

TAR Sicilia

Sentenza 10 agosto 2023, n. 2629

FATTO E DIRITTO

Il consorzio stabile Agoraa, odierno ricorrente, si è aggiudicato il lotto geografico Sicilia - *sub*-lotto prestazionale 1 - CIG 84449701B5, nell'ambito della procedura di gara indetta dal Commissario straordinario per l'emergenza epidemiologica Covid-19 per la conclusione di accordi quadro finalizzati all'affidamento di lavori e servizi per l'attuazione dei piani di riorganizzazione della rete ospedaliera nazionale.

In data 13 novembre 2020, il consorzio stabile Agoraa e la stazione appaltante hanno sottoscritto l'accordo quadro relativo al predetto lotto.

Con successivo contratto applicativo del 20 gennaio 2021, il committente ha poi affidato al predetto consorzio gli "Interventi per l'adeguamento del Pronto Soccorso del P.O. S. Antonio Abate di Trapani", verso un corrispettivo di euro 1.697.209,92.

Con il ricorso in epigrafe, notificato il 18 novembre 2022 e depositato il 22 novembre successivo, il consorzio stabile Agoraa chiede la declaratoria di illegittimità del silenzio-inadempimento serbato dal Soggetto attuatore in merito all'istanza prot. n. 228/2022/U del 9 novembre 2022, ai fini del riconoscimento della compensazione dei prezzi *ex art.* 1-*septies* del d.l. 25 maggio 2021, n. 73 per i lavori eseguiti.

Il consorzio ricorrente chiede, altresì, che sia dichiarata, in via principale, la fondatezza dell'istanza ai sensi degli artt. 30 comma 1, 31, comma 3, e 34, comma 1, lett. c), del c.p.a. e, per l'effetto, riconosciuta la spettanza in suo favore degli importi di euro 29.580,87 ai sensi dell'art. 26 d.l. 50/2022 a titolo di compensazione *ex art.* 1-*septies* del d.l. n. 73/2021, con condanna dell'Amministrazione al pagamento della somma stessa, ovvero, in subordine, l'obbligo di adottare un provvedimento conclusivo del procedimento avviato con l'istanza di compensazione; chiede, infine, la nomina di un commissario *ad acta* che provveda in via sostitutiva, in caso di perdurante inerzia dell'amministrazione; vinte le spese.

L'Avvocatura dello Stato si è costituita per le Amministrazioni intimato, eccependo il difetto di legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio dei ministri e del Commissario straordinario per l'emergenza epidemiologica Covid-19, posto che il contratto di appalto applicativo è stato stipulato con il Soggetto attuatore e coordinatore della struttura tecnica di supporto.

La parte ricorrente ha depositato una memoria in vista della camera di consiglio fissata per la discussione del ricorso, all'esito della quale la causa è stata posta in decisione.

Va innanzitutto esposto, in estrema sintesi, il quadro normativo di riferimento.

Con la legge di conversione 23 luglio 2021, n. 106 è stato inserito nel d.l. 25 maggio 2021, n. 73 recante "Misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali", c.d. "decreto sostegni *bis*", 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 (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 dicembre 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").

Il suddetto decreto ministeriale è stato annullato dal T.A.R. Lazio, Sez. III, con sentenza del 3 giugno 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 ottobre 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 accertate").

Sul quadro così formatosi sono intervenute ulteriori disposizioni legislative.

L'art. 29 del c.d. "decreto sostegni *ter*" (d.l. 27 gennaio 2022, n. 4, convertito con l. 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).

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 l. 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 prezzari aggiornati ai sensi del comma 2 [prezzari regionali] ovvero, nelle more del predetto aggiornamento, quelli previsti dal comma 3" [incremento fino al 20% dei prezzari regionali aggiornati al 31 dicembre 2021]" (comma 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" (comma 1, cit.).

Ricostruito il quadro normativo di riferimento, in via preliminare va precisato che sussiste la giurisdizione amministrativa esclusiva, *ex art.* 133, primo comma, lett. e), del codice del processo amministrativo.

Le disposizioni sopra riportate hanno introdotto una speciale ipotesi di revisione straordinaria del prezzo d'appalto che non si discosta nella sua natura, se non per l'eccezionalità delle previsioni giustificate dal contesto emergenziale, dall'istituto generale della revisione prezzi (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, I, 22 dicembre 2022, n. 8016; 13 febbraio 2023, n. 1002).

È consolidato l'indirizzo giurisprudenziale secondo 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. C.d.S., Sez. III, 7 luglio 2022, n. 5651, che ha affermato necessaria una "specifico 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* (C.d.S., 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. C.d.S., Sez. III, 13 luglio 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").

Sempre in via preliminare, va rilevato che sussiste il difetto di legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio dei ministri e del Commissario straordinario per l'emergenza epidemiologica Covid-19, posto che il contratto di appalto specifico, dall'esecuzione del quale è scaturita la domanda di compensazione, è stato stipulato con il Soggetto attuatore e coordinatore della struttura tecnica di supporto, in qualità di stazione appaltante.

Ciò posto, il ricorso è ammissibile essendo stato promosso con atto notificato il 18 novembre 2022, entro l'anno (di cui all'art. 31, comma 2, c.p.a.) dalla formazione del silenzio sull'istanza del 9 novembre 2022, formulata con PEC ricevuta dal Soggetto attuatore e coordinatore della struttura tecnica di supporto nella stessa data (applicandosi l'ordinario termine per provvedere di trenta giorni, *ex art. 2 della l. n. 241/1990*).

Il ricorso è altresì fondato e va accolto, nei limiti e nei sensi di seguito spiegati.

In mancanza di contestazioni in fatto e in diritto a giustificazione della mancata conclusione del procedimento con provvedimento espresso da parte del Soggetto attuatore e coordinatore della struttura tecnica di supporto del Commissario delegato della Regione Sicilia, risulta che, a tutt'oggi, sulla sopra citata istanza nessuna decisione è stata adottata nei termini di legge.

Va ricordato che il giudizio di cui l'art. 31 c.p.a., finalizzato alla decisione dei ricorsi avverso il silenzio dell'amministrazione, si fonda sull'art. 2, comma 1, della l. n. 241 del 1990, ovvero sull'art. 2, comma 1, della l.r. n. 10 del 1991, che sanciscono l'obbligo per l'Amministrazione, nel caso in cui il procedimento consegua obbligatoriamente a un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, di concluderlo "mediante l'adozione di un provvedimento espresso".

Alla stregua delle norme sopra richiamate e del canone del *clare loqui*, sussiste l'obbligo del Soggetto attuatore di concludere, positivamente o negativamente, con un provvedimento espresso il procedimento avviato dal consorzio ricorrente.

Va tuttavia precisato che costituisce pacifica acquisizione giurisprudenziale che l'istituto della revisione prezzi consiste in procedimento finalizzato al compimento di un'attività di preventiva verifica dei presupposti necessari per il riconoscimento del compenso revisionale, al quale è sotteso l'esercizio di un potere autoritativo tecnico-discrezionale nei confronti del privato contraente (cfr.

C.d.S., Sez. V, 6 settembre 2022, n. 7756; Sez. III, 14 novembre 2018, n. 6421; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 15 aprile 2022, n. 377; T.A.R. Puglia, Sez. III, 14 gennaio 2022, n. 63); pertanto, la natura discrezionale del potere sollecitato con l'istanza in esame esclude in questa sede una pronuncia sulla fondatezza della relativa istanza, essendo la relativa valutazione riservata all'amministrazione e non potendo, ex art. 34, comma 2, c.p.a., il giudice amministrativo pronunciarsi "con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" se non nella fattispecie contemplata dall'art. 31, comma 3, c.p.a. di cui, però, non ricorrono i presupposti, in ragione della natura del potere da esercitare.

Va, di conseguenza, dichiarata l'illegittimità del silenzio serbato dal Soggetto attuatore e coordinatore della struttura tecnica di supporto, in qualità di ente appaltante, con correlata declaratoria dell'obbligo di adottare una determinazione esplicita e conclusiva sull'istanza del consorzio ricorrente, impregiudicato il contenuto della relativa valutazione discrezionale, entro il termine di giorni sessanta (60) dalla comunicazione in via amministrativa o dalla notificazione a cura di parte, se anteriore, della presente sentenza.

Qualora l'amministrazione dovesse permanere nell'inadempimento oltre il termine assegnatole in dispositivo, si disporrà, su richiesta del consorzio ricorrente, la nomina di un commissario *ad acta* che provvederà in sostituzione della stessa.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima):

- dichiara l'estromissione della Presidenza del Consiglio dei ministri e del Commissario straordinario per l'emergenza epidemiologica Covid-19;

- accoglie il ricorso, nei limiti e nei sensi di cui in motivazione, e, per l'effetto, dichiara l'illegittimità del silenzio del Soggetto attuatore e coordinatore della struttura tecnica di supporto, in qualità di ente appaltante, e lo condanna a provvedere, positivamente o negativamente, sull'istanza nel termine di cui in motivazione, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione;

- condanna il Soggetto attuatore e coordinatore della struttura tecnica di supporto, al pagamento, in favore del consorzio ricorrente, delle spese del giudizio, che liquida complessivamente in euro 1.000,00 (euro mille/00), oltre accessori come per legge se dovuti.

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