

N. 08016/2022 REG.PROV.COLL.

N. 04617/2022 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4617 del 2022, proposto da: Appalti Generali 2011 s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Caliendo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed eletto presso il suo studio in Napoli alla Via P. Colletta n. 12;

contro

Provincia di Caserta, non costituita in giudizio;

avverso il silenzio

formatosi in relazione alla mancata conclusione del procedimento riguardante l'istanza formulata il 30.11.2021, in base al D.L. n. 73 del 2021, al fine di ottenere le modifiche delle condizioni economiche per i maggiori costi sostenuti, in riferimento ai lavori di manutenzione ordinaria anno 2020/2021, sulle strade provinciali ed in gestione del centro 3 + tronco 2 del centro 4.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2022 il dott. Giuseppe Esposito e udito per la parte l'avvocato Lettieri per delega dell'avvocato Caliendo che, con note depositate l'8/12/2022, ha chiesto il passaggio in decisione della causa; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con istanza del 30/11/2021 la Società ricorrente, in relazione al contratto d'appalto CIG 8325831517 per l'esecuzione dei lavori in epigrafe indicati per un importo complessivo di € 248.703,15 (stipulato il 22/7/2021, ovvero n. 22419 del 12/3/2021 rep. 3953/00, come indicato nell'istanza), ha richiesto alla Provincia di Caserta il riconoscimento dei maggiori costi sopportati per i materiali (sacchetti di asfalto a freddo, conglomerato bituminoso, binder, segnali in alluminio e ferro), adducendo che il loro aumento ha determinato un'alterazione dell'equilibrio contrattuale.

Nell'istanza è fatto tra l'altro riferimento all'art. 1-*septies* del D.L. n. 73/2021, convertito con legge n. 106/2021.

Con il presente ricorso, notificato il 5/10/2022 e depositato l'8/10/2022, deduce l'illegittimità del silenzio serbato, per violazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 2 della legge n. 241/90, del d.lgs. n. 50/2016 e del D.P.R. n. 207/2010, nonché del principio del buon andamento, chiedendo che sia ordinato alla Provincia di espletare l'istruttoria per la conclusione del procedimento volto a ottenere le compensazioni richieste, nominando in caso di ulteriore inerzia un Commissario ad acta.

La Provincia di Caserta non si è costituita in giudizio.

Alla camera di consiglio del 14 dicembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

2.- Va preliminarmente esposto il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento.

2.1. Con la legge di conversione 23 luglio 2021, n. 106 è stato inserito nel D.L. 25 maggio 2021, n. 73 (c.d. "Decreto Sostegni bis": *“Misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali”*) l'art. 1-septies (*“Disposizioni urgenti in materia di revisione dei prezzi dei materiali nei contratti pubblici”*), il cui primo comma dispone che:

<<Per fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione verificatisi nell'anno 2021, per i contratti in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili rileva, entro il 31 ottobre 2021 e il 31 marzo 2022, con proprio decreto, le variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'8 per cento, verificatesi rispettivamente nel primo e nel secondo semestre dell'anno 2021, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi>>.

È quindi stabilito che (terzo e quarto comma) che:

- <<La compensazione è determinata applicando alle quantità dei singoli materiali impiegati nelle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori, ovvero annotate sotto la responsabilità del direttore dei lavori nel libretto delle misure, dal 1° gennaio 2021 fino al 31 dicembre 2021 le variazioni in aumento o in diminuzione dei relativi prezzi rilevate dal decreto di cui al comma 1 con riferimento alla data dell'offerta, eccedenti l'8 per cento se riferite esclusivamente all'anno 2021 ed eccedenti il 10 per cento complessivo se riferite a più anni>>;

- <<Per le variazioni in aumento, a pena di decadenza, l'appaltatore presenta alla stazione appaltante l'istanza di compensazione entro quindici giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dei decreti di cui al comma 1. Per le variazioni in diminuzione, la procedura è avviata d'ufficio dalla stazione appaltante, entro quindici giorni dalla predetta data; il responsabile

del procedimento accerta con proprio provvedimento il credito della stazione appaltante e procede a eventuali recuperi>>.

Nella G.U.R.I. - Serie Generale n. 279 del 23 novembre 2021 è stato pubblicato il Decreto del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili dell'11 novembre 2021, recante *“Rilevazione delle variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'8 per cento, verificatesi nel primo semestre dell'anno 2021, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi”* (emendato, per la rettifica del prezzo medio di uno specifico materiale, con D.M. 7/12/2021).

Per completezza, va segnalata la circolare ministeriale del 25 novembre 2021 (*“Modalità operative per il calcolo e il pagamento della compensazione dei prezzi dei materiali da costruzione più significativi ai sensi dell'articolo 1-septies del D.L. n. 73/2021, convertito con modificazioni dalla Legge n. 106/2021”*).

2.2. Il suddetto decreto ministeriale è stato annullato dal TAR Lazio, sez. III, con sentenza del 3/6/2022 n. 7215, statuendo che il Ministero è tenuto *“all'espletamento –con riguardo ai rilevati incrementi di prezzo dei materiali più significativi in contestazione nel presente giudizio- di un supplemento istruttorio, condotto anche autonomamente ed eventualmente facendo ricorso anche ad altre fonti e tenendo, se del caso, anche conto delle introdotte nuove metodiche di rilevazione, revisione e aggregazione dei dati”*.

La domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza è stata respinta dal Consiglio di Stato, sez. V, con ordinanza del 14/10/2022 n. 4936 (*“ritenuto, peraltro, che il periculum in mora prospettato dal Ministero appellante – il danno procurato alle imprese dalla tardiva rilevazione della variazione dei prezzi dei materiali della quale le stazioni appaltanti dovranno tener conto in fase di esecuzione dei contratti – è superato dall'interpretazione dell'effetto conformativo della sentenza impugnata nel senso che la riedizione del potere derivante dalla caducazione del provvedimento non esclude la transitoria applicazione delle variazioni dei prezzi già accertare”*).

2.3. Sul quadro così formatosi sono intervenute ulteriori disposizioni legislative.

2.3.1. L'art. 29 del c.d. "Decreto Sostegni ter" (D.L. 27 gennaio 2022, n. 4, convertito con legge 28 marzo 2022, n. 25) ha introdotto "*Disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici*", riproponendo per i contratti relativi a lavori l'obbligo della stazione appaltante di valutare le variazioni dei prezzi dei singoli materiali da costruzione, ove superiori al 5% del prezzo rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta, secondo la metodologia rilevata dall'Istat e sulla base delle determinazioni del Ministero (art. 29 cit., comma 1, lett. b), e comma 2).

Tali disposizioni tuttavia trovano applicazione "*in relazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, i cui bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, qualora l'invio degli inviti a presentare le offerte sia effettuato successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto* (primo comma).

2.3.2 Nuovamente per "*fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi dei materiali da costruzione*", è ancora intervenuto il c.d. "Decreto Aiuti" 17 maggio 2022, n. 50, convertito con legge 15 luglio 2022, n. 91, che all'art. 26 ha previsto ulteriori disposizioni ("*in relazione agli appalti pubblici di lavori, ivi compresi quelli affidati a contraente generale, aggiudicati sulla base di offerte, con termine finale di presentazione entro il 31 dicembre 2021*"), stabilendo che lo stato di avanzamento dei lavori è adottato, "*anche in deroga alle specifiche clausole contrattuali, applicando i prezziari aggiornati ai sensi del comma 2 [prezzari regionali] ovvero, nelle more del predetto aggiornamento, quelli previsti dal comma 3*" [incremento fino al 20% dei prezziari regionali aggiornati al 31 dicembre 2021]" (co. 1).

Dette previsioni afferiscono "*alle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori ovvero annotate, sotto la responsabilità dello stesso, nel libretto delle misure dal 1° gennaio 2022 fino al 31 dicembre 2022*" (co. 1, cit.).

3.- Operata questa ricostruzione, si può procedere allo scrutinio del ricorso.

3.1. Va innanzitutto affermata la sussistenza della giurisdizione amministrativa esclusiva, ex art. 133, primo comma, lettera e), del codice del processo amministrativo.

Le disposizioni sopra riportate hanno introdotto una speciale ipotesi di revisione straordinaria del prezzo d'appalto, nel contesto emergenziale che ha dettato l'intervento legislativo, la quale non si discosta nella sua natura (se non per l'eccezionalità delle previsioni) dall'istituto generale della revisione prezzi.

È consolidato l'indirizzo per cui, in tema di revisione prezzi del contratto d'appalto, spetta al giudice amministrativo la cognizione della domanda allorché viene in rilievo l'esistenza di un potere discrezionale della Pubblica Amministrazione, mentre il giudice ordinario conosce della pretesa che si concreta in una richiesta di adempimento, sulla base di una clausola contrattuale che delinea esattamente l'obbligazione della parte pubblica (cfr. Cons. Stato, sez. III, 7/7/2022 n. 5651, che ha affermato necessaria una *“specifica clausola di regolamentazione della revisione prezzi, nell'ambito del contratto di appalto, in cui venga riconosciuta ex ante la spettanza della revisione e siano individuati tempistiche e criteri per determinare l'importo da riconoscere all'appaltatore”*, mentre la discrezionalità dell'Amministrazione non è esclusa dall'esistenza di *“pertinenti disposizioni di legge [che] non determina alcun vincolo al riconoscimento in concreto della revisione, la quale quindi - sulla base del puro rimando al parametro normativo di riferimento - non può dirsi determinata né nell'an, né nel quantum (Cons. Stato, III, n. 2157 del 2022)”*).

La giurisdizione esclusiva comporta il concorso di posizioni di interesse legittimo e diritto soggettivo, con la conseguenza che la pretesa dell'interessato – come nel caso di specie – all'espletamento dell'istruttoria finalizzata al riconoscimento della revisione prezzi esige la formulazione di un'istanza all'Amministrazione e, in caso di inerzia, la proposizione dell'azione avverso il silenzio (cfr. Cons. Stato, sez. III,

13/7/2022 n. 5920 tra le altre dello stesso tenore: *“Lo schema procedimentale descritto comporta, dunque, che il privato contraente, in relazione all'esercizio di tale potere, potrà avvalersi unicamente dei rimedi e delle forme tipiche di tutela dell'interesse legittimo. Ne deriva che sarà sempre necessaria l'attivazione - su istanza di parte - di un procedimento nel quale l'Amministrazione dovrà svolgere l'attività istruttoria volta all'accertamento della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del compenso revisionale, compito che dovrà sfociare nell'adozione del provvedimento che riconosce o meno il diritto al compenso revisionale e che, nel primo caso, ne stabilisce anche l'importo. [...] In caso di inerzia da parte della Stazione Appaltante, a fronte della specifica richiesta dell'appaltatore, quest'ultimo potrà impugnare il silenzio inadempimento prestato dall'Amministrazione ed ottenere, se del caso, una pronuncia che imponga all'Amministrazione di provvedere sulla domanda di revisione dei prezzi?”*.

3.2. Tanto chiarito, va osservato che la domanda di revisione dei prezzi è stata presentata entro il termine di decadenza stabilito dall'art. 1-*septies*, co. 4, del cit. D.L. n. 73/2021 (*“quindici giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dei decreti di cui al comma 1”*, avvenuta nella G.U.R.I. del 23 novembre 2021).

Il presente ricorso è altresì proponibile, essendo stato promosso con atto notificato il 5/10/2022, entro l'anno (di cui all'art. 31, co. 2, c.p.a.) dalla formazione del silenzio sull'istanza del 30/11/2021, formulata con PEC ricevuta dalla Provincia di Caserta nella stessa data (applicandosi l'ordinario termine per provvedere di trenta giorni, ex art. 2 della legge n. 241/90).

Non risultando adottato alcun provvedimento, nel caso di specie va affermata la fondatezza della pretesa a ottenere che la Provincia di Caserta fornisca espressamente all'interessato una risposta (indipendentemente dal contenuto della determinazione conclusiva).

Per tali considerazioni l'azione promossa è meritevole di accoglimento, spettando alla Provincia di Caserta di avviare ed espletare l'istruttoria e di dare riscontro all'istanza della ricorrente del 30/11/2021, determinandosi con l'adozione di un provvedimento espresso e motivato, ai sensi degli artt. 2 e 3 della L. n. 241/1990.

Per l'effetto conformativo della presente pronuncia, preme al Collegio evidenziare che l'attività della Provincia dovrà essere condotta tenendo conto di quanto previsto dall'art. 1-*septies* del D.L. 25 maggio 2021, n. 73, convertito con legge 23 luglio 2021, n. 106, sulla scorta del quale è stato adottato il decreto del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibili dell'11 novembre 2021.

È infatti esclusa l'applicabilità dei successivi decreti legge n. 4/2022 e n. 50/2022, i quali – come innanzi ricordato – afferiscono agli appalti di lavori i cui bandi sono stati approvati o gli avvisi inviati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto (nel primo caso), ovvero aggiudicati sulla base di offerte presentate entro il 31 dicembre 2021 (nel secondo caso).

Viceversa, la pretesa della ricorrente si fonda sulla compensazione dei prezzi dei materiali contabilizzati o annotati nel libretto misure dal 1° gennaio 2021 fino al 30 giugno 2021, in base al D.M. dell'11/11/2021 (pag. 3 del ricorso), per lavori che la ricorrente afferma terminati regolarmente il 23/11/2021 (pag. 2 dell'istanza).

Non osta all'espletamento dell'istruttoria in base al menzionato D.M. dell'11/11/2021 la circostanza che esso sia stato annullato dal TAR Lazio con la sentenza sopra indicata, atteso che in sede cautelare il Consiglio di Stato ha precisato che le sue disposizioni continuano a trovare applicazione in via transitoria (cfr. la citata ordinanza: *“la riedizione del potere derivante dalla caducazione del provvedimento non esclude la transitoria applicazione delle variazioni dei prezzi già accertate”*).

Il ricorso va dunque accolto, con declaratoria di illegittimità del silenzio serbato dalla Provincia di Caserta, a cui spetta di provvedere nel senso illustrato.

A tal fine va assegnato il termine di giorni 60 (sessanta), decorrente dalla notifica a cura della parte ricorrente della presente decisione, non essendosi costituito in giudizio l'Ente intimato.

In caso di inadempimento nel termine assegnato e su istanza della parte, va nominato Commissario ad acta il Dirigente della Direzione regionale dell'Agenzia del Demanio, con facoltà di delega.

In applicazione del criterio della soccombenza la Provincia di Caserta va condannata al pagamento delle spese del presente giudizio nella misura liquidata in dispositivo, oltre accessori di legge, nonché al rimborso del contributo unificato previa regolarizzazione del versamento che non risulta effettuato, con distrazione in favore del difensore dichiaratosi antistatario.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e dichiara l'obbligo della Provincia di Caserta di provvedere nel senso illustrato in motivazione e nel termine assegnato.

Nomina in caso di ulteriore inerzia quale Commissario ad acta il Dirigente della Direzione regionale dell'Agenzia del Demanio, con facoltà di delega.

Condanna la Provincia di Caserta, in persona del legale rappresentante pro tempore, al pagamento delle spese di giudizio in favore della Società ricorrente, liquidate in € 1.500,00 (millecinquecento/00) oltre accessori di legge, nonché al rimborso del contributo unificato, previa regolarizzazione del versamento che non risulta effettuato; il tutto con distrazione in favore dell'avvocato Mario Caliendo, antistatario.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2022 con
l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giuseppe Esposito, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Consigliere

L'ESTENSORE
Giuseppe Esposito

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO