
Diritto processuale amministrativo – Contenzioso appalti – Istanza di riequilibrio del PEF – Giurisdizione del giudice ordinario

Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto l'impugnazione del provvedimento con il quale l'amministrazione non accolga l'istanza di riequilibrio del PEF presentata dall'impresa concessionaria di un appalto di lavori. Le questioni oggetto del contendere attengono, infatti, alla fase successiva alla stipula del contratto di appalto, ovvero alla fase di esecuzione, nella quale l'operatore economico interessato invoca la revisione del piano economico-finanziario per ragioni sempre inerenti all'esecuzione del rapporto. Detta controversia spetta, pertanto, al G.O., non vertendosi nelle particolari ipotesi di giurisdizione esclusiva del G.A. in tema di revisione del prezzo e di provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi, ai sensi del D.lgs. n. 163 del 2006.

Pubblicato il 02/08/2024

02377/2024 REG.PROV.COLL.

00305/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 305 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto dalle società OMISSIS S.c. a r.l. e OMISSIS S.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difesi dagli avvocati Luca Tozzi e Giuseppe Feola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di OMISSIS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Cruciano Valvo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Palermo, via Terrasanta 93;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

– della deliberazione della Giunta Comunale del Comune di OMISSIS n. 26/2024 del 2.2.2024, avente ad oggetto il mancato accoglimento della richiesta della concessionaria OMISSIS s.r.l. di revisione del PEF relativo ai lavori di ampliamento e alla gestione del cimitero comunale;

– ove e per quanto lesiva della nota del 7.2.2024 a firma congiunta del RUP e del dirigente del 3° settore con il quale si trasmette la suddetta delibera di Giunta n.26/2024 e si richiedono altri presunti adempimenti contrattuali;

– di tutti gli atti presupposti, connessi;

nonché per l'accertamento e la dichiarazione del diritto di riattivare l'oggetto della concessione;

nonché per l'accertamento e la declaratoria in sede di giurisdizione esclusiva del diritto della concessionaria da convenzione alla rinegoziazione del PEF e/o al riequilibrio economico e finanziario della concessione e dell'inadempimento contrattuale perpetrato nella specie dal Comune di OMISSIS;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

per l'accertamento e la declaratoria ex art.117 del CPA dell'illegittimità del silenzio inadempimento perpetrato dal Comune di OMISSIS rispetto alla istanza di riequilibrio del PEF presentato dalla concessionaria (da ultimo) in data 29.11.2023 (così come intrapresa in data 24.3.2023 ed in data 6.6.2023);

ovvero, in via gradata, in caso di lesività autonoma degli atti impugnati, per l'annullamento ovvero per l'accertamento e la declaratoria dell'illegittimità dei seguenti atti:

a) della deliberazione della Giunta Comunale del Comune di OMISSIS n. 26/2024 del 2.2.2024 avente ad oggetto il mancato accoglimento della richiesta della concessionaria OMISSIS s.r.l. di revisione del PEF relativo ai lavori di ampliamento e alla gestione del cimitero comunale;

b) ove e per quanto lesiva della nota del 7.2.2024 a firma congiunta del RUP e del dirigente del 3° settore con il quale si trasmette la suddetta delibera di Giunta n.26/2024 e si richiedono altri presunti adempimenti contrattuali;

c) di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali;

nonché per l'accertamento e la dichiarazione del diritto di riattivare l'oggetto della concessione;

nonché per l'accertamento e la declaratoria in sede di giurisdizione esclusiva del diritto della concessionaria da convenzione alla rinegoziazione del PEF e/o al riequilibrio

economico e finanziario della concessione e dell'inadempimento contrattuale perpetrato nella specie dal Comune di OMISSIS.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di OMISSIS;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 luglio 2024 il dott. Francesco Mulieri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato e depositato in data 01/03/2024, le società ricorrenti espongono che:

