

Pubblicato il 19/08/2016

N. 03653/2016REG.PROV.COLL.

N. 07718/2015 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7718 del 2015, proposto da:

Esso Italiana S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Di Pasquale, Francesca Angeloni, con domicilio eletto presso Antonio Di Pasquale in Roma, piazza Venezia, 11;

contro

Anas Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano Vinti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via Emilia n. 88;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – SALERNO, Sez. I, n. 01316/2015, resa tra le parti, concernente accertamento e dichiarazione della risoluzione per eccessiva onerosità della concessione di costruzione e gestione dell'area di servizio "Campagna nord"

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2016 il Cons. Oberdan Forlenza e uditi per le parti gli avvocati Angeloni e Sonia De Marco (su delega di Vinti);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con l'appello in esame, la società Esso Italiana s.r.l. impugna la sentenza 8 giugno 2015 n. 1316, con la quale il TAR per la Campania, sezione staccata di Salerno, ha respinto il ricorso proposto per l'accertamento e la dichiarazione della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c., della concessione di costruzione e gestione del 22 novembre 2005.

Con tale concessione ANAS s.p.a., a seguito di gara pubblica, aveva affidato alla ricorrente la costruzione e la gestione dell'area di servizio "Campagna Nord", lungo l'autostrada Salerno – Reggio Calabria. Tuttavia, a causa del considerevole aumento dei costi d'investimento nell'area di servizio per un ammontare pari al 36 % (secondo uno studio commissionato da Esso a Nomisma energia s.r.l.), aumento dovuto ad una pluralità di fattori puntualmente indicati, la Esso ha agito in giudizio per vedere accertata la eccessiva onerosità sopravvenuta della concessione, inquadrata quale contratto di natura commutativa e non aleatoria.

La sentenza impugnata afferma, in particolare:

- dovendosi verificare se il caso in esame discenda "da una fattispecie contrattuale e se questa abbia eventualmente natura aleatoria", occorre rilevare che il Codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 163/2006), "riserva la definizione di contratto sia alle concessioni di lavori pubblici che a quelle di servizi", di modo che "la espressa natura contrattuale . . . comporta l'applicazione della normativa civilistica, naturalmente riferibile a tale figura giuridica, e segnatamente di quella che attiene all'azione risolutoria per eccessiva onerosità";

- se è vero che "la concessione, sia essa di lavori che di servizi, implica un certo fattore di incertezza che governa la remuneratività della prestazione" e indubbiamente tale fattore di rischio "assume particolare rilievo nel caso della concessione di servizi, essendo inerente alla stessa gestione dell'attività resa in favore degli utenti dal concessionario, ciò tuttavia non può dirsi sufficiente " al fine di classificare il contratto quale "aleatorio", e dunque al fine di escludere la stessa proponibilità dell'azione, ex art. 1469 c.c.;

- infatti, "la presenza di un profilo di incertezza non è sufficiente al fine di configurare la natura aleatoria di un contratto, essendo a tal uopo necessario che il rischio assunto da uno o più contraenti caratterizzi l'intero negozio, e renda del tutto incerto il vantaggio economico prospettato dalle parti";

- nel caso di specie, l'assetto contrattuale non è tale da "escludere la stessa proponibilità dell'azione risolutoria per eccessiva onerosità sopravvenuta, fermo restando che, 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 relazione alle mutevoli contingenze del mercato";

- tuttavia, perché possa configurarsi eccessiva onerosità sopravvenuta, l'intervenuto squilibrio tra le prestazioni "deve prescindere da quanto esattamente connesso al rischio di gestione del servizio";

- ciò comporta, nel caso concreto, “la irrilevanza delle fonti di squilibrio evidenziate in ricorso esattamente riconnesse a fattori macroeconomici tali da deprimere la domanda di carburante e di prodotti ristoro ovvero l’apertura di un’area di servizio concorrente, eventi questi che nemmeno paiono suscettibili di essere considerati straordinari e imprevedibili, attese le fluttuazioni periodiche del costo del carburante e dei relativi consumi e la non implausibile esigenza di assicurare una più fitta rete di approvvigionamento sul territorio”. Allo stesso modo, non rileva la normativa in materia di liberalizzazione della rete distributiva di carburanti (l. n. 133/2008), conseguente ad una procedura di infrazione e dunque priva dei caratteri della straordinarietà ed imprevedibilità. Inoltre, “il cambio di localizzazione della stazione di servizio è stata accettata dalla ricorrente attraverso la predisposizione di un progetto opportunamente modificato rispetto a quello originario”, ancorchè inviato all’ANAS in ritardo, e cioè solo il 23 novembre 2010.

Avverso tale decisione, vengono proposti – dopo la esposizione di alcune considerazioni preliminari relative alle “condizioni di sostenibilità dell’investimento sotteso alla convenzione nel 2004-2005” e alla “insostenibilità della concessione nel 2013” (pagg. 8 – 16 app.), i seguenti motivi di appello:

a) erroneità della sentenza e carenza di motivazione nella scelta del metodo di valutazione dei fattori di eccessiva onerosità sopravvenuta della concessione; ciò in quanto la sentenza “ha esaminato i vari e numerosi fattori di eccessiva onerosità sopravvenuta dedotti dalla Esso con un metodo che potrebbe definirsi atomistico, ossia senza considerare il quadro di insieme determinato dalla combinazione di tali fattori”;

b) erroneità della sentenza e carenza di motivazione nella valutazione dei fattori di eccessiva onerosità sopravvenuta della concessione, con particolare riguardo alle cause di mancato ritorno dell’investimento (v. pagg. 20-31 app.);

c) erroneità della sentenza e carenza di motivazione nella valutazione dei fattori di eccessiva onerosità sopravvenuta della concessione, con particolare riferimento all’aumento dei costi di investimento (pp. 31-36 app.); ciò in quanto la sentenza, nel desumere una accettazione della nuova localizzazione dell’area di servizio dalla redazione di un nuovo progetto, “ha evidentemente frainteso lo spirito collaborativo che ha indotto Esso a prendere atto della nuova localizzazione dell’area di servizio, rendendosi disponibile a ricominciare tutta l’attività di progettazione”, né tale disponibilità “potrebbe valere come rinuncia al diritto sancito dall’art. 1467 c.c. a tutela del contraente che, per effetto di eventi straordinari e imprevedibili, subisca le conseguenze di una eccessiva alterazione dell’equilibrio contrattuale”. Inoltre, non vi stato mancato rispetto, da parte di Esso, delle tempistiche imposte dalla concessione per la predisposizione del progetto definitivo e del progetto esecutivo.

Si è costituita in giudizio ANAS s.p.a., che, preliminarmente eccepita l’inammissibilità della domanda di risoluzione per eccessiva onerosità, non potendo questa “essere fatta valere dalla parte che, con il suo inadempimento, abbia ritardato l’esecuzione del contratto” - ha concluso per il rigetto dell’appello, stante la sua infondatezza.

Con ordinanza 13 ottobre 2015 n. 4653, questa Sezione ha respinto la domanda di sospensione dell’esecutività della sentenza.

Dopo il deposito di ulteriori memorie e repliche, all’udienza pubblica di trattazione, la causa è stata riservata in decisione.

**DIRITTO**

2. L'appello è infondato e deve essere, pertanto, respinto, con conseguente conferma della sentenza impugnata, per le ragioni e con le integrazioni di motivazione di seguito esposte, potendosi, di conseguenza, prescindere dall'esame della eccezione di inammissibilità della domanda, proposta da ANAS s.p.a.

Occorre innanzi tutto osservare che la sentenza impugnata ha affermato che il contratto ausiliario della concessione per la costruzione dell'area di servizio "Campagna Nord", lungo l'autostrada Salerno – Reggio Calabria, e la successiva gestione della vendita dei relativi prodotti carbolubrificanti, officina per autoveicoli e motocicli e bar shop, ha natura di contratto commutativo e che, come tale, esso non è immune, sussistendone i presupposti di legge, dalla possibilità di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, attesa la "applicazione della normativa civilistica, naturalmente riferibile a tale figura giuridica".

Senza discostarsi dalle conclusioni alle quali è pervenuto il I giudice, relativamente alla natura commutativa del contratto in esame (in ordine alle quali si è formato il giudizio), il Collegio ritiene comunque necessarie alcune considerazioni, al fine di meglio definire il thema decidendum, per come delineato dai motivi di impugnazione.

In primo luogo, pur confermandosi l'esperibilità nei confronti dei contratti ausiliari di concessioni di lavori pubblici e di servizi dell'azione di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, occorre precisare che ciò non discende per così dire "automaticamente" dalla "espressa natura contrattuale", riconosciuta dall'art. 3 l. n. 163/2006, bensì dall'esame in concreto in ordine all'applicabilità dell'istituto ai contratti della pubblica amministrazione, e, in particolare, a quello considerato nella presente sede.

Si intende, cioè, affermare che la pur riconosciuta natura contrattuale all'atto in esame (concessione-contratto di lavori e servizi pubblici) non comporta di per sé la diretta applicazione delle norme del codice civile in tema di obbligazioni e contratti.

Questo Consiglio di Stato ha già avuto modo di osservare (Sez. IV, 3 dicembre 2015 n. 5510), con considerazioni che si intendono riconfermate nella presente sede, che il rapporto amministrazione/concessionario, fondato sulle (usualmente definite) "concessioni/contratto", proprio in ragione delle sue peculiarità originate dall'inerenza all'esercizio di pubblici poteri, non ricade in modo immediato, e tanto meno integrale, nell'ambito di applicazione delle disposizioni del codice civile, le quali, se possono certamente trovare applicazione in quanto compatibili ovvero se espressamente richiamate, tuttavia non costituiscono la disciplina ordinaria di tali convenzioni, né ciò è indicato dalla l. n. 241/1990, ed in particolare dal suo art. 11.

In tale contesto (posto che, nell'ambito dell'art. 11, sotto la comune dizione di "accordi" coesistono sia "contratti" propriamente detti, sia accordi procedimentali), la applicazione dei principi in tema di obbligazioni e contratti agli accordi dell'amministrazione (riconducibili o meno alla generale figura del contratto), trova in ogni caso un limite, e dunque una conseguente necessità di adattamento, nella immanente presenza dell'esercizio di potestà pubbliche, e nelle finalità di pubblico interesse cui le stesse sono teleologicamente orientate.

Come la giurisprudenza ha avuto modo di osservare (Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2013 n. 5786; 14 ottobre 2013 n. 5000), fermi i casi di contratti "integralmente" di diritto privato (per i quali trovano certamente applicazione le disposizioni del codice civile), nei casi invece di contratto ad oggetto pubblico l'amministrazione mantiene comunque la sua tradizionale posizione di supremazia; tali contratti non sono disciplinati dalle regole proprie del diritto privato, ma

meramente dai “principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti”, sempre “in quanto compatibili” e salvo che “non diversamente previsto”

Ciò, ovviamente, non esclude – sussistendone i presupposti ora delineati – che il giudice possa fare applicazione anche della disciplina dell’inadempimento del contratto, allorchè una parte del rapporto contesti alla controparte un inadempimento degli obblighi di fare (Cons. Stato, sez. IV, 24 aprile 2012 n. 2433).

Nel caso delle convenzioni che accedono all’esercizio di potestà amministrativa concessoria – dove è chiara la natura latamente contrattuale dell’atto bilaterale, stante la regolazione di aspetti patrimoniali – ben possono trovare applicazione le disposizioni in tema di obbligazioni e contratti.

Tuttavia, tale applicazione non può esservi, se non considerando la persistenza (ed immanenza) del potere pubblico, dato che l’atto fondativo del rapporto tra amministrazione e concessionario non è la convenzione, bensì il provvedimento concessorio, rispetto al quale la prima rappresenta solo uno strumento ausiliario, idoneo alla regolazione (subalterna al provvedimento) di aspetti patrimoniali del rapporto.

3. Le considerazioni espresse con riferimento particolare ai cd. “contratti ad oggetto pubblico”, ben possono essere ribadite, sia pure con i necessari adattamenti di specie, alle ipotesi di contratti cd. “ad evidenza pubblica”, laddove non è presente una regolazione degli aspetti patrimoniali dell’esercizio della potestà, ma sono presenti solo procedimenti antecedenti al contratto, volti a individuare il soggetto contraente con la pubblica amministrazione.

Tuttavia, anche in questi ulteriori casi, una volta scelto il contraente, il contratto stipulato successivamente alla fase di evidenza pubblica non rifluisce “immediatamente” nella più generale disciplina del codice civile e delle ulteriori disposizioni che eventualmente regolano il rapporto patrimoniale consensualmente instaurato tra privati.

Ciò è a tutta evidenza negato dalla stessa presenza di una (copiosa) disciplina speciale che normalmente assiste il momento genetico e quello funzionale del contratto, e che non può che giustificarsi se non in ragione della “particolare natura” dello stesso; laddove tale “particolare” natura non è costituita dall’esservi la pubblica amministrazione quale soggetto contraente, bensì dall’essere la causa e l’oggetto del contratto differentemente conformati, in ragione delle finalità di interesse pubblico perseguite con il contratto, e dunque con l’adempimento delle obbligazioni assunte per il tramite delle rispettive prestazioni (a seconda dei casi, l’opus o il servizio).

In primo luogo, dunque, vi è una disciplina speciale, che giustifica la propria “ragionevolezza” sulla altrettanto “speciale” natura del contratto; in secondo luogo, vi è una possibile applicazione delle norme del codice civile in tema di obbligazioni e contratti, che “sconta” la differente natura della causa e dell’oggetto dei medesimi contratti pubblici

In sostanza, la definizione del contratto quale “contratto pubblico” (art. 3, d. lgs. n. 163/2006, applicabile al caso di specie) non indica esclusivamente (e semplicisticamente) la presenza di un soggetto pubblico quale parte contraente, bensì una oggettiva finalità di pubblico interesse perseguita per il tramite del contratto e del suo adempimento.

Tale finalità – la cui esistenza e considerazione è ampiamente desumibile anche dalle definizioni offerte dall’art. 3 cit., ed in particolare dai suoi commi 11 e 12, relativi alle concessioni di lavori

pubblici e di servizi – non costituisce (né lo potrebbe) una “immanenza” esterna al contratto, ma essa conforma il contratto medesimo, ed in particolare – proprio in ragione delle definizioni che il diritto privato ne offre – gli elementi essenziali della causa e dell’oggetto.

Per un verso, infatti, la finalità di pubblico interesse “entra” nella definizione di causa sia ove intesa quale funzione obiettiva economico - sociale del negozio, sia ove intesa quale funzione obiettiva giuridica dell’atto; per altro verso, essa conforma l’oggetto del contratto, ossia il contenuto del medesimo.

Ciò comporta che, laddove l’interprete debba giudicare della illiceità della causa di un contratto pubblico, ovvero della impossibilità (materiale o giuridica) o della illiceità dell’oggetto di tale contratto, non può non ricordare che tali elementi essenziali sono diversamente conformati, e dunque richiedono una verifica che tenga conto di tale loro specificità.

Allo stesso modo, quanto sin qui descritto si riflette anche sul rapporto contrattuale, sull’adempimento del contratto e sulle ipotesi di risoluzione del medesimo, così come contemplate dal codice civile.

D’altra parte, è sempre la “particolarità” del contratto pubblico a giustificare una tutela anche penale dei contratti della Pubblica Amministrazione (art. 355, inadempimento di contratti di pubbliche forniture; art. 356, frode nelle pubbliche forniture), dove l’interesse pubblico – che, come si è detto, conforma causa ed oggetto del contratto - acquista rango di bene giuridico tutelato dalla norma penale (Cass. pen., sez. VI, 27 febbraio 2013 n. 23819; 5 dicembre 2007 n. 16428; 11 novembre 2004 n. 47194).

In definitiva, è solo in ragione di una analisi dettagliata e specifica, che tenga conto delle considerazioni ora espresse, che può concludersi per la applicabilità (o meno) di norme ed istituti del codice civile ai contratti della pubblica amministrazione (anche in attuazione di quanto previsto dall’art. 1323 cod. civ.), in tutti quei casi (contratti ad oggetto pubblico, contratti ad evidenza pubblica), in cui il contratto, dotato di “tipicità” propria conferita da norme di diritto pubblico, non risulta, fin dal suo momento genetico, regolato dal diritto privato.

Ne consegue che non può condividersi la sentenza impugnata, laddove la stessa, al fine di riconoscere l’applicabilità dell’istituto della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, afferma che “la espressa natura contrattuale di tale fattispecie (concessione di lavori pubblici o di servizi) comporta l’applicazione della normativa civilistica, naturalmente riferibile a tale figura giuridica, e segnatamente di quella che attiene all’azione risolutoria per eccessiva onerosità”.

In particolare, pur alla luce delle considerazioni innanzi espresse, non vi è ragione, in generale, per escludere l’applicabilità di tale forma legale di risoluzione, ricorrendone i presupposti, anche ai contratti della pubblica amministrazione, ma – si ribadisce – ciò non consegue ad una applicazione delle norme del codice civile, quale automatica conseguenza della riconosciuta natura contrattuale dell’atto, ma ad una verifica puntuale e in concreto del tipo di contratto considerato.

Le ipotesi legali di risoluzione del contratto ben possono trovare applicazione anche per i contratti della pubblica amministrazione, non sottraendosi questi ultimi alla generale disciplina di tutela delle attribuzioni patrimoniali derivanti dal contratto e, dunque, del sinallagma contrattuale.

Diversamente opinando, si riserverebbe alla sola amministrazione la possibilità di sciogliersi (unilateralmente e, dunque, autoritativamente) dal vincolo contrattuale, con ciò incidendo ab esterno

sulla parità delle parti del rapporto contrattuale e quindi conferendo alla P.A. una inammissibile posizione di supremazia.

4. Ai sensi dell'art. 1467 del codice civile, la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta riguarda i contratti con prestazioni corrispettive, che abbiano esecuzione continuata o periodica ovvero siano ad esecuzione differita, e sempre che (art. 1469) i contratti medesimi non abbiano natura aleatoria o tali siano da considerarsi per volontà delle parti.

L'eccessiva onerosità della prestazione di una delle parti deve essere sopravvenuta "per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili" e non deve conseguire ad una "alea normale del contratto".

La giurisprudenza (Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2007 n. 12235) ha avuto modo di affermare che l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione nei contratti a titolo gratuito consiste nella sopravvenuta sproporzione tra il valore originario della prestazione ed il valore successivo, mentre nei contratti onerosi consiste nella sopravvenuta sproporzione tra i valori delle prestazioni, sicché l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, in presenza di squilibrio tra le prestazioni dovuto ad eventi straordinari ed imprevedibili, non rientranti nell'ambito della normale alea contrattuale, ai sensi dell'art. 1467 cod. civ. determina la risoluzione del contratto.

Più in particolare, nei contratti a prestazioni corrispettive, ad esecuzione continuata o periodica o differita, ciascuna parte assume su di sé il rischio degli eventi che alterino il valore economico delle rispettive prestazioni, entro i limiti rientranti nell'alea normale del contratto, da tenersi pertanto da ciascun contraente presenti al momento della stipulazione, alla stregua della dovuta diligenza. Ne consegue che non assume al riguardo rilievo la sopravvenienza di circostanze prevedibili che rendano comunque eccessivamente gravoso - e pertanto inesigibile - l'adempimento della prestazione, vertendosi in tal caso non già in tema di alterazione dell'economia contrattuale bensì d'inadempimento.

