to il 26/10/2020

N. 01989/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00675/2020 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

## IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

## **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 675 del 2020, proposto da BREBEMI S.p.A. - Società di Progetto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Claudio Guccione e Maria Ferrante, con domicilio digitale eletto presso le loro caselle PEC coma da Registri di Giustizia;

#### contro

Concessioni Autostradali Lombarde S.p.A. (CAL), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale eletto presso la sua casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Milano, via Larga, n. 23;

## per l'accertamento

dell'obbligo di provvedere e conseguentemente dell'illegittimità del silenzio serbato dalla concedente CAL sulle istanze presentate dall'odierna ricorrente in data 5 luglio 2019 (prot. n. SDP-U-1907-059-PR-FRO), 5 agosto 2019 (prot. n. SDP-U-1908-015-PR-FRO) 27 settembre 2019 (prot. n. SDP – U- 1909 – 123 – PR- FRO) e 16 dicembre 2019 (prot. n. SDP-U-19012-092-PR-FRO), con le quali il Concessionario BREBEMI ha chiesto di ottenere, ai sensi dell'art. 30.4 della Convenzione Unica, il pronunciamento della concedente in merito alle riserve iscritte in contabilità dall'impresa esecutrice ed alle istanze di proroga del termine di ultimazione delle c.d. Opere Connesse;

e per la conseguente condanna

della Società concedente CAL ad emanare i provvedimenti richiesti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Concessioni Autostradali Lombarde S.p.A. (CAL);

Visti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2020 la dott.ssa Valentina Mameli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

- 1. La ricorrente Società di Progetto BREBEMI S.p.A. è concessionaria per la progettazione, costruzione e gestione del Collegamento Autostradale di Connessione tra le città di Brescia e Milano, giusta Convenzione Unica sottoscritta con la Concedente CAL S.p.A. in data 1° agosto 2007 ai sensi dell'art. 2 comma 82 del D.L. 262/2006.
- 1.2. Ai sensi del cronoprogramma Allegato L) alla Convenzione Unica, le opere oggetto dell'affidamento venivano distinte tra "Asse Autostradale" (il corpo autostradale vero e proprio, che rientra nel patrimonio della concessione e deve essere gestito dal Concessionario) e "Opere connesse" (le viabilità di adduzione di proprietà di Enti terzi, che non rientrano nel patrimonio della concessione e devono essere gestiti dagli Enti competenti).
- 1.3. Per l'esecuzione delle attività di progettazione e realizzazione delle opere BREBEMI decideva di avvalersi di propri soci costruttori ai sensi dell'art. 156, co. 2 del D.lgs. n. 163/2006.
- 1.4. In data 16 ottobre 2009 veniva pertanto sottoscritto tra BREBEMI e il Consorzio BBM, costituito da imprese socie della Società BREBEMI, un Contratto di affidamento a Contraente Generale, ai sensi dell'art. 174, co. 2 del D.lgs. n. 163/2006.

In particolare il contratto di affidamento tra BREBEMI e Consorzio BBM stabiliva, all'art. 33.1, che "tutte le riserve formulate dal Contraente Generale ai sensi del presente Contratto, danno luogo ad una variazione del corrispettivo contrattuale solo se e nella misura riconosciuta dalla Concedente come dovuta ai sensi dell'art. 30.4 della Convenzione Unica".

L'art. 30.4 della Convenzione Unica recante "Regime dei lavori e delle forniture di beni e servizi" stabiliva che "Le riserve relative ai lavori da realizzare da parte del Concessionario saranno considerate parte dell'investimento complessivo per gli importi effettivamente liquidati dal Concessionario alle imprese appaltatrici, o fornitrici, soltanto se non imputabili a colpa del concessionario stesso e: (A) riconosciute dovute dal Concedente, ovvero (B) liquidate in via giudiziale, con espressa esclusione del giudizio arbitrale".

1.5. Con lettera del 28 marzo 2013 il Concessionario avanzava a CAL la richiesta di riconoscimento di maggiori oneri (economici e temporali) sulla base delle riserve iscritte sul registro di contabilità dal Contraente Generale, nonché istanza di riconoscimento di un termine suppletivo per l'ultimazione delle opere e dei correlati oneri economici.

1.6. In data 21 maggio 2014 il Concedente e il Concessionario addivenivano alla sottoscrizione di un apposito verbale di accordo, recante il nuovo cronoprogramma dei lavori e l'accertamento dei maggiori oneri riconoscibili, limitatamente ai lavori relativi all'Asse Autostradale (cd. Prima tranche riserve); un verbale di identico contenuto veniva, inoltre, sottoscritto tra il Concessionario e il proprio Contraente Generale.

Con il medesimo verbale CAL e BREBEMI convenivano altresì che: "Con riguardo alle c.d. Opere Connesse, non sussistendo ad oggi condivisione tra le Parti sul termine di ultimazione dei lavori delle stesse, il Concessionario si riserva di presentare ulteriore istanza di proroga e di maggiori oneri sostenuti. Eventuali richieste di proroga e di maggiori oneri saranno oggetto di istruttoria da parte del Concedente".

- 1.7. Sicché, nel prosieguo del rapporto concessorio, il Concessionario, in ossequio al suddetto verbale, trasmetteva a CAL le istanze di proroga relative alle Opere Connesse, provvedendo ad aggiornare in particolare il termine di ultimazione del Lotto 0B, che veniva stabilito al 9 settembre 2016.
- 1.8. Il Contraente Generale iscriveva nei registi di contabilità n. 101 riserve per circostanze impreviste e imprevedibili relative ai lavori delle Opere Connesse (per complessivi 188.171.451,63 euro), oltre alle riserve relative all'Asse autostradale già riconosciute in via transattiva con il Verbale di Accordo 2014.
- 1.9. I lavori delle Opere Connesse venivano ultimati in data 9 settembre 2016, nel rispetto del termine indicato nelle istanze di proroga. I lavori dell'Asse Autostradale erano già stati regolarmente terminati, senza contestazioni da parte della Concedente, entro il termine previsto dal Nuovo Cronoprogramma.
- 1.10. A valle delle verifiche sulla fondatezza delle richieste iscritte agli atti contabili, BREBEMI definiva con il Contraente Generale due Accordi transattivi (verbale di accordo del 30 luglio 2016 e Verbale di Accordo del 5 marzo 2018) con cui il Concessionario, a tacitazione definitiva delle riserve relative alle Opere Connesse, liquidava al Contraente Generale, in distinte *tranche*, l'importo di € 44.508.569,08.

La liquidazione delle riserve interveniva previa autorizzazione dei Finanziatori del Progetto autostradale, che a tal fine concedevano a BREBEMI l'utilizzo di una nuova linea di credito nell'ambito della complessa architettura finanziaria del *project financing* nonché a seguito dell'emissione di fideiussioni da parte del Contraente Generale a garanzia dell'obbligo di restituzione delle somme corrisposte a titolo transattivo, in caso di mancato riconoscimento del medesimo importo da parte di CAL.

- 1.11. In vista dell'approssimarsi del collaudo finale dell'opera e delle determinazioni finali del RUP in merito alla contabilità dei lavori e alla fondatezza delle richieste dell'esecutore, con nota del 24 gennaio 2017 il Concessionario sottoponeva alla Commissione di Collaudo, sulla scorta delle indicazioni rese dalla Concedente, la richiesta di ammissione in contabilità delle lavorazioni per il cui riconoscimento il Contraente Generale aveva iscritto riserva.
- 1.12. L'istanza del Concessionario dava inizio ad uno scambio di corrispondenza con Concedente e Commissione di Collaudo che sostenevano la loro incompetenza in merito agli accertamenti contabili e agli adempimenti previsti dal D.P.R. 207/2010, viceversa ritenuti di competenza del Concessionario. BREBEMI, di contro, sosteneva la competenza esclusiva del RUP della Concedente in tema di valutazione dei maggiori oneri economici e temporali lamentati, per effetto

sia delle previsioni pubblicistiche applicabili al rapporto di concessione (cfr. artt. 217, 228 e 234, D.P.R. 207/2010), sia delle pattuizioni contrattuali tra Concedente e Concessionario (cfr. art. 30.4 della Convenzione Unica e punto II, lett. c del Verbale di Accordo CAL – BREBEMI del 2014).

