativi all'applicazione di penali previste nel capitolato speciale con riguardo alla dedotta esecuzione inadempiente degli obblighi in esso contenuti. Non è in discussione che la fonte regolatrice del rapporto

giuridico intercorso tra le parti sia il predetto capitolato e che le penali applicate siano in esso previste. La mancanza di una procedura di gara, nella specie, non modifica la natura giuridica paritetica del rapporto nella fase esecutiva dell'espletamento del servizio. Pur se il momento genetico è stato determinato dalla delibera della giunta municipale di affidamento provvisorio del servizio, prorogato con ordinanze contingibili ed urgenti, la Senesi, come rilevato a pag. 9 del controricorso, ha dato immediata disponibilità all'esercizio dell'attività di raccolta dei rifiuti solidi anche in pendenza della stipula del contratto (doc. 3 controricorso). La società ricorrente ha, fin dall'inizio del rapporto, accettato le condizioni previste nel Capitolato, pur non avendo provveduto alla conclusione formale del contratto. Tale conclusione è confermata anche nel ricorso per regolamento preventivo, laddove a pag. 4, si evidenzia l'errata applicazione delle "disposizioni del Capitolato Speciale" nell'irrogazione delle penali, anche sotto il profilo procedimentale, non avendo l'ente territoriale proceduto a valutare alcuna altra soluzione e non avendo esaminato la documentazione fornita dalla società Senesi, contrariamente a quanto stabilito nell'art. 22 del Capitolato.

5.1 Qualificata, di conseguenza, la fattispecie dedotta in giudizio come appalto di servizio pubblico, anche alla luce delle indicazioni difensive e degli elementi probanti desumibili dai documenti prodotti da entrambe le parti, non possono trovare applicazione i principi invocati dalla parte ricorrente per postulare la giurisdizione del giudice amministrativo, così come indicati in S.U. n. 12111 del 2013. In questa pronuncia il rapporto dedotto in giudizio aveva natura concessoria e la irrogazione della sanzione, secondo quanto stabilito dalle S.U. non costituiva espressione di una facoltà improntata ad un rapporto paritario ma all'esplicazione di specifici poteri di vigilanza e controllo sulla corretta gestione del servizio pubblico, assumendo la natura di una vera e propria sanzione, nonostante la formale

previsione della stessa in un atto qualificato "contratto". Come specificato nell'art. 30, c.2., del d.lgs n. 163 del 2006, nel rapporto concessorio la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel gestire funzionalmente e nello sfruttare economicamente il servizio, salva la previsione di un corrispettivo da parte del concedente ove il concessionario sia tenuto ad applicare prezzi inferiori a quelli che consentirebbero un utile d'impresa. Al contrario il rapporto intercorrente tra una società affidataria del servizio di raccolta e del trasporto dei rifiuti urbani e l'ente comunale è configurabile esclusivamente come appalto di servizi, dal momento che dopo l'aggiudicazione della gara, o, più esattamente, dopo l'emanazione dei provvedimenti di affidamento provvisorio e di proroga sopra indicati, l'una e gli altri caratterizzanti la fase di espressione dell'esercizio della potestà autoritativa con la designazione della società affidataria, l'esecuzione del servizio è disciplinata dalle regole contrattuali alle quali le parti si sono vincolate, nella specie coincidenti con quelle contenute nel capitolato speciale d'appalto.

5.2. Così qualificato il rapporto, (come appalto di pubblici servizi) alla stregua, peraltro, del costante orientamento di questa Corte, (S.U. 17829 del 2007) e coerentemente alla stessa qualificazione fornita dalle parti, trovano applicazione i consolidati principi giurisprudenziali in tema di delimitazione dell'ambito della giurisdizione amministrativa negli appalti pubblici, ancorché, nella specie, l'art. 33, comma 2, lettera e), del d.lgs. n. 80 del 1998, come modificato dalla l. n. 205 del 2000, ed oggi dell'art. 133, comma 1, lett. p), dell'allegato 1, del d.lgs. n. 104 del 2010, preveda la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in relazione alla materia della raccolta e smaltimento dei rifiuti. L'attrazione *ratione materiae* non esclude, infatti, la verifica della natura giuridica del potere esercitato dalla pubblica amministrazione nella concreta dinamica del rapporto giuridico

dedotto in giudizio, anche alla luce dei criteri correttivi introdotti dalla Corte Costituzionale con la sentenza n.204 del 2004. Ne consegue che ove, come nella specie, gli atti dell'ente pubblico di cui si chiede l'annullamento siano intervenuti dopo la fase di designazione autoritativa dell'impresa appaltatrice (all'esito di gara pubblica o in virtù di provvedimento di affidamento provvisorio) all'interno della regolazione contrattuale del rapporto, la giurisdizione non può che essere del giudice ordinario. Nella specie, le penali irrogate, previste nel capitolato speciale d'appalto, dovevano trovare applicazione alla verifica di condotte inadempienti in esso predeterminate e non sulla base dell'esercizio di un potere ispettivo o di contestazione extra contratto. L'eventuale applicazione illegittima od eccessiva delle penali costituisce, di conseguenza, oggetto del sindacato di merito del giudice munito della giurisdizione, ancorché possa comportare l'esame del capitolato speciale, in quanto tale testo vale per le parti come complesso di regole che le vincolano nel rapporto contrattuale di natura paritetica.

Le S.U. di questa Corte hanno, peraltro, già affermato la giurisdizione del giudice ordinario in relazione ad una fattispecie che aveva ad oggetto la valutazione della corretta applicazione di una penale in relazione ad un pubblico appalto (S.U. 28342 del 2011), così come una recente pronuncia del Consiglio di Stato, in controversia del tutto analoga a quella dedotta nel presente giudizio (sia sul piano oggettivo che parzialmente sul piano soggettivo), hanno ricondotto la giurisdizione al giudice ordinario in un rapporto che aveva ad oggetto l'illegittima applicazione di penale in relazione all'appalto del servizio pubblico della raccolta rifiuti. (Cds. n. 3519 del 2015).

6. In conclusione deve essere dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario. Al giudice designato deve essere rimessa la decisione sulle spese del presente procedimento.

**P.Q.M.**

Dichiara la giurisdizione del giudice ordinario.

Così deciso nella camera di consiglio del 4 dicembre 2018.

Il Presidente

(Dr. Giovanni Mammone)

