



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 in appello numero di registro generale 4838 del 2012, proposto da:
Comune di Milano in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli
avv. Maria Rita Surano, Maria Teresa Maffey, Paola Cozzi e Raffaele Izzo, con
domicilio eletto presso l'avvocato Raffaele Izzo in Roma, Lungotevere Marzio n. 3;

contro

Metro 5 s.p.a. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli
avvocati Marco Annoni, Andrea Segato e Rossana Frau, con domicilio eletto
presso l'avvocato Marco Annoni in Roma, via Udine n. 6;

nei confronti di

Astaldi s.p.a. in persona del legale rappresentante, non costituita in questo grado
del giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo della Lombardia, sede di Milano,
Sezione III, n. 03200/2011, resa tra le parti, concernente riconoscimento della
compensazione relativa all'aumento del costo dei materiali di costruzione

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Metro 5 s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2013 il Cons. Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Maria Rita Surano, Marco Annoni e Rossana Frau;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo della Lombardia, sede di Milano, rubricato al n. 689/2011, Metro 5 s.p.a. impugnava la deliberazione della Giunta municipale del Comune di Milano reg. 3743 del 23 dicembre 2010 nella parte in cui aveva respinto le osservazioni presentate dalla stessa Metro 5 s.p.a. a norma dell'art. 10 bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, disponendo quindi di non accogliere l'istanza di compensazione per il riconoscimento dell'incremento del prezzo dei materiali da costruzione presentata da Metro 5 ai sensi dell'art. 1, quarto comma, del d.l. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito in legge 22 dicembre 2008 n. 201.

L'impugnazione era estesa a tutti gli atti preparatori e, in particolare, alla proposta di deliberazione della Direzione centrale mobilità, alla relazione tecnica del RUP, alla nota con cui il Direttore del Settore attuazione mobilità trasporti aveva comunicato a Metro 5 che l'istruttoria relativa alla istanza di compensazione si era conclusa con esito negativo, invitandola a controdedurre ai sensi dell'art. 10 bis della L. 241 del 1990.

La ricorrente chiedeva inoltre la condanna del Comune di Milano al pagamento in suo favore della somma di Euro 1.274.275,39 a titolo di compensazione per l'adeguamento dei prezzi dei materiali da costruzione impiegati nel 2008 di cui all'art. 1 del D.L. 162 del 2008, se del caso con le modalità già definite dalla delibera della Giunta municipale n. 2061 del 9 luglio 2010, oltre interessi e rivalutazione, previo accertamento della sussistenza del relativo diritto.

Con motivi aggiunti depositati il 3 marzo 2011 impugnava il provvedimento, comunicato con nota PG 142610 del 18 febbraio 2011, pervenuta il 24 febbraio 2011, con cui il Responsabile Unico del procedimento aveva approvato lo Stato di avanzamento lavori n. 41 al 31 gennaio 2011.

Con ricorso n. 696 del 2011 Astaldi s.p.a., Alstom Ferroviaria s.p.a., Ansaldo s.p.a., Ansaldo Srs s.p.a., Azienda Trasporti Milanesi s.p.a., Torno Global Contracting s.p.a. in stato di fallimento, impugnavano la già citata delibera di Giunta municipale del Comune di Milano n. 3743/2010 in data 23 dicembre 2010 e tutti gli atti connessi e preordinati chiedendo inoltre la condanna del Comune di Milano a pagare a favore di Metro S.p.A. la somma di Euro 1.248.491,27 a titolo di compenso per l'aumento dei prezzi dei materiali da costruzione intervenuto nel 2008 con le modalità di cui alla D.G.C. n. 2061 del 9 luglio 2010.

Con motivi aggiunti chiedeva l'annullamento del sommario di contabilità del 31 gennaio 2011 nella parte in cui viene posta a debito di Metro la somma di Euro 1.248.491,27 e la nota del Dirigente del Settore Attuazione Mobilità del 24 febbraio 2011 che l'aveva approvata.

