

TAR Puglia – Lecce, Sezione Seconda, Sentenza n. 1068 del 20 settembre 2023

Appalti di lavori – Compensazioni ex art. 26 DL 50/2022 – Non dovute se termine di presentazione offerte successivo al 31/12/2021 – Ripetizione somme erroneamente versate dalla SA

Publicato il 20/09/2023

N. 01068/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00334/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 334 del 2023, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in (...);

contro

Comune di (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determinazione n. 34 del 20.01.2023, resa dal Responsabile del 4° Settore - Servizi Tecnici e Green Economy del Comune di (...), con la quale è stato disposto l'annullamento d'ufficio, ai sensi dell'art. 21-*nonies* della L. n. 241/1990,

della precedente Determina n.1014/2022 e della statuizione di cui al n. 3 della pregressa Determina n.1021/2022, a mezzo delle quali erano stati approvati i certificati di pagamento straordinari, emessi ai sensi dell'art. 26, D.L. n. 50/2022, in relazione ai lavori eseguiti dalla ricorrente nell'ambito dell'appalto dei lavori di “*manutenzione straordinaria di strade comunali esistenti e relative pertinenze*”;

- della nota prot. n. 0005250 del 23.02.2023, resa dal Responsabile del 4°Settore - Servizi Tecnici e Green Economy del Comune di (...), con la quale sono state rigettate le deduzioni difensive presentate dalla ricorrente con nota del 13.02.2023, acquisita in pari data al protocollo comunale al n. 4363, e si è proceduto alla conferma delle statuizioni assunte con la Determina n. 34 del 20.1.2023;

- di ogni atto connesso, presupposto, consequenziale o che, ancorché sconosciuto, con i provvedimenti di cui ai punti precedenti si sia posto in qualsivoglia rapporto di correlazione;

nonché per l'accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente a vedersi riconosciuti e liquidati gli importi recati dai certificati di pagamento straordinari n. 1-*bis* e n. 2-*bis*, oggetto, rispettivamente, delle determine n. 1014/2022 e n. 1021/2022.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2023 il dott. Nino Dello Preite e uditi per le parti i difensori avv. (...), in sostituzione dell'avv. (...), per la parte ricorrente e avv. (...) per la P.A.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. È impugnata la determinazione, in epigrafe indicata, con cui il Comune di (...) ha annullato, in quanto erroneamente liquidati, i c.d. “*certificati di pagamento*”

straordinari”, inizialmente riconosciuti in favore della ditta ricorrente a titolo di adeguamento dei prezziari regionali per l’aumento straordinario dei costi dei lavori pubblici *ex art. 26 d.l. n. 50/2022*.

1.1. La determina annulla detti certificati di pagamento, relativi agli stati di avanzamento lavori emessi per l’esecuzione dei lavori di “*manutenzione straordinaria di strade comunali esistenti e relative pertinenze*” (già contrattualizzati dalla P.A. con la ricorrente), non riconoscendo la sussistenza dei presupposti di legge per la relativa contabilizzazione.

1.2. A sostegno del ricorso, la parte ricorrente ha addotto i seguenti motivi di censura: I. “*Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 26, d.l. n. 50/2022. Violazione e/o falsa applicazione art. 21-nonies, l. n. 241/1990. Eccesso di potere per errore dei presupposti di fatto e di diritto. Violazione e/o falsa applicazione artt. 2, 3 e 97 Costituzione. Sviamento*”; II. “*Violazione e/o falsa applicazione art. 21-nonies, l. n.241/1990. Eccesso di potere per errore dei presupposti di fatto e di diritto. Violazione e/o falsa applicazione art. 3, l. n. 241/90. Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria. Violazione e/o falsa applicazione D.G.R. nn. 709/2022 e 1090/2022. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 106, D. Lgs. n. 50/2016. Sviamento*”.

1.3. Il Comune intimato si è costituito in giudizio, instando per il rigetto del ricorso, con vittoria di spese.

1.4. Previo deposito di memorie difensive, all’udienza pubblica del 13 luglio 2023 la causa è stata riservata in decisione.

2. *In limine*, va affermata la sussistenza della giurisdizione del G.A., in adesione alla giurisprudenza, che assimila questo tipo di controversie a quelle in materia di revisione prezzi.

2.1. Si è infatti condivisibilmente affermato che le disposizioni di cui al d.l. 17 maggio 2022, n. 50 (c.d. “Decreto Aiuti”), convertito con legge 15 luglio 2022, n. 91, “*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" (cfr. T.A.R. Lazio Roma, Sez. II, 17.4.2023, n. 6520; Cons. Stato, Sez. VI, 23.2.2023, n. 1844).

3. Nel merito, il ricorso è infondato.

3.1. Con i motivi di censura, che possono essere esaminati congiuntamente per la loro stretta connessione e interdipendenza, la società ricorrente sostiene che l'Ente Civico, una volta preso atto che le determine di approvazione e liquidazione degli importi revisionali erano state erroneamente fondate sul richiamo all'ipotesi normativa di cui al comma 1 dell'art. 26 del d.l. n. 50/2002, non avrebbe dovuto procedere all'annullamento ufficioso delle statuizioni assunte, ma avrebbe dovuto disporre la convalida degli effetti, limitandosi ad una mera rettifica del contenuto delle medesime determine attraverso il corretto richiamo della disciplina applicabile.

3.2. In particolare, ad avviso della ricorrente, la vicenda sarebbe riconducibile alla fattispecie di cui al comma 3, secondo periodo, dell'art. 26, del d.l. n.50/2022 che, ove correttamente applicata, avrebbe comunque imposto il riconoscimento in favore della ricorrente dei medesimi importi già liquidati in suo favore, a titolo revisionale, ai sensi del comma 1 della medesima disposizione normativa.

3.3. Sempre ad avviso della ricorrente, nell'ipotesi di ritenuta inapplicabilità agli appalti, quale quello di specie, del meccanismo revisionale a titolo di conguaglio, previsto dal secondo periodo del comma 3 della medesima previsione normativa, dovrebbe rilevarsi il carattere di incostituzionalità delle previsioni di cui al ridetto art. 26, d.l. n. 50/2022, per violazione degli artt. 2, 3 e 97 della Costituzione.

3.4. La parte si duole, inoltre, della mancata ponderazione degli interessi privati coinvolti nella vicenda, che – ove espletata – avrebbe dovuto indurre la P.A alla convalida delle determinazioni *de quibus*, anche in considerazione della possibile applicazione alla fattispecie della previsione di cui alla lett. c) dell'art. 106 del Codice Appalti, sulla scorta dell'interpretazione autentica fornita dal legislatore

con l'art. 7, d.l. n. 36/2022, conv. in legge n. 79/2002, al quale poteva essere data valenza generale e non limitata all'attuazione del PNRR.

4. Le proposte censure, così compendiate, non sono positivamente apprezzabili.

4.1. Osserva il Collegio che, alla stregua del tenore letterale dell'art. 26 del d.l. n. 50/2022, si evince, con chiarezza, che l'ambito di applicazione temporale della norma è circoscritto alle sole offerte presentate entro il 31 dicembre 2021 e, conseguentemente, alle lavorazioni eseguite e contabilizzate nell'anno 2022.

4.2. In particolare, appare evidente che l'applicabilità dell'intera disciplina introdotta dall'art. 26 del d.l. n. 50/2022, e quindi anche del comma 3, al contrario di quanto sostenuto da parte ricorrente, è circoscritto agli appalti le cui offerte siano state presentate entro il 31.12.2021.

4.3. Recita infatti tale ultima disposizione che “[...] *Per le finalità di cui al comma 1, qualora, all'esito dell'aggiornamento dei prezzi ai sensi del comma 2, risulti nell'anno 2022 una variazione di detti prezzi rispetto a quelli approvati alla data del 31 dicembre 2021 inferiore ovvero superiore alla percentuale di cui al primo periodo del presente comma, le stazioni appaltanti procedono al congruaggio degli importi riconosciuti ai sensi del medesimo comma 1, in occasione del pagamento degli stati di avanzamento dei lavori afferenti alle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori ovvero annotate, sotto la responsabilità dello stesso, nel libretto delle misure successivamente all'adozione del prezzo aggiornato*”.

4.4. Quindi la disposizione in commento, mediante rinvio al precedente comma 1, si riferisce sempre e soltanto “*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*”, fra i quali non rientra quello in esame, giacché la relativa offerta è stata presentata dalla ricorrente in data successiva al 31.12.2021.

4.5. Sull'interpretazione relativa all'ambito di applicabilità delle disposizioni dell'art. 26 del d.l. 50/2022, si è condivisibilmente affermato che “*Tale incremento dei prezzi deve essere applicato ai valori indicati nelle offerte relative ad appalti con termine di presentazione finale al 31.12.2021. Il legislatore, pertanto, prende in espressa considerazione l'ipotesi che, a far*

data dal 1.1.2022 e sino al 31.12.2022, i valori delle offerte presentate al 31.12.2021 non possano più risultare congrui” (TAR Piemonte, Sez. II, 20/02/2023, n. 180).

5. Sussistono, pertanto, i presupposti di fatto e di diritto per la ripetizione da parte del Comune delle somme erroneamente erogate in applicazione delle determinazioni comunali annullate in autotutela, senza che possa rilevare in contrario, la ponderazione di altri interessi di natura privata.

