

APPALTI: Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sezione prima, sentenza 23 ottobre 2023, n. 2407 in Urbanistica e appalti, n. 2/2024, pag. 265: “*L’aggiornamento dei prezzi nelle concessioni*” nota di C. Guccione

1. Appalto – Disciplina per fronteggiare l’aumento eccezionale dei prezzi - Art. 27 D.L. n. 50/2022 – Revisione prezzi - Discrezionalità dell’Amministrazione –Sussiste - Controversie - Giurisdizione amministrativa.

2. Appalto - Appalto di opere pubbliche e servizi – Prezzo – Art. 27 D.L. n. 50/2022 – Revisione prezzi – Distinzioni in ordine alle modalità operative di esecuzione dei lavori da parte dei concessionari – Irrilevanza.

1. La giurisdizione del giudice ordinario per quanto concerne l’applicazione dell’art. 27, D.L. 17 maggio 2022, n. 50, relativo alla disciplina per fronteggiare l’aumento eccezionale dei prezzi dei materiali nelle concessioni sussiste esclusivamente laddove sia in contestazione una prestazione già puntualmente prevista nel contratto e disciplinata in ordine all’an e al quantum del corrispettivo, e non laddove vi siano dei margini di discrezionalità dell’Amministrazione, come nel caso del citato art. 27, in cui non si determina alcun vincolo automatico al riconoscimento in concreto della revisione, ragion per cui permane la discrezionalità dell’Amministrazione e la conseguenziale giurisdizione amministrativa.

2. La ratio dell’art. 27 del D.L. n. 50/2022, emanato per fronteggiare gli aumenti eccezionali dei costi sopportati dai concessionari, esclude che la sua applicazione sia subordinata alle modalità operative di esecuzione dei lavori, discriminando tra coloro che li realizzano in proprio o per il tramite dei propri soci se costituiti in società di progetto, rispetto a chi decida invece di affidarli a terzi. Tale interpretazione è coerente con la disciplina dettata dal nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 36/2023, che per quanto non applicabile *rationae temporis*, all’art. 9, introduce il "principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale".

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio di Aria S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 20 settembre 2023 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In forza di un contratto di concessione di costruzione e gestione ex art. 143 del D.Lgs. n. 163/06, stipulato in data 14.11.2012 con Infrastrutture Lombarde S.p.a. (successivamente incorporata da Aria S.p.a) e l’Azienda Ospedaliera San Gerardo (divenuta poi ASST di Monza), la società Synchron, è divenuta concessionaria dell’esecuzione dei lavori di potenziamento, ampliamento e ristrutturazione del presidio ospedaliero di Monza, nonché della manutenzione ordinaria e straordinaria, e della gestione dei servizi afferenti al medesimo.

In particolare, Synchron è una società di progetto costituita ai sensi dell’art. 156 del D.Lgs. n. 163/2006 (oggi art. 184 del D.lgs. 50/2016), dal raggruppamento temporaneo di imprese

aggiudicatario della procedura ad evidenza pubblica avente ad oggetto l'affidamento della concessione.

Tra gli attuali soci della società di progetto, vi è la Società cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi (nel proseguo "CMB"), mandataria del raggruppamento temporaneo dei soci costruttori, a cui è stata affidata l'esecuzione dei lavori.

In data 12.9.2022, CMB ha rappresentato ad Aria che il quadro economico degli interventi e il computo metrico estimativo riferiti ai lavori, sono stati stimati prendendo a riferimento il prezzario Regione Lombardia del 2011, richiamato nel contratto, che nel corso della sua esecuzione, è stato tuttavia sostituito da un nuovo prezzario aggiornato al 2022, emesso in data 25.7.2022, di cui la stessa ha chiesto l'applicazione ai sensi dell'art. 27 del D.L. 17.5.22 n. 50, convertito con modificazioni dalla L. 15.7.22 n. 91.

Con il provvedimento impugnato nel presente giudizio, Aria ha tuttavia risposto negativamente alla predetta istanza.

La società resistente si è costituita in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso, in rito e nel merito. Con ordinanza n. 1426 del 2.12.2022, il Tribunale ha respinto la domanda cautelare, mentre il Consiglio di Stato, Sez. III, con la n. 785/23, ha accolto l'appello, ai fini di una sollecita fissazione dell'udienza di merito.

All'udienza pubblica del 20.9.23 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I) In via preliminare, il Collegio deve scrutinare l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla difesa di Aria, che è tuttavia infondata.

Per giurisprudenza pacifica, la portata ampia e generale della giurisdizione esclusiva in materia di revisione dei prezzi negli appalti di opere pubbliche, incontra un limite nel caso in cui sia in contestazione esclusivamente l'espletamento di una prestazione già puntualmente prevista nel contratto e disciplinata in ordine all'an e al quantum del corrispettivo, giacché in tale evenienza la controversia incardinata dall'appaltatore ai fini della percezione del compenso revisionale ha ad oggetto una mera pretesa di adempimento contrattuale, e quindi, comporta l'accertamento dell'esistenza di un diritto soggettivo, che ricade nell'ambito della giurisdizione ordinaria (Cass. Civ. Sez. Un., 8.2.22, n. 3935, C.S., Sez. III, 7.7.22 n. 5651). Nel caso di specie, facendo applicazione dell'art. 27 cit., il committente esercita invece un potere di approvazione, operando pertanto una valutazione discrezionale, che radica la giurisdizione del g.a.

Come affermato da T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 22.12.22 n. 8016 in una fattispecie analoga a quella per cui è causa, la discrezionalità dell'Amministrazione non è esclusa a fronte di una

disposizione normativa che, come quella di cui all'art. 27 cit., non determina alcun vincolo al riconoscimento in concreto della revisione, che non può dirsi determinata né nell'an, né nel quantum.

II.1) Quanto al merito, come detto, il provvedimento impugnato ha rigettato l'istanza con cui la ricorrente ha chiesto l'applicazione dell'art. 27 del D.L. 17.5.22 n. 50, dettato in materia di "Disposizioni urgenti in materia di concessioni e di affidamenti di lavori", secondo cui

"1. Per fronteggiare, negli anni 2022 e 2023, gli aumenti eccezionali dei prezzi dei materiali da costruzione nonché dei carburanti e dei prodotti energetici, anche in conseguenza della grave crisi internazionale in atto in Ucraina, i concessionari di cui all'articolo 142, comma 4, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, e quelli di cui all'articolo 164, comma 5, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, possono procedere all'aggiornamento del quadro economico o del computo metrico del progetto esecutivo in corso di approvazione o approvato alla data di entrata in vigore del presente decreto e in relazione al quale risultino già espletate le procedure di affidamento ovvero ne sia previsto l'avvio entro il 31 dicembre 2023, utilizzando il prezzario di riferimento più aggiornato.

2. Il quadro economico o il computo metrico del progetto, come rideterminato ai sensi del comma 1, è sottoposto all'approvazione del concedente ed è considerato nell'ambito del rapporto concessorio, in conformità alle delibere adottate dall'autorità di regolazione e di vigilanza del settore, ove applicabili. In ogni caso, i maggiori oneri derivanti dall'aggiornamento del quadro economico o del computo metrico del progetto non concorrono alla determinazione della remunerazione del capitale investito netto né rilevano ai fini della durata della concessione".

II.2) Secondo quanto affermato nel provvedimento impugnato "il riferimento operato all'art. 27 comma 1 del DL 50/2022 è inconferente, atteso che la norma trova applicazione solo per gli appalti che il concessionario affida a terzi. Ad ogni modo, come stabilito al comma 2 del citato art. 27 del DL 50/2022, i maggiori oneri derivanti dall'aggiornamento del quadro economico o del computo metrico del progetto non concorrono alla determinazione della remunerazione del capitale investito netto né rilevano ai fini della durata della concessione. Ne consegue che le criticità lamentate nella nota che si riscontra, con particolare riguardo all'aumento dei prezzi, dovranno essere risolte alla stregua delle disposizioni della convenzione stipulata "inter partes" e delle norme e dei principi di riferimento applicabili al caso di specie. Quindi è onere del concessionario dimostrare la sussistenza delle condizioni e dei presupposti legittimanti l'eventuale revisione dell'assetto convenzionale. E, a tutt'oggi, codesto Concessionario non ha fornito le analisi ed i dati necessari".