- 1.13. L'istanza di ammissione in contabilità rimaneva, comunque, inevasa.
- 1.14. Pertanto, successivamente alla conclusione dei lavori e all'avvio delle operazioni di collaudo finale, il Concessionario richiedeva alla Direzione dei Lavori di provvedere agli adempimenti finali sulla contabilità dei lavori, con nota del 17 novembre 2017 e con successivo sollecito del 13 settembre 2018. Analoga richiesta veniva autonomamente e successivamente formulata anche dalla Concedente con nota del 12 febbraio 2019.
- 1.15. In data 28 febbraio 2019 la Direzione dei Lavori trasmetteva alla Concedente il Conto Finale dei Lavori e la relativa Relazione accompagnatoria ex art. 200 D.P.R. n. 207/2010, poi sottoscritti con riserva dal Contrente Generale il 2 maggio 2019 e trasmessi a CAL dal Concessionario con nota del 27 maggio 2019; in data 7 marzo 2019, la Direzione dei Lavori comunicava a BREBEMI di aver inviato separatamente e riservatamente al RUP della Concedente la "Relazione Riservata sulle riserve avanzate dall'esecutore dei lavori" ex art. 217, comma 1, lett. o), d.P.R. n. 207/2010, trasmettendo altresì la versione rettificata e definitiva del "Conto Finale dei Lavori" e della relativa Relazione accompagnatoria; infine in data 6 maggio 2019, su disposizione della Concedente, la predetta Relazione Riservata veniva trasmessa dalla Direzione dei Lavori anche al Concessionario, ai fini delle proprie attività istruttorie. Nella propria Relazione Riservata la Direzione dei Lavori si esprimeva, in particolare, sulla riconoscibilità dei maggiori oneri economici e temporali richiesti dal Contraente Generale agli atti contabili.
- 1.16. Senonché CAL, dopo aver richiesto a BREBEMI con nota del 10 aprile 2019 attività istruttorie e documenti, con lettera del 30 aprile 2019 ribadiva la propria incompetenza agli adempimenti propri di un committente dell'opera pubblica, ivi inclusi quelli in tema di contabilità lavori, sostenendo la competenza del Concessionario e ritenendo che il collaudo avrebbe potuto prescindere dall'esame delle riserve iscritte nella contabilità lavori.
- 1.17. In ogni caso, con nota del 27 maggio 2019, BREBEMI trasmetteva a CAL la documentazione richiesta (in particolare l'istruttoria del Concessionario sulle riserve iscritte dal Contraente Generale e la relazione del Concessionario sul conto finale) unitamente al Conto finale dei lavori sottoscritto con riserva dal Contraente Generale, formulando istanza di valutazione delle riserve ai sensi dell'art. 30.4 della Convenzione Unica.
- 1.18. Con nota del 13 giugno 2019 CAL sosteneva la tesi della natura pubblicistica del rapporto tra la società di progetto e i propri soci costruttori ed evidenziava incongruenze della proposta transattiva, chiedendo al Concessionario di conoscere le riserve effettivamente liquidate al Contraente Generale.
- 1.19. Con nota del 5 luglio 2019 BREBEMI chiedeva a CAL, tra l'altro, di espletare nelle more delle operazioni di collaudo e comunque indipendentemente dalle tempistiche per la redazione della relazione sul conto finale da parte del RUP le verifiche di cui all'art. 30.4, lett. (A) della convenzione unica circa la fondatezza delle riserve iscritte in contabilità e di assumere le conseguenti determinazioni.
- 1.20. Tuttavia, con nota del 31 luglio 2019 la Concedente, ritenendo di non poter condividere i contenuti della nota del Concessionario, dichiarava che avrebbe proceduto con le attività di sua competenza sulla base degli atti allo stato messi a disposizione del concessionario stesso.

- 1.21. Con note del 5 agosto 2019 e del 16 dicembre 2019 BREBEMI reiterava la richiesta.
- 1.22. In riscontro a tali ultime comunicazioni CAL con nota del 19 dicembre 2019 osservava che:
- la gestione delle riserve costituiva attività di competenza del concessionario fino alla relativa liquidazione definitiva;
- in coerenza con le previsioni di cui all'art. 30.4 della convenzione unica la Concedente avrebbe esaminato solo le riserve i cui importi fossero stati effettivamente liquidati dal Concessionario, come risultanti formalmente da atti contrattuali nonché da atti contabili previsti per legge;
- le riserve oggetto della nota di BREBEMI non risultavano inserite in alcuno degli atti citati;
- la Concedente non poteva essere chiamata a svolgere strumentali attività arbitrali rispetto a un contezioso afferente a un contratto sottoscritto e gestito unicamente dal concessionario, rispetto al quale CAL era del tutto estranea.
- 1.23. Con nota del 27 febbraio 2020 CAL ribadiva che la valutazione delle riserve "è possibile solo al verificarsi della duplice condizione che dette riserve siano state già liquidate dalla stessa BREBEMI e che non siano state iscritte per fatti imputabili alla medesima".
- 2. Ritenuta l'inerzia di CAL, con ricorso *ex* art. 117 c.p.a. notificato in data 24 marzo 2020 e depositato il successivo 31 marzo 2020 BREBEMI ha chiesto l'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dalla concedente CAL sulle istanze presentate in data 5 luglio 2019, 5 agosto 2019, 27 settembre 2019 e 16 dicembre 2019 volte ad ottenere, ai sensi dell'art. 30.4 della Convenzione Unica, il pronunciamento della concedente in merito alle riserve iscritte in contabilità dall'impresa esecutrice ed alle istanze di proroga del termine di ultimazione delle c.d. Opere Connesse.
- 2.1. Si è costituita in giudizio la società CAL deducendo, in estrema sintesi, di essere estranea al rapporto contrattuale tra BREBEMI e il Contraente Generale, al cui ambito afferiscono le riserve di cui BREBEMI chiede il riconoscimento, essendo la concedente tenuta ad esprimersi solo ai sensi della Convenzione Unica e solo nei rapporti con la propria Concessionaria.
- 3. Con ordinanza n. 1306 del 10 luglio 2020 il Collegio ha rilevato, ai sensi dell'art. 73 c.p.a. la sussistenza di profili di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione, dando termine alle parti per interloquire sul punto.
- 3.1. Le parti hanno diffusamente argomentato, sostenendo entrambe la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, sulla base di plurimi e concorrenti profili.
- 4. Alla camera di consiglio del 23 settembre 2020 la causa è stata chiamata e trattenuta per la decisione.
- 5. In via preliminare deve essere esaminata e decisa la questione, sollevata d'ufficio dal Collegio, circa l'appartenenza della controversia *de qua* alla giurisdizione del giudice amministrativo.
- 5.1. Va premesso che oggetto del presente giudizio è l'accertamento dell'obbligo di provvedere e, conseguentemente, l'accertamento dell'illegittimità del silenzio che sarebbe stato serbato da CAL sulle istanze presentate da BREBEMI per ottenere, ai sensi dell'art. 30.4 della Convenzione Unica, il pronunciamento della Concedente CAL in merito alle riserve iscritte in contabilità dal Contraente

Generale Consorzio BBM, con cui BREBEMI ha sottoscritto contratto di affidamento il 16 ottobre 2019, e alle istanze di proroga del termine di ultimazione delle c.d. Opere Connesse.

- 5.2. La *res litigiosa* si incentra sull'interpretazione della richiamata disposizione della Convenzione Unica, che si inserisce nella fase pubblicistica del rapporto concessorio.
- 5.3. Sebbene la domanda di accertamento sia preordinata al riconoscimento di un diritto astrattamente riconoscibile, quale esito di un futuro ed articolato procedimento, la stessa si fonda sul giudizio interpretativo del contenuto della convenzione.
- 5.4. Sotto altro ma concorrente profilo, pur essendo la controversia sorta nella fase esecutiva del rapporto concessorio, la questione attiene non solo alla disciplina dell'assetto dei rapporti posta nella fase pubblicistica, ma implica l'esercizio di poteri autoritativi di natura tecnico-discrezionale preordinati, in ultima analisi, al controllo del corretto perseguimento dell'interesse pubblico cui è preordinata l'intera complessa operazione (in particolare in punto di controllo della spesa e rispetto del cronoprogramma).

E l'azione proposta ha proprio per oggetto il mancato esercizio di tali poteri.

- 5.5. Alla luce dei sopra esposti rilievi il Collegio ritiene che debba affermarsi la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. c) c.p.a.
- 5.6. Invero per la costante giurisprudenza delle Sezioni Unite, sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie, di cui alla predetta norma, concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi, nelle quali venga in rilievo non l'esistenza o il contenuto della concessione o l'esercizio di poteri autoritativi della pubblica amministrazione sul rapporto concessorio o sulla determinazione delle suddette controprestazioni, ma solo l'effettiva debenza dei corrispettivi stessi in favore del concessionario, secondo un rapporto paritario di contenuto meramente patrimoniale, nella contrapposizione delle situazioni giuridiche soggettive obbligo/pretesa (cfr. Cass. SS.UU. 27 dicembre 2017, n. 30795, richiamata da Cons. Stato sez. III 26 giugno 2019 n. 4374). Restano invece devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie che coinvolgano l'esercizio di poteri discrezionali inerenti alla determinazione del canone, dell'indennità o di altri corrispettivi (Cass. SS.UU. 9 agosto 2018, n. 20682).
- 5.7. Nel caso di specie il potere di cui si lamenta il mancato esercizio implica l'interpretazione e l'attuazione dell'atto convenzionale che disciplina il complesso delle obbligazioni derivanti dal rapporto concessorio, con conseguente radicamento della giurisdizione del giudice amministrativo.
- 6. Il Collegio passa ad esaminare il merito della controversia.
- 7. Il ricorso è fondato.
- 7.1. Va premesso che non è in discussione che CAL non si sia pronunciata in merito alle riserve iscritte in contabilità dall'impresa esecutrice e oggetto delle istanze della concessionaria BREBEMI. Anzi, è pacifico che CAL ritenga di non doversi pronunciare essendo estranea al rapporto contrattuale (tra BREBEMI e Consorzio BBM) nell'ambito del quale le riserve sono originate.
- 7.2. Come sopra già rilevato la soluzione della questione passa attraverso l'interpretazione dell'art. 30.4 della Convenzione che dispone che "Le riserve relative ai lavori da realizzare da parte del Concessionario saranno considerate parte dell'investimento complessivo per gli importi

effettivamente liquidati dal Concessionario alle imprese appaltatrici, o fornitrici, soltanto se non imputabili a colpa del concessionario stesso e:

- (A) riconosciute dovute dal Concedente, ovvero
- (B) liquidate in via giudiziale, con espressa esclusione del giudizio arbitrale".
- 7.3. La disposizione è chiara nella sua portata letterale, per quanto rileva nel presente giudizio, circa l'obbligo della concedente CAL di pronunciarsi sulle riserve iscritte nei documenti contabili.
- 7.4. Non ha pregio l'argomentazione della concedente circa la propria estraneità al rapporto contrattuale tra BREBEMI e il Consorzio BBM, considerato che la predetta clausola convenzionale presuppone proprio l'esistenza di tale diverso rapporto contrattuale.
- 7.5. Va inoltre ricordato che, per quanto qui di interesse, l'art. 33.1 del contratto di affidamento tra BREBEMI e Consorzio BBM stabilisce che "tutte le riserve formulate dal Contraente Generale ai sensi del presente Contratto, danno luogo ad una variazione del corrispettivo contrattuale solo se e nella misura riconosciuta dalla Concedente come dovuta ai sensi dell'art. 30.4 della Convenzione Unica". Ciò sul presupposto di un evidente collegamento tra il rapporto concessorio tra CAL e BREBEMI e il rapporto contrattuale tra BREBEMI e il Consorzio BBM, strettamente avvinti da una causa concreta unitaria.
- 7.6. L'argomento opposto da CAL per non procedere al riconoscimento delle riserve non è quindi coerente con la complessiva architettura negoziale, come confermato da quanto già avvenuto nel 2014, ovvero la sottoscrizione dell'accordo tra CAL e BREBEMI relativamente alle riserve allora iscritte dal contraente generale, ove, tra l'altro, si è espressamente stabilito che "... Eventuali richieste di proroga e di maggiori oneri saranno oggetto di istruttoria da parte del Concedente".
- 7.7. Ugualmente non hanno rilievo in questa sede in cui si controverte soltanto sull'obbligo di provvedere le argomentazioni di CAL circa l'insufficienza della documentazione contabile ovvero il carattere provvisorio delle somme già liquidate da BREBEMI. Tali profili potranno avere rilievo nell'ambito del procedimento condotto da CAL ai fini di cui all'art. 30.4 della convenzione unica.
- 7.8. Va infine considerato che il procedimento per il riconoscimento delle riserve consente alla concedente un continuo ed efficace controllo della spesa pubblica, in coerenza, tra l'altro, con i poteri indicati al punto 8 della Convenzione Unica. Costituisce quindi espressione di tipiche prerogative del concedente.
- 8. In conclusione, per le ragioni che precedono, in accoglimento del ricorso proposto, va dichiarata l'illegittimità del silenzio serbato da CAL sulle istanze presentate da BREBEMI per ottenere, ai sensi dell'art. 30.4 della Convenzione Unica, il pronunciamento della Concedente in merito alle riserve iscritte in contabilità dal Contraente Generale Consorzio BBM e alle istanze di proroga del termine di ultimazione delle c.d. Opere Connesse, e va conseguentemente dichiarato l'obbligo di CAL di provvedere.
- 8.1. Il procedimento dovrà essere iniziato entro 30 giorni dalla comunicazione in via amministrativa o dalla notificazione a cura di parte della presente sentenza, e dovrà essere concluso entro i successivi 90 giorni, ai sensi dell'art. 32 comma 2 del D.M. 145/2000.
- 9. Tenuto conto dell'assoluta particolarità della questione, sussistono giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso e per l'effetto dispone l'obbligo di CAL di provvedere, ai sensi e nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Valentina Santina Mameli, Consigliere, Estensore

Rosanna Perilli, Referendario

L'ESTENSORE Valentina Santina Mameli IL PRESIDENTE Domenico Giordano

IL SEGRETARIO