- la OMISSIS s.c. a r.l. in ATI con la società di progettazione Progeca s.r.l., nell'ambito di una proposta di Project Financing e di una gara in cui è mancato l'esercizio del diritto di prelazione nei termini di legge da parte dei detti promotori, si aggiudicava (giusta determina n.481/2011) la gara *“per l'ampliamento del cimitero e gestione del nuovo e vecchio cimitero del Comune di OMISSIS”* in concessione;
- in data 28.9.2012 sottoscriveva il relativo contratto;
- nella concessione, prevista originariamente per una durata di 15 anni decorrente dal 2012-2027, subentrava ex lege la società di progetto OMISSIS s.r.l.;
- a seguito dell'approvazione della progettazione preordinata alla cantierizzazione, del parere negativo della Soprintendenza n. 5123 del 20.8.2015, che negava la possibilità

di realizzare il cimitero ove localizzato originariamente dal Comune, e della presa d'atto da parte del Comune di detta impossibilità, lo stesso Ente concedente decideva di continuare l'iter concessorio in essere dal 2012 con la società OMISSIS s.r.l. attraverso una nuova localizzazione dell'area cimiteriale;

– a valle dell'approvazione di massima della nuova area dove realizzare il cimitero (giuste delibere di Giunta Comunale n. 63/2016, e di C.C. n. 59/2017 e n. 87/2018) e di un nuovo PEF, veniva sottoscritto, in data 29.5.2020, un atto integrativo al contratto originario del 2012 n.10829;

– con il suddetto atto integrativo veniva prorogata la durata della concessione 2020-2035, fermi restando i termini contrattuali originari e salvo l'accollo dei nuovi costi espropriativi per le nuove aree da acquisire in capo al Comune;

– in esecuzione degli obblighi contrattuali, il concessionario si attivava per l'esecuzione dei lavori approvati salvo verificare che anche nella nuova area sorgevano problematiche impreviste ed imprevedibili collegate ai maggiori costi eccezionali e sopravvenuti delle materie prime, maggiori costi di lavori e/o lavorazioni stante il mancato approfondimento da parte del Comune delle problematiche idrogeologiche nell'area indicata dallo stesso Comune e soprattutto delle nuove scoperte archeologiche anche nella nuova area di intervento;

– in data 5.7.2022 la concessionaria presentava pertanto una prima istanza di riequilibrio basta principalmente sui detti maggiori costi sopravvenuti dei lavori e dei materiali edili;

– dopo la scoperta anche nella nuova area di reperti archeologici e una nuova istanza di riequilibrio, il Comune di OMISSIS, in data 25.7.2023, invitava la concessionaria a riprendere con urgenza gli scavi archeologici e ad inviare il PEF aggiornato;

Ciò premesso, la parte ricorrente ha chiesto:

– la declaratoria ex art. 117 del CPA dell’illegittimità del silenzio inadempimento perpetrato dal Comune di OMISSIS rispetto alla istanza di riequilibrio del PEF presentato dalla concessionaria (da ultimo in data 29.11.2023);

– in via gradata, in caso di lesività autonoma degli atti impugnati, l’annullamento della deliberazione della Giunta Comunale del Comune di OMISSIS n. 26/2024 del 2.2.2024 (avente ad oggetto il mancato accoglimento della richiesta della concessionaria OMISSIS s.r.l. di revisione del PEF) nonché della nota del 7.2.2024 con la quale è stata trasmessa la suddetta delibera di Giunta n.26/2024 e si richiedono altri presunti adempimenti contrattuali.

Ha chiesto infine che sia accertato e dichiarato il suo diritto a riattivare l’oggetto della concessione alla rinegoziazione del PEF, nonché l’inadempimento contrattuale del Comune di OMISSIS. A tal fine – dopo avere premesso alcune considerazioni sulla incompetenza della Giunta Comunale, sul silenzio inadempimento ex art. 117 CPA e sulla giurisdizione del G.A. a conoscere della presente controversia – ha dedotto le seguenti censure:

1 – *“Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 13 e 21 del contratto rep.10829 del 2012 così come vincolanti anche in relazione all’atto integrativo del 2020 ed in relazione all’art. 19 comma 2 e 2 bis ed all’art.26 comma 4 septies L. 109/1994)”*.

2 – *“Sull’accertamento e sulla dichiarazione di inadempimento contrattuale del Comune di OMISSIS stante il diritto soggettivo alla revisione del PEF e stante l’illegittimo diniego di riequilibrio della concessione”*.

Con motivi aggiunti notificati il 4 marzo 2024 e depositati il 6 marzo successivo, la ricorrente ha formulato le seguenti censure:

1 – *“Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 13 e 21 del contratto rep.10829 del 2012 così come vincolanti anche in relazione all’atto integrativo del 2020 ed in relazione all’art. 19 comma 2 e 2 bis ed all’art.26 comma 4 septies L. 109/1994; art. 130 DPR 554/1999)”*.

2 – *“Sulla violazione e falsa applicazione di legge (art. 25 del D.lgs. 50/2016; artt. 10, 12 e 28 del D.lgs. 42/2004)”*.

3 – *“Sulla inadempienza contrattuale del Comune e sull’obbligo dello stesso Concedente di revisione e/o riequilibrio della concessione – Violazione e falsa applicazione”*.

Parte ricorrente deduce la erroneità ed illegittimità del diniego di riequilibrio richiamando la normativa speciale di settore (L. n. 109/1994) e delle norme contrattuali (artt. 13 e 21); il diniego di riequilibrio della concessione non terrebbe in debito conto da un lato l’imprevisto aumento eccezionale (dal 2020) dei costi dei materiali e di lavorazione e, dall’altro, l’imprevisto cambiamento dell’area di esecuzione dei lavori (dopo il diniego della Soprintendenza del 2015 sulla vecchia area e della presa di atto del Comune) e del rallentamento dei lavori ed il nuovo andamento anomalo del cantiere dovuti al ritrovamento nella nuova area di altri reperti archeologici (non previsti dal PEF 2019); il concedente, nel diniego impugnato, richiamerebbe impropriamente pareri ANAC non riferibili al caso di specie e avrebbe omesso di considerare che l’art. 21.6 del contratto consentirebbe espressamente la revisione prezzi. Deduce ancora che la questione oggetto di causa potrebbe essere, altresì valutata in sede di giurisdizione esclusiva mediante l’accertamento dell’esistenza nella specie di un diritto soggettivo in capo alla ricorrente alla revisione del PEF e/o al riequilibrio della concessione al fine di conservare l’equilibrio economico finanziario alla luce di eventi sopravvenuti ed imprevedibili riconducibili esclusivamente ad indicazioni dell’Amministrazione. Si sarebbe in presenza di un inadempimento contrattuale dal quale consegue la responsabilità dell’Amministrazione committente per tutti i maggiori oneri sostenuti impropriamente dall’impresa concessionaria per il detto diniego illegittimo.

Per resistere al ricorso si è costituito il Comune di OMISSIS il quale ha depositato una memoria con la quale ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo adito (atteso che le questioni oggetto del contendere riguarderebbero la fase di esecuzione del contratto); nel merito ha sostenuto di essersi uniformato ai pareri resi dall’ANAC nei quali si chiarisce che il meccanismo della compensazione per contrastare l’aumento dei prezzi delle materie prime previsto dall’art. 1 septies del d.l. 73/2021, è

limitato solo ai contratti di appalto pubblico e non alle concessioni come nel caso in esame. Nella delibera impugnata inoltre sarebbe stata evidenziata la non applicabilità delle misure compensative richieste dalle ricorrenti (attesa la natura della concessione e della conseguente ripartizione dei rischi) e dello speciale meccanismo di revisione dei prezzi (ammissibile nelle concessioni solo in caso di eventi di forza maggiore).

All'udienza camerale del 9 aprile 2024 le ricorrenti hanno rinunciato alla domanda cautelare.

Le parti hanno depositato memorie in vista dell'udienza di merito.

Alla pubblica udienza del 9 luglio 2024, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il Collegio esamina in via preliminare l'eccezione di difetto di giurisdizione del G.A. sollevata dalla difesa del Comune resistente.

L'eccezione è fondata.

Il Collegio condivide e fa proprio quanto statuito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul punto:

– “2.2. – *La giurisdizione si determina alla luce del petitum sostanziale fatto valere in giudizio: petitum che, nella specie, è costituito dalle domande concernenti una procedura di finanza di progetto (c.d. project financing), con riguardo non alla fase pubblicitica di scelta del promotore, conclusasi con la concessione, ma alla fase privatistica, introdotta dalla convenzione, che è stata sottoscritta a regolare i rispettivi diritti ed obblighi delle parti: avendo queste, invero, dedotto in causa reciproci inadempimenti alla convenzione, affermando altresì l'attrice il proprio diritto alla risoluzione del contratto, dedotta come già avvenuta di diritto, ai sensi dell'art. 1456 c.c., o, in subordine, con domanda di pronuncia costitutiva di risoluzione ex art. 1453 c.c..*

...

2.3. – Questa Corte ha già affermato che, nel quadro normativo derivante dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, sussiste l'unica categoria della “concessione di lavori pubblici”, non essendo più consentita la precedente distinzione tra concessione di sola costruzione e concessione di gestione dell'opera (o di costruzione e gestione congiunte), in quanto la gestione funzionale ed economica dell'opera non costituisce più un accessorio eventuale della concessione di costruzione, ma la controprestazione principale e tipica a favore del concessionario (Cass., sez. un., 27 dicembre 2011, n. 28804; novembre 2012, n. 19391; 20 maggio 2014, n. 11022; 6 luglio 2015, n. 13864; 13 settembre 2017, n. 21200).

Muovendo da tale presupposto, si è quindi rilevato che le controversie relative alla concessione di costruzione e gestione di opera pubblica, in quanto riconducibili alla nozione normativa di concessione di lavori, di cui alla direttiva 14 giugno 1993, n. 93/37/CEE ed alla direttiva 18 luglio 1989, n. 89/440/CEE, competono – ai sensi dell'art. 133 c.p.a., comma 1, lett. e), n. 1, alla giurisdizione ordinaria, se relative alla fase successiva all'aggiudicazione (Cass., sez. un., 13 settembre 2017, n. 21200).

Pertanto, la giurisprudenza delle Sezioni unite è costante nel ritenere che, nell'ambito dell'attività negoziale della P.A., siano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo tutte le controversie che attengono alla fase preliminare, antecedente e prodromica al contratto, inerenti la formazione della volontà e la scelta del contraente privato in base alle regole della c.d. evidenza pubblica, mentre, al contrario, appartengono alla giurisdizione ordinaria quelle che radicano le loro ragioni nella serie negoziale successiva, che va dalla stipulazione del contratto fino alle vicende del suo adempimento, riguardando la disciplina dei rapporti scaturenti dal contratto (e multis, Cass. 28 febbraio 2020, n. 5597, non mass.; 29 gennaio 2018, n. 2144; 18 dicembre 2018, n. 32728; 3 maggio 2017, n. 10705; 10 aprile 2017, n. 9149; 8 luglio 2015, n. 14188).

Conseguenza di tale ricostruzione è che l'aggiudicazione costituisce una sorta di “spartiacque” ai fini del riparto di giurisdizione; ciò perché, una volta esaurita la fase pubblicistica della scelta del concessionario ed insorto il vincolo contrattuale, le

contestazioni relative alla delimitazione del contenuto del rapporto, gli adempimenti delle obbligazioni e i relativi effetti sul piano del contratto non prevedono, di regola, l'esercizio di un potere autoritativo pubblico, se non nei limitati casi suindicati (cfr. Cass. 27 novembre 2019, n. 31027, non mass.; 11 luglio 2019, n. 18676; v. pure Cass., sez. un., 18 dicembre 2018, n. 32728).

In linea con tale orientamento, le Sezioni unite hanno, quindi, affermato che, in tema di concessione di costruzione e gestione di opera pubblica e di concessione di servizi pubblici, la giurisdizione del giudice ordinario, riguardante le "indennità, i canoni e altri corrispettivi", nella fase esecutiva del contratto di concessione, si estende alle questioni inerenti l'adempimento e l'inadempimento della concessione, nonché le conseguenze risarcitorie, vertendosi nell'ambito di un rapporto paritetico tra le parti, ferma restando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nei casi in cui la P.A. eserciti poteri autoritativi tipizzati dalla legge (Cass., sez. un., 8 luglio 2019, n. 18267).

Del pari, anche la controversia avente ad oggetto la risoluzione, per inadempimento della p.a. committente, di una convenzione relativa alla costruzione di un impianto sportivo, con conseguente richiesta di risarcimento del danno, appartiene alla giurisdizione ordinaria, attenendo alla fase privatistica di esecuzione del rapporto concessorio, successiva all'aggiudicazione (Cass., sez. un., 25 febbraio 2019, n. 5453, non mass.; Cass., sez. un., 31 gennaio 2017, n. 2482), pure in presenza della reciproca contestazione degli inadempimenti e conseguenti richieste risarcitorie (Cass., sez. un., 25 febbraio 2019, n. 5453).

Ed ancora, la domanda riguardante la revisione del piano economico-finanziario, cui il concessionario assuma di avere diritto per l'esigenza, prevista nel contratto, di perseguire l'equilibrio economico degli investimenti e della connessa gestione, cioè per ragioni inerenti all'esecuzione del rapporto, spetta al giudice ordinario, non vertendosi nelle particolari ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tema di "revisione del prezzo" e di "provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi", ai sensi del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 133, commi 3 e 4, visto che art. 133 c.p.a., comma 1, lett. e), n. 2, non fa alcun riferimento alle controversie riguardanti la revisione dell'equilibrio economico-finanziario del soggetto affidatario di una concessione di costruzione e gestione dell'opera

pubblica sulla base di specifiche pattuizioni contrattuali (Cass., sez. un., 18 dicembre 2018, n. 32728).

2.4. – Sulla base di tale ricostruzione del dato normativo, come interpretato da questa Corte, la convenzione stipulata a seguito di una finanza di progetto attiene, dunque, all'affidamento di lavori pubblici, il quale ha natura pubblicistica sino all'aggiudicazione definitiva al concessionario, mentre ha natura privatistica per la fase che segue alla stipulazione del contratto.

Ne deriva che l'inerenza della presente controversia al piano dell'adempimento della convenzione radica la giurisdizione nel giudice ordinario.

Né le conclusioni mutano, per il fatto che sia dedotto l'inadempimento della p.a. ad obblighi della convenzione (realizzare i presupposti e le condizioni di fattibilità, mettere a disposizione i parcheggi, avviare il procedimento di riequilibrio economico-finanziario), trattandosi di condotte che si collocano nell'alveo di un rapporto nella fase che segnala una situazione paritetica fra le parti.

In conclusione, attenendo la controversia al piano paritetico dell'esecuzione della convenzione, deve essere affermata la giurisdizione del giudice ordinario” (Cass. civ., Sez. Un., 30 luglio 2021, n. 21971; Cass. civ., Sez. Un., 1 dicembre 2022, n. 35447).

Applicando al caso in esame i suesposti principi, peraltro condivisi anche dalla più recente giurisprudenza amministrativa (cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. III, 12/04/2024, n. 820), deve osservarsi che le questioni oggetto del contendere attengono alla fase successiva alla stipula del contratto ovvero alla fase di esecuzione, nella quale la ricorrente invoca la revisione del piano economico-finanziario per ragioni sempre inerenti all'esecuzione del rapporto. Detta controversia spetta al giudice ordinario, non vertendosi, come chiarito dalla richiamata giurisprudenza, nelle particolari ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tema di revisione del prezzo e di provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi, ai sensi del D.lgs. n. 163 del 2006.

In conclusione, sulla scorta di quanto precede, il ricorso in esame, come integrato dai motivi aggiunti, deve essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario, davanti al quale la causa potrà essere riproposta ai sensi dell'art. 11 cod. proc. amm..

Tenuto conto della definizione del giudizio per un profilo in rito, sussistono i presupposti per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto e integrato dai motivi aggiunti, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cappellano, Presidente FF

Francesco Mulieri, Consigliere, Estensore

Luca Girardi, Primo Referendario

IL SEGRETARIO