Si è altresì precisato (Cass. civ., sez. III, 19 ottobre 2006 n. 22396), che l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, per potere determinare la risoluzione del contratto, richiede la sussistenza di due necessari requisiti: da un lato, un intervenuto squilibrio tra le prestazioni, non previsto al momento della conclusione del contratto, dall'altro, la riconducibilità della eccessiva onerosità sopravvenuta ad eventi straordinari ed imprevedibili, che non rientrano nell'ambito della normale alea contrattuale. Il carattere della straordinarietà è di natura oggettiva, qualificando un evento in base all'apprezzamento di elementi, quali la frequenza, le dimensioni, l'intensità, suscettibili di misurazioni (e quindi, tali da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quanto meno di carattere statistico), mentre il carattere della imprevedibilità ha fondamento soggettivo, facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza.

Inoltre, con particolare riguardo al contratto di appalto, la giurisprudenza (Cass. civ., sez. I, 31 dicembre 2013 n. 28812), ha ricordato che l'art. 1664 cod. civ., il quale prevede che "qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni del costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo", costituisce, per le ipotesi in essa contemplate, norma con carattere di specialità rispetto all'art. 1467 cod. civ., del quale impedisce l'operatività.

In applicazione dei principi innanzi enunciati, si è, in particolare, affermato:

- che l'alea normale di un contratto, che non legittima la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, comprende anche le oscillazioni di valore delle prestazioni originate dalle regolari e normali fluttuazioni del mercato, qualora il contratto sia espresso in valuta estera: in tale ipotesi, infatti, le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, hanno assunto un rischio futuro, estraneo al tipo contrattuale prescelto, così rendendo il contratto di mutuo aleatorio in senso giuridico e non solo economico, quanto al profilo della convenienza del medesimo (Cass. civ., sez. I, 21 aprile 2011 n. 9263);

- che l'atipicità della causa di un contratto di compravendita immobiliare determinata dall'assunzione della garanzia di redditività del bene venduto non esclude la corrispettività tra le prestazioni a carico delle parti e la conseguente operatività, nel caso di eccessiva onerosità, non dell'art. 1468 cod. civ., bensì dell'art. 1467, primo e terzo comma, cod. civ. (Cass. civ., sez. II, 25 marzo 2009 n. 7225).

Tanto premesso sul piano generale, la concessione di lavori pubblici o di servizi (art. 3, commi 11 e 12, d. lgs. n. 163/2006) è un contratto a titolo oneroso che:

- nel caso dei lavori pubblici, ha ad oggetto “l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, 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”;

- nel caso della concessione di servizi, presenta le stesse caratteristiche dell'appalto di servizi “ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo”.

Tali definizioni (applicabili *ratione temporis* al caso oggetto della presente decisione) non sono sostanzialmente modificate dall'art. 3 d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (lett. uu) e vv), il quale, tuttavia, precisa, per ambedue le ipotesi, che vi è assunzione in capo al concessionario, del rischio operativo legato alla gestione delle opere o dei servizi, intendendosi per “rischio operativo” (ai sensi della successiva lettera zz) dell'art. 3), quello “legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi”.

La disposizione precisa ancora che:

“Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile”.

Nella concessione di lavori pubblici, può affermarsi, in prima approssimazione, che il sinallagma contrattuale è rappresentato dalla obbligazione assunta dalla Pubblica Amministrazione ad assegnare la gestione dell'opera a colui che la ha realizzata (unicamente oppure unitamente al pagamento di un prezzo) a fronte della obbligazione consistente nella prestazione di realizzazione dell'opera.



Allo stesso modo, nella concessione di servizi l'assegnazione della gestione del servizio (da sola ovvero unita al pagamento di un prezzo) costituisce l'obbligazione della Pubblica Amministrazione a fronte della obbligazione del privato alla fornitura del servizio.

Ciò che, in particolare ed in ambedue le ipotesi, realizza l'equilibrio patrimoniale delle prestazioni (quell'equilibrio cui occorre fare riferimento ai fini della verifica delle condizioni legittimanti la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta) è l'utile ricavato dal concessionario dalla gestione dell'opera o del servizio, cui si aggiunge (o meno) il prezzo corrisposto dalla amministrazione pubblica.

Ma, a meglio considerare, l'ipotesi della concessione di lavori pubblici si distingue da quella della concessione di servizi perché la prima configura una ipotesi di contratto misto ex lege, caratterizzato dall'unicità della causa, non rinvenibile nel secondo caso.

Ed infatti, nel caso della concessione di lavori pubblici, il "diritto di gestire l'opera" (che corrisponde ad una obbligazione assunta dal contraente pubblica amministrazione), comporta che il privato esecutore dell'opera divenga anche (e successivamente) gestore di un pubblico servizio, in quanto la gestione dell'opera realizzata non può prescindere dalla fornitura (alla stessa pubblica amministrazione o a terzi) del servizio pubblico, al quale la sua realizzazione era funzionalmente destinata.

In definitiva, e più precisamente, la concessione di lavori pubblici si caratterizza per essere un contratto di appalto di lavori e di servizi, laddove:

- l'obbligazione assunta dalla Pubblica amministrazione consiste nell'affidamento dapprima dell'appalto di lavori e poi della fornitura del servizio (ed eventualmente nell'obbligazione aggiuntiva del pagamento del prezzo contrattualmente stabilito), così consentendosi per il tramite dell'utile ricavato dalla gestione e del prezzo eventualmente corrisposto, l'equilibrio delle prestazioni;

- l'obbligazione del privato consiste nella realizzazione dell'opera e nella gestione del servizio successivamente attuata, posto che la "gestione dell'opera" non costituisce solo un "diritto" ma anche una precisa obbligazione assunta nei confronti dell'amministrazione, che ha interesse alla fornitura (a sé o a terzi) del pubblico servizio, oltre alla (eventuale) obbligazione assunta dal privato a corrispondere canoni percentualmente commisurati agli utili di gestione.

La domanda di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, riferita ad un contratto di concessione di lavori pubblici., dunque, si iscrive nell'orizzonte giuridico sin qui ricostruito e, nella verifica della sua fondatezza (o meno), occorre tenere inevitabilmente conto sia del sinallagma (e quindi del complesso delle obbligazioni reciprocamente assunte e delle prestazioni ad esse connesse), sia, in tale ambito, del particolare aspetto rappresentato dal fatto che il corrispettivo della prestazione resa dal privato alla pubblica amministrazione si consegue non già attraverso il pagamento (ad un prezzo originariamente pattuito) delle prestazioni rese nel corso della successiva esecuzione del contratto, bensì per il tramite dell'utile derivante dalla gestione dell'attività di pubblico servizio.

L'obbligazione assunta dalla Pubblica Amministrazione non comporta una prestazione da rendersi quale diretto corrispettivo di quella del privato, ma consiste, strumentalmente, nel permettere al privato di svolgere una attività per il tramite della quale (gli utili di gestione) ottenere – non dalla P.A., ma indirettamente – la controprestazione.

In sostanza, nella concessione di lavori pubblici, dalla parte dell'amministrazione, si configura un'obbligazione ad un mezzo perché si possa conseguire un equilibrio economico dell'operazione regolata dal contratto, non l'assunzione di una obbligazione con prestazione diretta e quantificata: in altre parole, l'amministrazione non definisce, con il consenso del privato, la propria prestazione patrimonialmente valutabile, ma solo il modo di conseguirla.

Ne discende che il tipo di obbligazione e di (contro)prestazione assunta dall'amministrazione ed accettata dal privato influisce inevitabilmente sulla ricostruzione della cd. "alea normale", e dunque sul rischio, accettato dal privato, in quanto naturalmente connesso al rapporto contrattuale.

Mentre nei casi normalmente considerati dall'art. 1467 cod. civ. l'avvenimento esterno al rapporto contrattuale incide sulla corrispettività delle prestazioni così come originariamente pattuite, determinando o meno la possibilità di risoluzione a seconda che esso sia o meno "straordinario e imprevedibile", nel caso della concessione di lavori pubblici, l'avvenimento esterno incide non già direttamente sulla corrispettività della prestazione della Pubblica Amministrazione, bensì sull'andamento dell'attività dalla quale il privato stesso ha stimato di trarre il corrispettivo di quanto da lui già realizzato.

Se, dunque, l'avvenimento esterno al rapporto contrattuale influisce sul mezzo per conseguire l'equilibrio tra le prestazioni e non già direttamente sulla prestazione, ciò comporta che non sfugge al concetto di "alea normale" tutto ciò che, essendo collegato a fluttuazioni, anche accentuate ma non per questo "straordinarie" del mercato e alle sue dinamiche, incide sull'utile di gestione del privato e, pertanto, non può comportare una sopravvenuta sproporzione tra le prestazioni.

Solo nel caso in cui il mezzo (cioè la gestione per il tempo contrattualmente definito) si dimostri, in virtù di un avvenimento "straordinario ed imprevedibile", essere divenuto strutturalmente inidoneo a far conseguire, anche solo potenzialmente, un possibile equilibrio tra le attribuzioni patrimoniali, solo in questo caso potrà escludersi l'alea normale del contratto, il rischio (collegato all'andamento della gestione), accettato dal privato e tanto più immanente (come ipotesi "normale" e/o prevedibile) quanto più ampio è il tempo di gestione contrattualmente previsto.

La possibilità, prevista dalla legge, di affiancare al "diritto alla gestione dell'opera" il pagamento di un prezzo costituisce, nella configurazione delle reciproche obbligazioni, un elemento di attenuazione del rischio gravante sul privato in relazione ai (futuri) utili di gestione.

Laddove ciò è previsto - e dunque l'amministrazione contrae due distinte obbligazioni nei confronti del privato - occorre considerare che, con riferimento ai complessivi assetti patrimoniali derivanti dal contratto, non solo è stato già considerato il "rischio" ricadente sul privato ma che esso è stato già "attenuato", con l'evidente risultato di "innalzare la soglia" della normalità dell'alea.

Quanto ora esposto, già desumibile dal previgente art. 3 d. lgs. n. 163/2006 (applicabile al caso di specie) è ora esplicitato dall'art. 3 d. lgs. n. 50/2016, laddove prevede l'assunzione da parte del privato del "rischio operativo", cioè della possibilità che questi non rientri degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti "in condizioni normali" (in ciò, sostanzialmente, riproponendo la generale distinzione tra alea normale ed alea straordinaria ed imprevedibile).

La previsione della assunzione del rischio operativo, richiedendosi altresì che il privato si esponga ad una "reale esposizione alle fluttuazioni del mercato", escludendosi dal concetto stesso di "rischio" quelle perdite stimate che siano "puramente nominali o trascurabili", non trasforma il contratto di concessione di lavori pubblici o di concessione di servizi da commutativi in contratti aleatori "per loro natura" (art. 1469 cod. civ.).

Tale previsione rende espreso, per il tramite del richiamo positivo, il concetto di “alea normale” che accompagna i predetti contratti, poiché essi prevedono il conseguimento di un equilibrio patrimoniale solo all’esito di un non breve periodo di gestione del servizio pubblico, per sua natura esposto ad eventi negativi, ma pur tuttavia normali e prevedibili.

5. Quanto sin qui esposto sul piano generale, sorregge il rigetto dei motivi di impugnazione proposti avverso la sentenza impugnata.

Nel caso di specie, ricorre l’ipotesi di un contratto, classificato come “appalto di servizi” dal bando di gara (che tuttavia precisa che la prestazione consiste nella “elaborazione di un progetto volto alla realizzazione di allestimenti, impianti e strutture su superfici di proprietà ANAS, per la complessiva prestazione del servizio”), ma che la sentenza impugnata definisce “concessione di costruzione e gestione” (pag. 3).

Il contratto (la cui esatta configurazione giuridica non appare comunque rilevante ai fini dell’esame della domanda di risoluzione proposta), prevede la realizzazione di una pluralità di manufatti (in sostanza, di un’area di servizio), funzionali allo svolgimento dei servizi di distribuzione carburanti e lubrificanti, del servizio officina e di attività commerciali e di bar shop, per la durata di sette anni (art. 2 del contratto) e con versamento di canoni ad ANAS (art. 14).

Come si è già detto nella esposizione in fatto, la sentenza impugnata, riconosciuta la natura commutativa e non aleatoria del contratto, e dunque la astratta proponibilità della azione di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, ha anche condivisibilmente affermato che “la presenza di un profilo di incertezza non è sufficiente al fine di configurare la natura aleatoria di un contratto, essendo a tal uopo necessario che il rischio assunto da uno o più contraenti caratterizzi l’intero negozio, e renda del tutto incerto il vantaggio economico prospettato dalle parti”. In tal modo, perché possa configurarsi eccessiva onerosità sopravvenuta, l’intervenuto squilibrio tra le prestazioni “deve prescindere da quanto esattamente connesso al rischio di gestione del servizio”.

Nel caso di specie, quindi, la sentenza ha accertato “la irrilevanza delle fonti di squilibrio evidenziate in ricorso esattamente riconnesse a fattori macroeconomici tali da deprimere la domanda di carburante e di prodotti ristoro ovvero l’apertura di un’area di servizio concorrente, eventi questi che nemmeno paiono suscettibili di essere considerati straordinari e imprevedibili, attese le fluttuazioni periodiche del costo del carburante e dei relativi consumi e la non implausibile esigenza di assicurare una più fitta rete di approvvigionamento sul territorio”. Allo stesso modo, non è stato accordato rilievo alla sopravvenuta normativa in materia di liberalizzazione della rete distributiva di carburanti (l. n. 133/2008), conseguente ad una procedura di infrazione e dunque priva dei caratteri della straordinarietà ed imprevedibilità. Infine, “il cambio di localizzazione della stazione di servizio è stata accettata dalla ricorrente attraverso la predisposizione di un progetto opportunamente modificato rispetto a quello originario”, ancorchè inviato all’ANAS in ritardo, e cioè solo il 23 novembre 2010.

Orbene, con le integrazioni di motivazione nei sensi innanzi esposti, il rigetto della domanda di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta deve essere confermata.

Ed infatti, anche a non voler considerare in senso “atomistico” (come lamentato dall’appellante con il primo motivo di appello: sub a) dell’esposizione in fatto) i “vari e numerosi fattori di eccessiva onerosità” rappresentati, nondimeno detti fattori non sfuggono – anche cumulativamente considerati

- ad una loro ricomprensione nell'ambito dell'alea normale del contratto di concessione, come innanzi precisato.

Quanto al secondo motivo di appello (sub b) dell'esposizione in fatto), con il quale si evidenzia una errata considerazione da parte della sentenza impugnata di una pluralità di fattori determinanti un mancato ritorno dell'investimento (in particolare, contrazione della domanda di carburante e di prodotti ristoro; una profonda crisi del settore autostradale; il mutamento del contesto competitivo di riferimento; la liberalizzazione nel settore della distribuzione carburanti), occorre rilevare come gli stessi, sia per la loro conformazione, sia perché riferiti ad un periodo di gestione temporalmente definito di sette anni, non appaiono caratterizzati dalla straordinarietà e dalla imprevedibilità.

Quanto al primo aspetto, di natura oggettiva, fenomeni chiaramente connessi all'andamento economico del mercato, pur se negativi e perduranti, non possono essere definiti straordinari, dovendosi dare per possibile un andamento negativo dell'economia nel breve/medio periodo e, dunque, un calo della domanda, peraltro in un settore, quale quello dei prodotti petroliferi, dove l'incidenza di fattori internazionali sul livello dei prezzi (con conseguente possibile calo della domanda) è ben nota da decenni.

Peraltro, se l'appellante Esso, ancora nel novembre 2010 trasmetteva ad ANAS un nuovo progetto definitivo dei lavori (in disparte il significato da attribuire a tale manifestazione di volontà), ne consegue che non possono essere considerati come "non conosciuti" fenomeni che nascono e si sviluppano nel quinquennio 2005 (data di stipula del contratto di concessione) – 2010 (data di redazione del progetto).

Né può essere assunto, quale elemento rilevante ai fini della configurabilità della eccessiva onerosità sopravvenuta, il fenomeno di liberalizzazione nella distribuzione di carburanti, sia in quanto già noto per le ragioni esposte nella sentenza impugnata, sia perché consono ad una normale economia di mercato nella quale una società petrolifera multinazionale è adusa ad operare.

In tale contesto, appare irrilevante l'apertura (peraltro a non breve distanza lungo il tratto autostradale) di una ulteriore area di servizio.

In definitiva, la proiezione temporale della attività di gestione dalla quale conseguire l'utile remunerativo della propria prestazione rende plausibile (se non inevitabile) una modifica delle condizioni (di fatto e di diritto) presenti al momento di stipula del contratto, di modo che ciò che deve caratterizzare tali modifiche, perché esse possano fuoriuscire dal concetto di alea normale, deve porsi in termini di oggettiva straordinarietà per dimensioni, intensità e durata, e non rientrare nelle normali fluttuazioni di mercato.

D'altra parte, l'evento che incide sulla proporzione delle prestazioni deve essere, oltre che oggettivamente straordinario, anche soggettivamente imprevedibile (Cass. civ., n. 22396/2006 cit.), e, dunque, deve sfuggire alla possibilità di conoscenza del soggetto che invoca la risoluzione. E tale non può ragionevolmente definirsi la filiazione italiana di una delle principali società petrolifere mondiali con riferimento all'andamento del mercato dei prodotti petroliferi (internazionale e nazionale), e, più in generale, con riferimento ai cicli economici del paese nel quale essa opera.

Quanto al terzo motivo di appello (sub lett. c) dell'esposizione in fatto), appare evidente come Esso abbia proceduto alla redazione (nel 2011) del nuovo progetto esecutivo, conseguente alla diversa localizzazione dell'area di servizio, senza rilevare che ciò avrebbe comportato un aggravamento di costi non sostenibile; né ciò è avvenuto con riferimento ad opere aggiuntive che si lamenta sarebbero state richieste da ANAS.

In disparte, dunque, ogni considerazione in ordine alla eventuale violazione delle tempistiche di cui all'art. 4 del contratto, resta il fatto che in data 17 novembre 2011 Esso trasmetteva il progetto esecutivo, in tal modo dimostrando la volontà di adempiere al contratto, senza rilevare alcuna eccessiva onerosità del medesimo, derivante da avvenimenti già verificatisi.

Per tutte le ragioni esposte, l'appello deve essere respinto, con conseguente conferma della sentenza impugnata, con le precisazioni ed integrazioni di motivazione innanzi esposte.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Esso Italiana s.r.l. (n. 7718/2015 r.g.), lo rigetta e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna l'appellante al pagamento, in favore della appellata ANAS s.p.a., delle spese ed onorari di giudizio, che liquida in complessivi Euro 10.000 (diecimila/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Anastasi, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE  
Oberdan Forlenza

IL PRESIDENTE  
Antonino Anastasi

IL SEGRETARIO