

Pubblicato il 04/08/2022

N. 06864/2022REG.PROV.COLL.
N. 07293/2018 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7293 del 2018, proposto da
Impresa Pizzarotti & C. S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Vinti, con domicilio digitale come
da PEC Registri di Giustizia;

contro

Anas S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dagli avvocati Maria Stefania Masini, Paola Racheli e Marina Persichetti,
con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto
presso lo studio dell'avvocato Maria Stefania Masini in Roma, via
Monzambano, n. 10;

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale
dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione
prima, n. 6232 del 2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas S.p.a. e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 21 giugno 2022, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 17, comma 6, del d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2021, n. 113, il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Masini, Racheli e Macchia, in dichiarata delega di Vinti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Impresa Pizzarotti & C. S.p.a. ha proposto appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 6232/2018, con la quale è stato respinto il suo ricorso per l'annullamento dei provvedimenti con cui Anas S.p.a. aveva disposto la rideterminazione in diminuzione della somma precedentemente riconosciuta alla Società a seguito della domanda di adeguamento prezzi mediante compensazione dalla stessa avanzata con riferimento agli anni 2009, 2011 e 2012.

La controversia riguarda, in particolare, l'applicazione dell'istituto della compensazione prezzi ex art. 133 d.lgs. n. 163/2006 che consente l'attivazione di una peculiare forma di compensazione all'eventuale verificarsi di eventi eccezionali, tali da determinare variazioni dei prezzi di acquisto dei materiali da costruzione superiori al 10% rispetto al prezzo medio rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta.

L'appello è articolato nei seguenti motivi di ricorso:

I) "erroneità della sentenza nella parte in cui ha statuito sul primo motivo di ricorso per violazione a falsa applicazione dell'art. 21 *nonies*, comma 1, L. 241/1990, come modificato dalla l. 124/2015, entrata in vigore il 28 agosto

2015; violazione del principio di buona fede del percipiente e dell'affidamento. Difetto di motivazione, sproporzione”;

II) “erroneità della sentenza nella parte in cui ha statuito sul secondo motivo di ricorso con il quale è stata eccepita la violazione e falsa applicazione dell’art. 26, comma 4 bis della legge 109/94 e s.m.i, violazione dell’art. 133, commi 4, 5 e 6 del d.gs. 163/2006 e s.m.i.; eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza; sviamento”;

III) “erroneità della sentenza nella parte in cui ha statuito sul vizio di ricorso con il quale è stata dedotta la falsa applicazione di norme di diritto – in particolare dei DD.MM. del 9 aprile 2010, art. 3; del 3 maggio 2012, art. 2 e del 3 luglio 2013, art. 2, attuativi dell’art. 133 d.lgs. n. 163/2006”;

IV) “erroneità della sentenza nella parte in cui ha statuito sul vizio di ricorso con il quale, in subordine, è stata censurata la violazione e falsa applicazione dell’art. 26, comma 4 bis della legge 109/94 e s.m.i., violazione dell’art. 133, comma 4, 5 e 6 del d.lgs. 163/2006 e s.m.i.; eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza; sviamento”.

L’appellante ha inoltre chiesto, in via istruttoria, l’ammissione di una consulenza tecnica d’ufficio/verificazione volta a confermare correttezza e congruità del metodo di calcolo originariamente utilizzato da ANAS.

Si sono costituiti per resistere all'appello ANAS S.p.a. e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza del 21 giugno 2022, tenuta da remoto ai sensi dell’art. 17, comma 6, del d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2021, n. 113, l'appello è stato trattenuto in decisione.

L’appello è infondato.

Con il primo motivo l’appellante ha censurato la mancanza dei presupposti per l’annullamento d’ufficio previsti dall’art. 21 *nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241. In particolare, secondo l’appellante: i) l’annullamento non

potrebbe considerarsi disposto entro un termine ragionevole, essendo trascorsi tre anni dall'emanazione dell'atto annullato; ii) difetterebbe il presupposto dell'illegittimità dell'atto annullato, in quanto l'originaria determinazione dell'Anas sarebbe da considerarsi legittima e logicamente motivata; iii) difetterebbe l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto in misura prevalente rispetto al legittimo ed incolpevole affidamento del privato. Il motivo non può essere accolto.

Quanto al decorso del tempo, giova preliminarmente richiamare la giurisprudenza amministrativa secondo cui "rispetto ai provvedimenti illegittimi di primo grado, adottati anteriormente all'attuale versione dell'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990, il termine dei diciotto mesi non può che cominciare a decorrere dalla data di entrata in vigore della nuova disposizione" (Consiglio di Stato, sez. VI, 20 marzo 2020 n.1987). Essendo la novella normativa entrata in vigore in data 28 agosto 2015, il provvedimento di annullamento in autotutela impugnato, datato 20 maggio 2016, risulta essere stato adottato nel suddetto termine di 18 mesi.

La stessa giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. VI, 20 marzo 2020 n.1987, cit.), sempre con riferimento all'annullamento di provvedimenti di primo grado adottati prima della modifica normativa di cui sopra, ha tuttavia fatto salva l'operatività del "termine ragionevole" già previsto dall'originaria versione dell'articolo 21-*nonies* della legge n. 241/1990, aggiungendo che - per quanto i diciotto mesi non possano considerarsi ancora decorsi - è anche vero che la novella non può non valere come prezioso indice ermeneutico ai fini dello scrutinio dell'osservanza della regola di condotta in questione.

In merito alla ragionevolezza del termine, deve essere tenuto ferma l'indicazione dell'Adunanza Plenaria secondo cui è "del tutto congruo che il termine in questione - nella sua dimensione ragionevole - decorra soltanto dal momento in cui l'amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto".

Alla luce della giurisprudenza citata è da condividere la valutazione di congruità del lasso temporale trascorso svolta dal giudice di prime cure con riferimento alle peculiarità del caso concreto. Deve essere infatti sottolineato come l'amministrazione abbia prontamente provveduto ad aprire una nuova istruttoria, che ha portato alla rideterminazione delle somme originariamente riconosciute, a seguito di indagini penali che, nonostante non abbiano coinvolto la Pizzarotti, imponevano per la loro gravità un riesame delle attività precedentemente svolte dagli uffici amministrativi coinvolti.

Quanto all'illegittimità dell'atto annullato, questa deve essere confermata, in quanto l'originaria determinazione dell'amministrazione, come si avrà modo di vedere meglio nell'esame dei motivi successivi, risultava fondata su un'errata interpretazione delle norme che disciplinano l'istituto della compensazione.

Quanto alla sussistenza dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa questo deve ritenersi sussistente *in re ipsa* a fronte di un indebito esborso di denaro pubblico, senza la necessità di una specifica motivazione in tal senso.

Anche i restanti motivi di ricorso, che possono essere trattati congiuntamente in quanto volti ad affermare l'illegittimità della modalità di calcolo adottata dall'amministrazione nel rideterminare le somme dovute in compensazione ex art. 133 d.lgs. n. 163/2006, devono essere disattesi.

Secondo la difesa dell'appellante, ai fini dell'applicazione dell'istituto della compensazione, rileverebbero le variazioni del prezzo dei singoli materiali superiori al 10% intervenute tra l'anno dell'offerta e l'anno della contabilizzazione dei materiali stessi, la compensazione opererebbe cioè con riferimento all'intera variazione di prezzo eccedente il 10%.

Deve tuttavia rilevarsi come il diverso criterio adottato dall'amministrazione, secondo cui ai fini della compensazione rileverebbero le sole variazioni del prezzo superiori al 10% rispetto all'anno precedente, confermato dal T.A.R. Lazio nella sentenza impugnata, in linea con le precedenti pronunce dello

stesso Tribunale nn. 4649 del 23 maggio 2012 e 6225 del 10 luglio 2012, abbia già trovato autorevole conferma nella giurisprudenza di questo Consiglio di Stato.

Nella sentenza n. 3187/2019 della IV Sez., che ha deciso sui ricorsi riuniti avverso le predette sentenze nn. 4649 e 6225, si afferma: “come esattamente ritenuto dal T.A.R. per il Lazio, il meccanismo della compensazione opera anno per anno se e in quanto, da un anno all'altro, si sia verificato un incremento (o una diminuzione) di prezzo medio superiore al 10%, con conseguente irrilevanza di variazioni di prezzi inferiori a tale soglia, con verifica che deve eseguirsi con riguardo all'arco temporale annuale, e non già a quello dell'intero contratto e della sua residua durata. Se si opinasse in senso diverso, la deroga eccezionale al criterio del prezzo chiuso assumerebbe contorni sostanzialmente elusivi del divieto di revisione prezzi e finirebbe per snaturare la scelta del legislatore che, a evidenti fini di contenimento (e moralizzazione) della spesa pubblica, ha inteso eliminare un meccanismo che determinava notevoli lievitazioni del costo delle opere pubbliche, ben oltre il quadro economico previsionale e al limite consentendo di recuperare, in tutto o in parte, lo stesso ribasso d'asta”.

Negli stessi termini si è espressa anche la sentenza n. 3188/2019, sempre della IV Sez. del Consiglio di Stato.

In conclusione, per le ragioni su esposte, l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza appellata.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, e per l'effetto, conferma la sentenza appellata.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti delle controparti, che si liquidano nella somma complessiva pari ad euro 5000, oltre

ad oneri di legge.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2022, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 17, comma 6, del d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2021, n. 113, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO