

N. 03200/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 00689/2011 REG.RIC.  
N. 00696/2011 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 per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 689 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Metro 5 S.p.A., con gli avv.ti Marco Annoni, Andrea Segato e Pier Francesco Meneghini nel cui studio in Milano, via A. Saffi, 29 è elettivamente domiciliata;

***contro***

Comune di Milano in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dagli avv. Maria Rita Surano, Maria Teresa Maffey, Paola Cozzi, Sara Pagliosa ed elettivamente domiciliato presso gli uffici della civica avvocatura in via Andreani n. 10 a Milano;

sul ricorso numero di registro generale 696 del 2011, proposto da:

Astaldi Spa, Alstom Ferroviaria Spa, AnsaldoBreda Spa, Ansaldo Srs

Spa, Azienda Trasporti Milanesi Spa, Torno Global Contracting Spa in Stato di Fallimento, rappresentati e difesi dall'avv. Rossana Frau, con domicilio eletto presso la stessa in Milano, via A.M. Grancini, 8;

***contro***

Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Rita Surano, Maria Teresa Maffey, Paola Cozzi, Sara Pagliosa, con domicilio eletto presso gli uffici della Civica avvocatura in Milano, via Andreani 10;

***nei confronti di***

Metro 5, non costituita;

***per l'annullamento***

quanto al ricorso n. 689 del 2011:

della deliberazione di G.C. del Comune di Milano reg. 3743 del 23.12.2010 nella parte in cui ha respinto le osservazioni presentate da Metro 5 S.p.a. a norma dell'art. 10 bis della L. 241/90, ed ha, quindi, disposto 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 comma 4 del D.L. 23 ottobre 2008 convertito in L. 22 dicembre 2008 n. 201;

nonché di tutti gli atti preparatori e, in particolare, la proposta di deliberazione della Direzione Centrale Mobilità, la Relazione tecnica del RUP; nonché la nota con cui il Direttore del Settore Attuazione Mobilità Trasporti ha comunicato a Metro 5 che l'istruttoria relativa alla istanza di compensazione si era conclusa con esito negativo,

invitandola a contro dedurre ai sensi dell'art. 10 bis della L. 241 del 1990.

Nonché per la condanna del Comune di Milano al pagamento in favore di Metro S.p.a. 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 G.C. n. 2061 del 9 luglio 2010, oltre interessi e rivalutazione, previo accertamento della sussistenza del relativo diritto

Nonché, con motivi aggiunti depositati il 3 marzo 2011, del provvedimento, comunicato con nota PG 142610 del 18 febbraio 2011, pervenuta il 24 febbraio 2011, con cui il Responsabile Unico del procedimento ha approvato lo Stato di avanzamento lavori n. 41 al 31.1.201.

Quanto al ricorso n. 696 del 2011:

della già citata delibera di G.C. del Comune di Milano n. 3743/2010 in data 23.12.2010 e di tutti gli atti connessi e preordinati; nonché per 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. Nonché, con motivi aggiunti notificati in data 1 marzo 2011 per 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 della nota

del Dirigente del Settore Attuazione Mobilità del 24 febbraio 2011 che l'ha approvata.

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Milano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2011 il dott. Raffaello Gisondi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con il ricorso R.G. 689/2011 Metro 5 S.p.a., premesso:

- di essere società di progetto costituita ai sensi dell'art. 37 quinquies della L. 109/94 da parte del raggruppamento temporaneo di imprese formato da Astaldi S.p.a., Ansaldo S.p.a., Ansaldo Trasporti Sistemi Ferroviari S.p.a., Alstom Ferroviaria S.p.a., Azienda Trasporti Milanesi S.p.a. e Torno Internazionale S.p.a., aggiudicatario della concessione di costruzione e gestione della Linea 5 della metropolitana di Milano dalla Stazione Bignami a quella Garibaldi;
- di aver formulato in data 3 giugno 2009 istanza ai sensi dell'art. 1 comma 4 del D.L. 23 ottobre 2008 convertito in legge 162 del medesimo anno per il riconoscimento della compensazione relativa all'aumento del costo dei materiali da costruzione con riferimento

alle lavorazioni contabilizzate nell'anno 2008 per un importo complessivo di Euro 1.274.275,00;

- che il Comune di Milano, in un primo momento, aveva favorevolmente riscontrato la richiesta inserendola nel quadro economico della seconda variante approvata con D.G.C. n. 2051 del 9 luglio 2010;

- che il medesimo Comune, alla luce di un approfondimento istruttorio, ha poi negato il diritto alla richiesta compensazione reputando a tal fine ostativa la specifica natura della concessione di opere pubbliche nella quale il concessionario è remunerato mediante i proventi dell'opera e si assume il rischio della costruzione e della gestione, potendo attivare, alle sole condizioni previste nel contratto di concessione, i meccanismi di revisione del piano economico finanziario che, nella specie, non prevedono alcuna necessità di riequilibrio in caso di variazione dei prezzi dei materiali di costruzione;

tanto premesso la Società ricorrente chiede che venga annullata la delibera in data 23 dicembre 2010 con la quale la Giunta del Comune di Milano ha rigettato la sua istanza, nonché la condanna del Comune al pagamento della somma richiesta a titolo di compensazione per l'aumentato costo dei materiali da costruzione.

Con il ricorso 696 del 2011 anche la Astaldi S.p.a. in proprio e quale mandataria del raggruppamento aggiudicatario della concessione ha chiesto l'annullamento dei sopra menzionati atti con i quali il

Comune di Milano ha rigettato la richiesta di adeguamento di Metro S.p.a. nonché la condanna del Comune di Milano al pagamento alla Società di progetto delle somme da essa richieste.

Si è costituito il Comune di Milano per resistere ai ricorsi.

All'udienza del 2 dicembre 2011, sentiti gli avvocati delle parti come da separato verbale, relatore Dr. Raffaello Gisondi, i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

## DIRITTO

I ricorsi in epigrafe devono essere riuniti perché connessi.

Deve essere preliminarmente dichiarato inammissibile per difetto di legittimazione il ricorso proposto da Astaldi S.p.a.

Occorre premettere che le controversie relative alla compensazione in aumento o in diminuzione del prezzo di cui al comma 4° dell'art. 133 D.Lgs 163 del 2006 hanno ad oggetto diritti soggettivi che ricadono nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. e) n. 2 del c.p.a.

La norma, infatti, una volta che ricorrano i presupposti dell'aumento del prezzo di singoli materiali da costruzione in misura superiore a quella del 10% (8% nell'anno 2008) rispetto a quello rilevato dal Ministro delle infrastrutture con proprio DM, e della sussistenza di eventi eccezionali che lo hanno causato, non lascia alcuna discrezionalità alla p.a. in ordine alla attribuzione del beneficio all'affidatario dei lavori il quale, pertanto, può vantare, in proposito, un vero e proprio diritto soggettivo.

Nella specie il diritto di cui si controverte può appartenere solo alla società di progetto Metro 5 S.p.a. che ha stipulato con il Comune di Milano il contratto di concessione per la costruzione e la gestione della linea metropolitana n. 5.

Essa sola è, quindi, legittimata a farlo valere, a nulla rilevando che l'aggiudicazione della gara sia avvenuta in favore del raggruppamento di cui Astaldi S.p.a. è mandataria (essendo ad esso subentrata la società di progetto nei rapporti con l'ente aggiudicatore).

Peraltro, anche a voler ipotizzare che oggetto della controversia sia dato dall'esercizio di un potere autoritativo cui fanno capo interessi legittimi, la conclusione non muterebbe in quanto Astaldi S.p.a. non è titolare di un interesse diretto all'annullamento degli atti impugnati ma di un interesse meramente riflesso che trova fondamento nel sub contratto da essa stipulato con Metro 5 S.p.a. per l'esecuzione dei lavori.

Si tratta, quindi, di una posizione che, al più, avrebbe potuto legittimare un atto di intervento ad adiuvandum nel giudizio instaurato dal titolare del contratto principale, ma che non può essere autonomamente fatta valere.

Venendo alla domanda formulata da Metro 5 S.p.a. con il ricorso 689 del 2011, essa è da ritenersi fondata nei termini e nei limiti che seguono.

Ai sensi dell'art. 3 comma 11 del codice dei contratti pubblici, le concessioni di lavori pubblici sono contratti a titolo oneroso,

conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto l'esecuzione, ovvero la progettazione, di lavori pubblici che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Sotto il profilo causale la concessione di lavori pubblici costituisce, quindi, al pari dell'appalto di lavori, un contratto sinallagmatico e si caratterizza solo per il fatto che il corrispettivo per la esecuzione dell'opera è dato dal diritto di gestirla per un determinato periodo di tempo, anziché dal pagamento di un prezzo in danaro.

Il contratto di concessione di costruzione e gestione, al pari dell'appalto di lavori, ha natura commutativa e non aleatoria. Le prestazioni che ne connotano l'oggetto (realizzazione dell'opera e diritto di gestirla per un certo arco temporale) sono, infatti, determinate fin dalla nascita del contratto.

Come accade per tutti i contratti la cui esecuzione si protragga nel tempo, il valore economico di dette prestazioni in costanza di rapporto può subire variazioni, anche notevoli, in reazione alle mutevoli contingenze del mercato.

In difetto di diversa pattuizione, la distribuzione dei rischi derivanti dalle oscillazioni del mercato o altre sopravvenienze che alterino l'equilibrio economico iniziale del contratto è regolata dalla disciplina generale del codice civile e da quella speciale attinente lo specifico tipo contrattuale.

Per quanto riguarda l'appalto pubblico di lavori il rischio relativo all'aumento del costo dei materiali di costruzione è disciplinato dai commi 3, 4 e 5 del D.Lgs. 163 del 2006 che lo pongono a carico della stazione appaltante qualora l'aumento sia causato da "circostanze eccezionali" e lo scostamento di valore risulti superiore ad una certa soglia normativamente predeterminata.

Si tratta di norme che, analogamente a quanto dispone l'art. 1664 c.c. per l'appalto privato, stabiliscono i limiti della cd. "alea normale del contratto" che, in quanto prevedibile al momento della stipula, deve essere sopportata da ciascun contraente.

Parte ricorrente sostiene che tale disciplina riguarderebbe anche la concessione di lavori in forza del suo richiamo da parte dell'art. 152, comma 1, del codice dei contratti pubblici a mente del quale alle "procedure di affidamento" di cui al capo III ("promotore finanziario e società di progetto") si applicano le norme previste in materia di programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori contenute nel titolo III del capo II, fra le quali rientra, appunto l'art. 133.

Secondo il Comune di Milano, invece, essa sarebbe incompatibile con la concessione di lavori pubblici nella quale l'equilibrio economico finanziario dell'investimento non potrebbe essere garantito da una prestazione in danaro dal momento che, di regola, il corrispettivo dell'esecutore consiste nel diritto di gestire l'opera. In tale tipologia contrattuale il ripristino dell'equilibrio finanziario si

attuerebbe mediante la revisione del piano economico finanziario che sta alla base del contratto la quale è ammessa solo nei casi previsti dalla legge e dalla convenzione.

Tuttavia, la disciplina legislativa (anche di rango comunitario) della concessione di lavori non solo non prevedrebbe l'aumento dei costi dei materiali fra le cause di revisione del piano economico finanziario, ma porrebbe espressamente a carico del concessionario il "rischio di costruzione" (decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004 applicabile ai contratti di partenariato pubblico privato in forza del richiamo contenuto nel comma 15 ter dell'art. 3 del D.Lgs 163/2006), nel cui ambito certamente rientra quello di aumento dei costi dei materiali.

Del pari anche la disciplina convenzionale contenuta nel contratto di concessione stipulato fra le parti porrebbe espressamente a carico del concessionario il rischio di costruzione (lettera "u" delle premesse della convenzione integrativa del 2 febbraio 2011) e, conseguentemente, non includerebbe l'aumento dei costi fra gli eventi che giustificano la revisione del piano economico finanziario.

Le argomentazioni addotte dal Comune di Milano sono, tuttavia, prive di fondamento.

Il fatto che la remunerazione del concessionario consista anziché in una prestazione pecuniaria nella attribuzione del diritto di gestire l'opera realizzata non incide sul riparto dei rischi relativi alla costruzione.

La maggiore alea che il concessionario si accolla rispetto all'appaltatore riguarda, infatti, la gestione dell'opera: egli nel momento in cui accetta che il proprio investimento venga remunerato attraverso la concessione del diritto di sfruttare economicamente il manufatto realizzato si assume un rischio di impresa che, normalmente, grava sull'ente concedente.

A parte ciò il contratto di concessione, in base alla sua stessa definizione normativa (sia interna che comunitaria), non presenta differenze rispetto ad un comune contratto di appalto, con la conseguenza che il rischio di costruzione assunto dal concessionario rimane nei limiti dell'alea normale tipica dell'appalto di lavori.

Ciò, del resto, trova conferma nel fatto che l'art. 152 codice dei contratti sancisce l'applicabilità ai contratti di concessione di costruzione e gestione affidati tramite la procedura del promotore finanziario di tutta la disciplina della programmazione progettazione ed esecuzione dei lavori dettata per il contratto di appalto, nella quale rientra anche il compenso revisionale per l'aumento del costo dei materiali di costruzione; e trova altresì conferma nel fatto (per certi versi speculare) che la disciplina speciale della concessione di costruzione e gestione (art. 143 del codice dei contratti) si occupa soltanto degli effetti sull'equilibrio economico del contratto delle sopravvenienze suscettibili di intaccare la remuneratività della gestione dell'opera (come le modifiche tariffarie) e non di quelle che incidono sui costi di costruzione.

Le predette conclusioni non mutano per effetto del recente inquadramento della concessione di costruzione e gestione nell'ambito dei cd. contratti di partenariato sovente connotati dal finanziamento privato anziché pubblico dell'opera.

Lo schema del partenariato è, infatti, compatibile con l'erogazione di contributi pubblici a parziale copertura degli investimenti effettuati dai privati, a condizione che non siano di entità tale da eliminare l'alea della gestione nella quale rientrano il rischio di variabilità della domanda e quello connesso alla soddisfazione delle richieste dell'utenza (cd. rischio della disponibilità).

E' in tal senso che va intesa la decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004, secondo la quale i contratti di partenariato che consentono alle pubbliche amministrazioni di allocare i costi delle opere "off balance" si caratterizzano per il fatto di far gravare sul partner privato, oltre al rischio di costruzione, almeno quello della domanda o della disponibilità.

Tale decisione, diversamente da quanto afferma il Comune di Milano, non prevede, quindi, che il contratto di partenariato comporti il trasferimento sul concessionario dell'intero rischio di costruzione, ivi compresa la parte eccedente l'alea normalmente assunta dal costruttore, ma soltanto che, "in aggiunta" al normale rischio di costruzione gravante sull'appaltatore, la parte privata del contratto di partenariato deve assumere almeno uno dei due rischi tipici della gestione (della domanda e/o della disponibilità), non

potendo altrimenti l'opera essere contabilizzata "off balance".

Vero è, tuttavia, che nel contratto di concessione di costruzione e gestione l'adeguamento dell'equilibrio contrattuale ai costi eccedenti l'alea normale del contratto non necessariamente deve avvenire attraverso il pagamento di una somma di danaro.

Essendo la parte preponderante dell'investimento remunerata attraverso il diritto di gestire l'opera, appare conforme allo schema causale del contratto che l'alterazione dell'equilibrio contrattuale dovuta all'aumento dei costi di costruzione per effetto di eventi eccezionali ed imprevedibili possa avvenire anche tramite il mutamento delle condizioni della gestione previste nel piano economico finanziario (come la durata della concessione, il regime tariffario, etc.).

Per tali ragioni, nonostante l'art. 143 del D.Lgs 163 del 2006 non annoveri fra le cause di revisione del PEF l'aumento dei costi dei materiali o della manodopera, appare pienamente lecita una disciplina convenzionale che, invece, includa tale evento fra i presupposti che ne comportano la rinegoziazione; e, comunque, anche in assenza di una specifica previsione contrattuale, il concessionario che reclami il compenso revisionale non potrebbe rifiutare in buona fede l'offerta dell'amministrazione di far fronte ai maggiori costi attraverso modalità diverse dal pagamento di una somma di danaro.

Nel caso di specie, peraltro, il contratto di concessione stipulato dalle parti esclude che la copertura dei costi dell'opera possa

automaticamente dar luogo a versamenti in danaro diversi ed ulteriori rispetto a quelli contrattualmente previsti a titolo di contributo (si veda in proposito il punto n. 11.5 della convenzione).

Pertanto, ogni variazione del quadro economico dell'operazione può avvenire solo attraverso una rinegoziazione delle condizioni previste dal piano economico finanziario come, ad esempio, il termine di durata della concessione, il corrispettivo di gestione, il contributo per gli oneri sostenuti dal concessionario (art. 36.3).

