

Pubblicato il 23/05/2022

N. 04034/2022REG.PROV.COLL.

N. 08154/2021 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 8154 del 2021, proposto da Autostrade per L'Italia S.P.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ernesto Stajano, Daniele Villa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Ernesto Stajano in Roma, via Sardegna, 14;

contro

Anas S.p.a., Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda) n. 807/2021.

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 della Mobilità Sostenibili;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti tutti gli atti della causa;

visti gli artt. 105, comma 2 e 87, comma 3, cod. proc. amm.;

relatore nella camera di consiglio del giorno 31 marzo 2022 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Stajano e dello Stato Fedeli;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Autostrade per l'Italia S.p.A. (di seguito anche "ASPI") svolge le attività di costruzione, ampliamento e gestione di una vasta rete autostradale in virtù del rapporto concessorio intercorrente con il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili regolato dalla Convenzione Unica, stipulata in data 12 ottobre 2007 e approvata per legge ex art. 8 duodecies, comma 2, L. 6 giugno 2008, n. 101.
2. In particolare, l'ambito di intervento sulla rete autostradale è contemplato all'art. 2.2 della Convenzione ove sono individuati diversi interventi di potenziamento autostradale (o l'esecuzione di nuove Tratte), sottoposti a un distinto regime giuridico, anche sul piano tariffario, in considerazione dell'atto originario che ne ha previsto la realizzazione.
3. In virtù del rapporto concessorio, ASPI è tenuta a sottoporre all'Amministrazione concedente l'approvazione dei progetti e delle perizie di variante relative agli interventi da realizzare nelle tratte autostradali in concessione, ai sensi dell'art. 24, comma 1 e 11 della Convenzione Unica, stipulata in data 12 ottobre 2007 e approvata per legge ex art. 8 duodecies, comma 2, L. 6 giugno 2008, n. 101.
4. ASPI sottoponeva all'approvazione dell'ANAS il progetto riguardante gli interventi da realizzare lungo l'Autostrada A-1.
5. Con nota del 17 giugno 2009, ASPI provvedeva a trasmettere all'ANAS una seconda perizia di variante tecnica e suppletiva riguardante il tratto Badia Nuova-Aglio, Lotto Mugello 1° stralcio (ex lotto 12 e Svincolo di Barberino del Mugello), lungo l'Autostrada A/1 Milano- Napoli per un importo complessivo di € 53.950.364,93 di cui € 34.274.382,33 per lavori a base d'asta, € 1.363.975,41 per minori somme a disposizione ed € 21.039.958,01 per altre voci, prevedendo l'introduzione di n. 31 Nuovi Prezzi e un maggior tempo contrattuale di 268 giorni.
6. Successivamente, con nota prot. n. CDG-0081131-P del 6 giugno 2011 (provvedimento impugnato in primo grado), l'ANAS approvava la Perizia di Variante Tecnica e Suppletiva apportando però considerevoli modifiche.
7. L'Amministrazione Concedente pur confermando la sussistenza dei presupposti per il legittimo ricorso alle varianti in corso d'opera, stralciava alcune voci di importi indicati in perizia e riduceva la durata dell'appalto.
8. ASPI, lamentando l'illegittimità della decurtazione della perizia, proponeva ricorso originariamente davanti al T.A.R. Lazio – Roma, notificandolo il 19 settembre 2011.
9. Il ricorso iscritto a ruolo con il n. r.g. 7684/2011, veniva definito con ordinanza n. 1440/2019 del 5 febbraio 2019, depositata in segreteria in pari data, con la quale il TAR Lazio - Roma dichiarava

la propria incompetenza territoriale, individuando nel TAR della Toscana, sede di Firenze, il giudice competente in ordine alla controversia in esame.

10. In data 13 febbraio 2019, ASPI proponeva ricorso per riassunzione dinanzi al TAR. Toscana – Firenze, iscritto con il n. r.g. 188/2019, manifestando il proprio interesse alla prosecuzione del giudizio.

11. All'udienza del 19 novembre 2019, il Presidente del Collegio, in via preliminare, ha informato *“i difensori delle parti, ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a., che sussistono dubbi sulla competenza di questo Tribunale e che si ritiene di proporre d'ufficio regolamento di competenza a norma dell'articolo 15 c.p.a.; sottopone inoltre alle parti questione di giurisdizione”*, assegnando – su richiesta di parte - termine per depositare scritti difensivi e rinviando la discussione all'udienza pubblica del 28 gennaio 2020.

12. All'esito dell'udienza, in data 3 febbraio 2020, con ordinanza 148/2020, il TAR. Toscana sollevava regolamento di competenza d'ufficio, ex. art. 15, comma 5 c.p.a.

13. All'esito del regolamento di competenza, il Consiglio di Stato, Sez. V, con ordinanza 5014/2020 resa nell'ambito del procedimento di cui al n. r.g. 1048/2020 si pronunciava dichiarando competente il TAR Toscana a conoscere del ricorso proposto da ASPI.

14. Espone l'appellante che il Consiglio di Stato ha evidenziato, per quanto qui di interesse, che *“Considerato che, a sostegno del rilievo, il predetto TAR per la Toscana ha ritenuto che: a) la controversia in esame abbia ad oggetto l'espletamento di un servizio pubblico di costruzione e di gestione di infrastruttura di viabilità di preminente interesse nazionale, disciplinato da una “convenzione unica” riconducibile nel novero degli accordi pubblicistici ex art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, avente ad oggetto la gestione di un bene demaniale unitariamente considerato; b) in particolare, la materia del contendere abbia riguardo all'esercizio della funzione di controllo pubblico svolta dall'Amministrazione concedente in ordine all'attività del concessionario di sviluppo della predetta infrastruttura pubblica: attività, quest'ultima, da eseguirsi in esecuzione e nel rispetto delle previsioni della predetta convenzione Unica, prodromica rispetto alla successiva fase di affidamento e di esecuzione dei lavori”*.

15. A fronte della pronuncia del Consiglio di Stato, ASPI proseguiva il giudizio dinanzi al TAR Toscana ove, infine, depositati, nei termini di rito, documenti e memorie in data 12 maggio 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

16. Con sentenza pubblicata in data 27 maggio 2021, n. 807 il TAR ha declinato la propria giurisdizione sulla base dei seguenti argomenti di seguito sintetizzati:

a) l'oggetto della controversia è la gestione funzionale ed economica dell'opera;

b) la questione riguarda una controprestazione principale e tipica a favore del concessionario, senza che venga in diretto rilievo l'esercizio di poteri riconducibili alle funzioni pubblicistiche dell'Amministrazione, che in sede di approvazione di una perizia di variante si esprime in un rapporto paritetico tra Stazione appaltante ed aggiudicatario.

17. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta ed illegittima, Autostrade per l'Italia S.p.A. ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello.

17.1. L'appellante sostiene che la giurisdizione sarebbe del giudice amministrativo in quanto:

- a) la decisione è intervenuta successivamente all'esperimento, da parte dello stesso TAR, del regolamento di competenza territoriale; deve, pertanto ritenersi che la decisione di avviare lo specifico strumento volto all'individuazione del Giudice territorialmente competente abbia implicato una statuizione implicita sulla giurisdizione;
- b) il potere di approvazione dei progetti delle infrastrutture autostradali è riconosciuto direttamente da norme legislative che radicano, in capo al Concedente, una pregnante funzione di controllo nei confronti dei concessionari autostradali;
- c) l'art. 2 del d.lgs. 26 febbraio 1994, n. 143, nel disciplinare i compiti e le funzioni dell'ANAS, chiariva, fra l'altro, che compete al predetto Ente “(...) *d) vigilare sull'esecuzione dei lavori di costruzione delle opere date in concessione e controllare la gestione delle autostrade il cui esercizio sia stato dato in concessione (...)*”;
- d) il comma 2 dell'articolo citato precisava altresì che “*l'approvazione, da parte dei competenti organi dell'ente, dei progetti relativi ai lavori di cui al comma 1 equivale a dichiarazione di pubblica utilità ed urgenza, al fine dell'applicazione delle leggi in materia di espropriazione per pubblica utilità*”;
- e) appaiono pregnanti poi le normative introdotte con il d.l. del 3 ottobre 2006, n. 262, attraverso il quale, da un lato, è stata prescritta una modifica delle convenzioni che disciplinano le concessioni autostradali, individuando, peraltro, nuovi specifici obblighi a carico dei Concessionari; dall'altro lato, sono stati ulteriormente declinati i poteri spettanti all'Ente Concedente nell'ambito delle funzioni di controllo già riconosciute attraverso le disposizioni citate;
- f) è evidente la primaria e generale funzione di controllo che l'ordinamento riconosce in capo all'Amministrazione Concedente, riservandole *ex lege* la potestà autoritativa di approvare i progetti degli interventi autostradali, come piena espressione della sua funzione di vigilanza;
- g) il settore delle concessioni autostradali è connotato da un poliedrico apparato normativo, dal quale è possibile evincere il radicamento di un indubbio e pregnante potere di controllo in capo all'Amministrazione Concedente che, nelle sue esternazioni, è in grado di incidere unilateralmente sui rapporti giuridici con il Concessionario;
- h) nel settore autostradale il rapporto concessorio riguarda l'espletamento di un servizio di interesse generale, rappresentato dall'esercizio di una infrastruttura di viabilità di preminente interesse nazionale, risulta disciplinato da una c.d. Convenzione Unica, riconducibile nel novero degli accordi pubblicistici ex art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e ha ad oggetto la gestione di beni a vocazione demaniale;
- i) l'impianto motivazionale articolato nella sentenza impugnata deve ritenersi erroneo in quanto sostanzialmente incentrato sulla giurisdizione di legittimità, senza considerare che nella fattispecie sussistono indubbi profili di giurisdizione esclusiva;
- l) i concessionari autostradali sono incaricati dello svolgimento di un servizio pubblico; la fattispecie rientra, dunque, nella casistica dell'art. 133, lett. c), del Codice del Processo Amministrativo, sia in quanto in quanto riguardante “controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi”, sia perché afferente “alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore”;

m) contrariamente a quanto sostenuto in sentenza, deve escludersi che la fase esecutiva del rapporto concessorio sia equiparabile allo svolgimento di un ordinario contratto di appalto; inoltre, l'Amministrazione Concedente agisce secondo schemi autoritativi in grado di poter incidere autonomamente nella sfera giuridica del concessionario attraverso l'unilaterale modifica dei quadri economici di progetto e delle voci di perizia proposti;

n) deve escludersi che il giudizio riguardi profili prettamente patrimoniali;

o) in via subordinata può essere rilevato che il complesso rapporto giuridico derivante dalle concessioni autostradali, così come interpretato dalla giurisprudenza, offre lo spunto per individuare ulteriori elementi che permettono di ricondurre la fattispecie nell'ambito delle ipotesi disciplinate dall'art. 133 del Codice del Processo Amministrativo; a tale riguardo, la giurisprudenza ha ripetutamente affermato la riconducibilità della convenzione riguardante le concessioni di beni e servizi pubblici nell'alveo degli accordi amministrativi di cui all'art. 11 della legge generale sul procedimento;

p) in via ulteriormente gradata rileva, al riguardo, la vocazione demaniale dei beni oggetto della concessione autostradale nonché la tipologia del bene qualificabile come infrastruttura di trasporto; la fattispecie può dunque essere ricondotta all'ipotesi prevista dall'art. 133, lett. b) che radica la cognizione del Giudice Amministrativo per le controversie *«aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e quelle attribuite ai tribunali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche»*;

q) in via ulteriormente gradata sussistono ulteriori elementi che consentono di ritenere incardinata anche la generale giurisdizione amministrativa di legittimità; le questioni afferenti alle procedure di approvazione dei progetti di realizzazione degli interventi rimessi ai concessionari autostradali, non soltanto sono demandate ad una specifica autorità amministrativa, ma costituiscono esplicitazione di un potere pubblico in ordine al controllo nei confronti dell'attività svolta dai Concessionari autostradali.