5.1. Infatti, secondo condivisibile orientamento giurisprudenziale, *“il recupero di somme indebitamente erogate dalla p.a. ha carattere di doverosità e costituisce esercizio, ai sensi dell’art. 2033 cod. civ., di un vero e proprio diritto soggettivo a contenuto patrimoniale, non rinunziabile, in quanto correlato al conseguimento di quelle finalità di pubblico interesse, cui sono istituzionalmente destinate le somme indebitamente erogate. Si tratta cioè di atti vincolati, di carattere non autoritativo, di doveroso recupero di somme erroneamente corrisposte dall’amministrazione, rispetto ai quali - nell’ambito del rapporto obbligatorio di reciproco dare avere (paritetico) - resta ferma la possibilità per l’interessato di contestare eventuali errori di conteggio e la sussistenza dell’indebito (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2019, n. 1852)”* (così Cons. Stato, Sez. IV, n.5343/2019 e n. 5342/2019; in termini, Cons. Stato, Sez. I, n. 2530/2019).

5.2. Occorre peraltro considerare che *“nel caso di recupero da parte dell’amministrazione di somme erroneamente corrisposte, né l’affidamento del percipiente, né il decorso del tempo sono di ostacolo all’esercizio del diritto-dovere di ripetere le somme, essendo il recupero un atto dovuto, privo di valenza provvedimentale, da adottarsi con il solo dovere di osservare modalità non eccessivamente onerose per il soggetto colpito (Cons. Stato, Sez. IV, 8.6.2009, n. 3516; Sez. V, 30.9.2013, n. 4849).*

5.3. Sotto altro profilo, reputa il Collegio che non si attagli al caso di specie l’invocato art. 106, comma 1, lett. c), del D. Lgs. n. 50/2016.

5.4. Invero, l’art. 7, comma 2-ter, del d.l. n. 36/2022, conv. in legge n. 79/2022– con disposizione specificamente riferita all’attuazione del PNRR (come si evince dalla rubrica della norma), ma alla quale viene riconosciuta valenza generale, stante

il carattere interpretativo della medesima (cfr. Del. ANAC n.67 dell'11.1.2023) – ha disposto che «L'articolo 106, comma 1, lettera c), numero 1), del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si interpreta nel senso che tra le circostanze indicate al primo periodo sono incluse anche quelle impreviste ed imprevedibili che alterano in maniera significativa il costo dei materiali necessari alla realizzazione dell'opera».

5.5. La citata disposizione aggiunge, al comma 2-*quater*, che «Nei casi indicati al comma 2-*ter*, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, la stazione appaltante o l'aggiudicatario possono proporre, senza che sia alterata la natura generale del contratto e ferma restando la piena funzionalità dell'opera, una variante in corso d'opera che assicuri risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare esclusivamente in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi dei materiali».

5.6. Sennonché, come è evidente, anche nella prospettiva interpretativa introdotta dal richiamato art. 7 del d.l. n. 36/2022, l'istituto in parola non può trovare applicazione al caso specifico oggetto di giudizio, perché le varianti in corso d'opera – considerate dalla norma al fine del conseguimento di risparmi di spesa da utilizzare in compensazione “per far fronte alle variazioni dei costi dei materiali” – presuppongono pur sempre “modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale”, nella specie non verificatesi, né proposte – e conseguentemente accettate - da alcuna delle parti (cfr. sulla natura delle varianti, *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 7 gennaio 2022, n. 48; *id.* Sez. III, 7 dicembre 2021, n. 8180; Sez. V, 15 novembre 2021, n. 7602 e Sez. V, 2 agosto 2019, n. 5505).

6. Reputa, infine, il Collegio che non vi siano i presupposti per rimettere la questione alla Corte Costituzionale, considerato che non appare contrario ai principi di eguaglianza e di ragionevolezza la delimitazione dell'operatività della norma in questione entro un preciso limite temporale, caratterizzato da un notorio incremento dei prezzi, sul presupposto che in tale periodo l'offerente, che abbia partecipato ad una gara pubblica, sia rimasto assoggettato ad un imprevedibile aumento dei costi delle materie prime nel settore edilizio.

7. Per le ragioni suesposte il ricorso va respinto, in quanto infondato.

8. Nondimeno, considerata la peculiarità e la novità delle questioni affrontate, le spese possono essere eccezionalmente compensate fra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Antonella Mangia, Presidente

Nino Dello Preite, Referendario, Estensore

Paolo Fusaro, Referendario

L'ESTENSORE

Nino Dello Preite

IL PRESIDENTE

Antonella Mangia

IL SEGRETARIO