La convenzione prevede, tuttavia, una elencazione esaustiva e tassativa delle sopravvenienze che possono dar luogo alla revisione del PEF la quale contempla tutti i rischi afferenti sia la fase di gestione che quella di costruzione (punti nn. 14.8, 15.1, 18.7, 19.6, 24.4) che, secondo il regolamento negoziale, possono generare la necessità di un riequilibrio delle condizioni contrattuali.

Le parti non hanno espressamente incluso fra le sopravvenienze rilevanti ai fini della revisione del PEF l'aumento dei costi di costruzione oltre la soglia prevista dall'art. 133 del codice dei contratti.

Esse hanno tuttavia annoverato fra le cause di revisione del piano anche la "forza maggiore".

In base alla definizione che ne dà la convenzione all'art. 1, la forza maggiore comprende eventi traumatici che causano l'impossibilità totale o parziale di adempiere al contratto, ivi compresa l'impossibilità di accedere a materie prime o servizi a tal fine

necessari.

Sulla scorta di tale enunciazione, tuttavia, appare difficilmente spiegabile il motivo per cui la forza maggiore sia stata inclusa fra i presupposti che determinano la revisione del PEF, dal momento che l'impossibilità sopravvenuta, a differenza della eccessiva onerosità, comporta necessariamente la risoluzione del contratto e non la sua modifica in funzione conservativa.

In mancanza di elementi che possano gettare luce su quale sia stata la effettiva volontà delle parti, il Collegio deve fare ricorso ai cd criteri di interpretazione oggettiva e, in particolare, a quelli previsti dagli artt. 1367, 1369 e 1371 comma 2 c.c.

Invero, se intesa in senso letterale la clausola di forza maggiore non potrebbe avere alcuna applicazione nel contesto della revisione del PEF di cui all'art. 36 della convenzione.

Occorre allora dare a tale concetto una connotazione relativa e non assoluta includendo nella definizione anche eventi imprevedibili e non rientranti nel ragionevole controllo delle parti che, pur non impedendo in senso assoluto l'adempimento delle obbligazioni previste nella convenzione, lo rendono, comunque, eccessivamente gravoso, determinando uno squilibrio rilevante fra le prestazioni corrispettive.

Si tratta di una opzione ermeneutica conforme all'oggetto ed alla natura del contratto di concessione di costruzione e gestione (in quanto mantiene il rischio di costruzione nell'ambito dell'alea

normale assunta dal concessionario) e che determina altresì un equo contemperamento degli interessi delle parti.

Intesa in tal senso la clausola si presta a ricomprendere anche l'imprevisto aumento dei prezzi dei materiali di costruzione avvenuto nel 2008. Lo stesso legislatore, infatti, ha qualificato tale evento come straordinario ed imprevedibile.

La sua idoneità ad incidere concretamente sull'equilibrio contrattuale è poi attestata dal fatto che le stesse parti hanno considerato come causa di revisione del PEF tutti i maggiori costi derivanti dagli eventi tipizzati che superino la franchigia di due milioni di Euro (art. 36), nella specie già esaurita.

Alla luce di quanto sopra la domanda formulata da Metro 5 può, quindi, essere accolta solo in parte in quanto l'aumento dei costi dei materiali di costruzione intervenuto nel 2008 non determina automaticamente un obbligo del concedente di corrispondere il compenso revisionale di cui all'art. 133 del codice dei contratti pubblici, ma comporta la necessità di procedere al riesame congiunto del PEF secondo quanto previsto dall'art. 36 della convenzione.

Le spese relative al ricorso promosso da Astaldi S.p.a. seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

Sussistono, invece, giusti motivi per compensare le spese del ricorso promosso da Metro 5, attesa la novità delle questioni trattate. Resta comunque fermo a carico della parte soccombente l'onere di rimborso del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis1,

D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, aggiunto dalla lettera e) del comma 35-bis dell'art. 2, D.L. 13 agosto 2011, n. 138, nel testo integrato dalla legge di conversione 14 settembre 2011, n. 148.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia. Sezione Terza di Milano, definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti in epigrafe:

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

Condanna Astaldi S.p.a. alla refusione delle spese di lite in favore del Comune di Milano, che liquida in Euro 2.500,00 oltre accessori di legge.

- accoglie 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.

Compensa le spese fra Metro 5 S.p.a. ed il Comune di Milano.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Referendario

Raffaello Gisondi, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/12/2011

IL SEGRETARIO

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