Con la sentenza in epigrafe, n. 3200/11 il Tribunale amministrativo della Lombardia, sede di Milano, Sezione I, riuniva il ricorso con quello, rubricato al n. 696/11 proposto da Astaldi s.p.a. e:

- dichiarava l'inammissibilità del ricorso n. 696/2011 proposto da Astaldi s.p.a. per difetto di legittimazione della stessa;

- accoglieva il ricorso n. 689/2011 promosso da Metro 5 s.p.a. ordinando al Comune di Milano di esaminare la domanda di compensazione dei maggiori costi di costruzione intervenuti nel 2008 attivando la procedura di revisione del PEF di cui all'art. 36 della convenzione con cui è stata affidata la concessione.

2. Avverso la predetta sentenza, nella parte in cui accoglie, nei termini di cui sopra, il ricorso n. 689/2011, il Comune di Milano propone il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 4838/12 contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma ed il rigetto del ricorso di primo grado.

Si è costituita in giudizio Metro 5 s.p.a. chiedendo il rigetto dell'appello.

Le parti hanno scambiato memorie.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 15 gennaio 2013.

3. La parte appellata è concessionaria della costruzione e successiva gestione di un tratto della metropolitana cittadina di Milano.

Nell'ambito del suddetto rapporto la concessionaria ha presentato istanza di compensazione, ai sensi dell'art. 1, quarto comma, del d.l. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito in legge 22 dicembre 2008 n. 201, per il riconoscimento dell'incremento del prezzo dei materiali da costruzione, riscontrato nell'anno 2008.

La relativa istanza è stata respinta dal Comune con i provvedimenti oggetto del presente giudizio.

Il primo giudice ha accolto l'impugnazione dell'odierna appellata annullando gli atti di rigetto della sua istanza ed imponendo la revisione del piano economico e finanziario, concordato fra le parti ai sensi dell'art. 36 della convenzione stipulata, al fine di adeguarlo alla suddetta previsione normativa.

3a. Il Comune appellante sostiene che il primo giudice ha pronunciato oltre la domanda di parte in quando l'odierna appellata ha chiesto la condanna al pagamento, in proprio favore, di una somma di denaro, per la causale di cui sopra,

mentre il Tribunale amministrativo si è espresso in termini del tutto differenti, avendo imposto la revisione del piano economico e finanziario.

La doglianza non può essere condivisa.

La condanna alla revisione del piano economico e finanziario è stata chiesta dalla ricorrente in primo grado, sebbene con memoria, e non costituisce “*mutatio libelli*”.

Invero, la pretesa dell’odierna appellata è sempre rimasta quella dell’applicazione del sistema di attualizzazione del prezzo di costruzione previsto dall’art. 1, quarto comma, del d.l. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito in legge 22 dicembre 2008 n. 201.

E’ vero che la domanda è stata inizialmente proposta in termini di condanna diretta dell’Amministrazione.

La successiva riformulazione costituisce sostanzialmente una subordinata in quanto all’originaria pretesa di soddisfazione integrale viene aggiunta quella, di contenuto meno immediatamente soddisfattivo e quindi logicamente subordinata, di inserire la pretesa nel quadro complessivo dei rispettivi diritti ed obblighi delle parti, da rivedere alla luce del preteso riconoscimento del diritto di cui ora si tratta.

La domanda costituisce quindi una consentita “*emendatio libelli*” alla quale il giudice poteva anche pervenire autonomamente, accogliendo in parte la pretesa dell’attore.

La censura deve pertanto essere disattesa.

3b. Il Comune appellante sostiene l’inapplicabilità dell’art. 1, quarto comma, del d.l. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito in legge 22 dicembre 2008 n. 201, al rapporto di cui si discute, e la sua opinione è condivisa dal Collegio.

La norma individua, in sostanza, un’ipotesi nella quale in un determinato periodo storico un evento eccezionale ed imprevedibile, costituito da un particolare incremento del costo dei materiali da costruzione, ha influito sull’equilibrio dei rapporti fra stazioni appaltanti ed appaltatori, mettendo a rischio il completamento delle opere.

Il legislatore è quindi intervenuto imponendo la considerazione dell'elemento sopravvenuto nei contratti di appalto stipulati per la realizzazione di opere pubbliche mediante l'eccezionale inserimento, nei suddetti contratti, di una clausola di aggiornamento dei compensi previsti.

Le parti discutono dell'applicabilità del richiamato art. 1, quarto comma, del d.l. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito in legge 22 dicembre 2008 n. 201, al rapporto di cui ora si tratta che, come già sottolineato, è configurato come concessione, ed è stato instaurato in base al sistema della finanza di progetto.

Ritiene il Collegio che la normativa invocata non sia applicabile al rapporto controverso, per caratteristiche intrinseche di quest'ultimo, come concordemente impostato dalle parti nell'esercizio della rispettiva autonomia contrattuale.

Invero, l'art. 11 della convenzione stipulata stabilisce quanto spetta complessivamente al concessionario per gli investimenti realizzati.

In particolare, il quinto comma del richiamato art. 11 stabilisce che *“gli ulteriori importi relativi alla realizzazione dell'opera non coperti dal contributo totale in conto investimenti saranno a carico del concessionario che provvederà al reperimento delle necessarie risorse secondo quanto previsto dal piano economico e finanziario”*.

Le parti hanno quindi univocamente convenuto che tutte le spese di realizzazione dell'opera non coperte dal suddetto contributo sono a carico del concessionario.

La volontà univocamente espressa dalle parti esclude la possibilità di utilizzare il meccanismo di sostanziale inserzione automatica di clausole invocato dalla parte appellata.

Invero, la regola dell'integrazione del contratto prevista dall'art. 1374 c.c. opera esclusivamente in relazione a quegli effetti del contratto in ordine ai quali le parti non abbiano espresso la loro volontà o l'abbiano espressa in modo lacunoso ed ambiguo e va, quindi, esclusa quando, secondo l'insindacabile apprezzamento del giudice del merito, le parti abbiano compiutamente ed univocamente regolato gli

effetti del contratto e del contenuto delle loro prestazioni (Cass. civ., II, 17 giugno 1994, n. 5862).

Nel caso di specie le parti hanno espressamente disciplinato la ripartizione dei costi non coperti dal contributo totale in costo investimenti, accollandoli integralmente al concessionario.

La volontà delle parti è quindi univoca, ed il suo contenuto non appare in contrasto con norme imperative, e nemmeno ricorrono le altre circostanze che, a norma dell'art. 1418, secondo comma, del codice civile, comportano la nullità del contratto.

Deve anche essere osservato come tale affermazione sia stata pronunciata anche dal primo giudice (pagg. 13 – 14), il quale peraltro da essa ha tratto la sola conseguenza dell'infondatezza della domanda di condanna al pagamento ad una somma di denaro, ammettendo invece la considerazione dell'incremento dei costi al fine della revisione del piano economico e finanziario.

Il primo giudice ha infatti sostenuto che tale incremento rientra fra le cause che, in base alla disciplina pattizia, impongono la revisione del suddetto piano.

Tale affermazione non può essere condivisa.

La convenzione sottoscritta dalle parti dell'odierno giudizio disciplina espressamente la ripartizione dell'alea contrattuale.

L'art. 36, intitolato revisione della concessione e facoltà di recesso, dispone al primo comma che *“il concessionario o il concedente potranno richiedere la revisione del piano economico finanziario e della convenzione nel caso in cui si verifichi una modifica o una variazione dei presupposti o delle condizioni di base del piano economico finanziario, determinata esclusivamente da (i) fatto del concedente, (ii) nuove norme legislative e regolamentari che stabiliscono nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio del servizio di trasporto, (iii) forza maggiore, (iv) prolungamento della linea da parte di terzi nonché (v) in ogni altro caso previsto dalla convenzione”*.

Il secondo comma dispone poi che *“in tutti i casi in cui la revisione del piano economico finanziario sia richiesta per forza maggiore, bonifiche e ritrovamenti bellici si darà luogo al riequilibrio ai sensi del precedente articolo 36.1 esclusivamente qualora i maggiori costi del concessionario – ivi compresi quelli di fermo cantiere - derivanti dall’evento rilevante superino l’importo unico e cumulabile di Euro 2.000.000,00”*.

La convenzione, quindi, consente la revisione del piano economico finanziario solo in presenza di fatti eccezionali, nell’ambito dei quali la forza maggiore è accomunata a bonifiche e ritrovamenti bellici.

Ai sensi dell’art. 1 della convenzione, forza maggiore era *“un evento o circostanza al di fuori del ragionevole controllo della parte che subisca tale circostanza da cui derivi l’impossibilità, in tutto o in parte, di adempiere le obbligazioni previste ai sensi della convenzione”* (elencazione esemplificativa: la guerra, un atto di terrorismo, una sommossa, sabotaggi o atti di vandalismo, disastri naturali, scioperi generali, impossibilità di accedere alle materie prime o servizi necessari).

La forza maggiore quindi costituisce, nella logica della convenzione, un evento eccezionale ed imprevedibile che incide sulla stessa possibilità di eseguire le prestazioni cui si è impegnato il concessionario.

Il fatto sul quale si fondano le pretese dell’appellata (eccezionale aumento dei costi di costruzione) è palesemente estraneo a tale concetto.

Invero, l’aumento dei costi necessari per l’esecuzione delle opere previste non comporta certo la sostanziale impossibilità della prestazione; il suo effetto è infatti circoscritto al ricalcolo del lucro atteso dal concessionario, che peraltro non si fonda su una controprestazione esattamente determinata ma su fattori diversi, il risultato della cui combinazione non è determinabile *“a priori”*.

Né vi è antinomia, come erroneamente ritenuto dalla sentenza appellata, tra il fatto (la forza maggiore) e l’effetto (la revisione del piano economico finanziario).

L'impossibilità sopravvenuta, infatti, cui afferisce il concetto di forza maggiore, non comporta necessariamente la risoluzione del contratto, ma, quando è parziale (art. 1464 c.c.), un riequilibrio del contratto mediante riduzione della prestazione dell'altra parte.

Non vi è ragione, dunque, per trasferire la forza maggiore dall'ambito della impossibilità sopravvenuta, che gli è propria, a quello della eccessiva onerosità, che è invece legato a circostanze del tutto diverse.

Occorre poi sottolineare come appaiano irrilevanti i richiami alla decisione Eurostat 18/2004 dell'11 febbraio 2004.

Deve essere premesso come Eurostat sia una Direzione generale dell'Unione europea preposta alla raccolta dei dati statistici necessari per le definizioni delle politiche comunitarie, senza alcun potere normativo in campi estranei al suddetto ambito.

Infatti, la decisione citata espressamente si pone nell'esclusiva ottica della corretta descrizione di taluni fenomeni, al fine di stabilire la corretta imputazione nei bilanci pubblici dei relativi costi o entrate.

In tale ottica, la decisione afferma che afferiscono al rischio di costruzione eventi come (nella traduzione giurata depositata dalla parte appellata): *“ritardata consegna, mancato rispetto di standard predeterminati, costi aggiuntivi, deficienze tecniche e conseguenze esterne negative. L'eventualità che il soggetto pubblico sia obbligato a corrispondere pagamenti regolari indipendentemente dallo stato di avanzamento effettivo della realizzazione del bene implica l'assunzione del rischio di costruzione da parte del soggetto pubblico”*.

Può quindi essere condivisa l'affermazione secondo la quale per Eurostat l'aumento dei costi afferisce al rischio di costruzione, ed il relativo onere può essere accollato al soggetto pubblico.

Non può invece essere condivisa l'affermazione dell'appellata, secondo la quale l'atto stabilisce una norma, secondo la quale le stazioni appaltanti necessariamente

si assumono il rischio dell'aumento dei costi di realizzazione di un'opera pubblica, dovuto all'aumento dei prezzi dei materiali necessari.

4. Sulle base delle considerazioni che precedono afferma il Collegio che il meccanismo di adeguamento dei corrispettivi di cui all'art. 1, quarto comma, del d.l. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito in legge 22 dicembre 2008 n. 201, non si applica al rapporto concessorio di cui ora si discute, neppure al limitato fine della necessaria revisione del piano economico e finanziario.

L'appello deve, di conseguenza, essere accolto e, in riforma della sentenza gravata, respinto il ricorso di primo grado.

Le spese di entrambi i gradi del giudizio devono essere integralmente compensate in ragione della complessità della controversia.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 4838/12, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza gravata respinge il ricorso di primo grado.

Compensa integralmente spese ed onorari del doppio grado di giudizio fra le parti costituite, fermo restando il rimborso del contributo unificato in favore del Comune di Milano.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/04/2013

IL SEGRETARIO

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

LAVORI PUBBLICI