III) Osserva il Collegio che, in base a quanto disposto nell'art. 164, c. 5 del D.Lgs. n. 50/16, richiamato dall'art. 27 cit. al fine di individuare i soggetti sottoposti alla sua applicazione, "i

concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, per gli appalti di lavori affidati a terzi sono tenuti all'osservanza della presente Parte”.

III.1) In primo luogo, il Collegio dà atto che, dal punto di vista meramente letterale, i soggetti individuati da tale norma, sono “i concessionari di lavori pubblici”, e non invece “gli appalti di lavori affidati a terzi”, che rappresentano un'attività posta in essere dagli stessi. Lo stesso art. 27 cit. contiene del resto distinte previsioni applicabili ai “concessionari” (c. 1 e 2), o ai “contratti di appalti di lavori” (c. 2 bis).

Quanto alla ratio insita nell'art. 27 cit., emanato per fronteggiare gli aumenti eccezionali dei costi sopportati dai concessionari, la stessa esclude che la sua applicazione sia subordinata alle modalità operative di esecuzione dei lavori, discriminando tra coloro che realizzano in proprio o per il tramite dei propri soci se costituiti in società di progetto, rispetto a chi decida invece di affidarli a terzi.

III.2) L'interpretazione sopra evidenziata è peraltro coerente con la disciplina dettata dal nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al D.lgs. 36/2023, che per quanto non applicabile *rationae temporis*, all'art. 9, introduce il “principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale”, stabilendo che “se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali”. Come chiarito nella Relazione illustrativa del Consiglio di Stato, con tale disposizione “si è inteso codificare una disciplina generale da applicare per la gestione delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili considerate dalla disposizione, tali da determinare una sostanziale alterazione nell'equilibrio contrattuale, con effetti resi di recente drammaticamente evidenti dalla congiuntura economica e sociale segnata dalla pandemia e dal conflitto in Ucraina”.

III.3.1) Secondo la difesa di Aria, il ricorso andrebbe invece respinto poiché “nel caso di lavori eseguiti dalle società socie della società di progetto, essendo questi prestati in proprio, non potrà che guardarsi alla remunerazione che il concessionario otterrà comunque dallo sfruttamento dell'opera, non potendosi limitare l'analisi al solo costo di costruzione”.

III.3.2) Il Collegio non condivide tale argomentazioni.

Come correttamente dedotto dalla stessa resistente, mentre nell'appalto la realizzazione dell'opera è finanziariamente a carico della PA, ciò non accade nella concessione di opere pubbliche, ove il concessionario è invece retribuito attraverso il riconoscimento del diritto di gestione dell'opera per un certo periodo di tempo.

Conseguentemente, non si vede perché l'intervento economico del concedente debba essere diverso a seconda delle modalità operative scelte dal concessionario per eseguire i lavori, corrispondendo gli

aumenti conseguenti all'applicazione dell'art. 27 cit. se quest'ultimo li ha affidati in appalto, o negandoli se li ha invece eseguiti in proprio o tramite i propri soci.

III.4) Da ultimo, non rileva il richiamo effettuato dalla difesa di Aria all'art. 149 c. 3 del D.Lgs. n. 163/2006, secondo cui “non si considerano come terzi le imprese che si sono raggruppate o consorziate per ottenere la concessione, né le imprese ad esse collegate. Se il concessionario ha costituito una società di progetto, in conformità all'articolo 156, non si considerano terzi i soci, alle condizioni di cui al comma 2 del citato articolo 156”, trattandosi di una disposizione dettata “in materia di pubblicità applicabili agli appalti aggiudicati dai concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici”, che non ha pertanto rilievo nella presente controversia.

In conclusione, il ricorso va pertanto accolto.

Quanto alla domanda risarcitoria, per quanto formalmente introdotta, la stessa non è stata tuttavia articolata, essendo pertanto allo stato inammissibile.

Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio, in considerazione dell'innovatività delle questioni dedotte.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei termini di cui in motivazione, e per l'effetto annulla il provvedimento in epigrafe impugnato.

Spese compensate, salvo il rimborso del contributo unificato in favore delle ricorrenti.

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

Così deciso in Milano nelle camere di consiglio dei giorni 20 settembre 2023 e 18 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere

Mauro Gatti, Consigliere, Estensore