18. Ha concluso l'appellante per l'annullamento della sentenza, ai sensi dell'art. 105 c.p.a., con rimessione della causa al TAR quale giudice di primo grado.

19. Con memoria depositata in data 11 marzo 2022 ANAS S.p.A. ha ribattuto punto per punto alle argomentazioni svolte dall'appellante soffermandosi, in particolare (e negandolo), sulla questione dell'asserito intervenuto giudicato implicito sulla giurisdizione.

20. Occorre prendere le mosse dalla prima questione: la decisione di avviare lo specifico strumento volto all'individuazione del Giudice territorialmente competente avrebbe implicato una statuizione implicita sulla giurisdizione.

21. Il motivo è infondato.

21.1. Va intanto ricordato che ogni giudice, in qualsiasi stato e grado del processo, ha il potere e il dovere di verificare se ricorrono le condizioni cui l'ordinamento subordina la possibilità che egli emetta una decisione nel merito. Si tratta, infatti, di condizioni all'esercizio del potere giurisdizionale che l'ordinamento normalmente prevede per la tutela di interessi di ordine pubblico, sottratti alla disponibilità delle parti, la cui tutela, pertanto, non può essere rimessa alla loro tempestiva e rituale eccezione.

21.2. Il caso che l'appellante sottopone al Collegio è del tutto particolare e deve essere risolto tenendo conto dei concorrenti principi di pregiudizialità della questione di giurisdizione rispetto a quella di competenza, di economia processuale e di ragionevole durata del processo.

21.3. Intanto, coglie nel segno la difesa di ANAS S.p.A. laddove afferma (pagina 3 memoria depositata in data 11 marzo 2022) che sollevare il dubbio di competenza non comporta statuizione sulla stessa. Ugualmente condivisibile è l'affermazione secondo cui l'avvenuta decisione del regolamento non spiega alcun effetto in relazione all'eventuale difetto di giurisdizione che può essere rilevato d'ufficio, anche in epoca successiva alla definizione del regolamento.

21.4. Va poi precisato che il giudicato implicito sulla giurisdizione si forma tutte le volte in cui la causa sia stata decisa nel merito, con esclusione delle decisioni che non contengano statuizioni implicanti l'affermazione della giurisdizione, sicché la preclusione da giudicato non può scaturire da una pronuncia che non contenga alcuna statuizione sull'attribuzione o sulla negazione del bene della vita preteso, ma si limiti a risolvere questioni giuridiche strumentali all'attribuzione del bene controverso.

21.5. E' il passaggio in cosa giudicata di una pronuncia del giudice, recante statuizioni sul merito di una pretesa attinente ad un determinato rapporto, che estende i suoi effetti al presupposto della sussistenza della giurisdizione di detto giudice su tale rapporto, indipendentemente dal fatto che essa sia stata o meno oggetto di esplicita declaratoria.

22. Chiarito che alcuna statuizione sulla giurisdizione è intervenuta, la questione può a questo punto essere affrontata. Autostrade per l'Italia S.p.A. ha argomentato le proprie tesi con ampi svolgimenti che, tuttavia, non convincono il Collegio.

23. Il Giudice regolatore della giurisdizione ha già chiarito che il potere non è ravvisabile in linea di principio quando, esaurita la fase pubblicistica della scelta del concessionario, sia sorto il vincolo contrattuale e siano in contestazione la delimitazione del contenuto del rapporto, gli adempimenti delle obbligazioni contrattuali e i relativi effetti sul piano del rapporto, salvo che l'amministrazione intervenga con atti autoritativi che incidono direttamente, seppure successivamente all'aggiudicazione, sulla procedura di affidamento mediante esercizio del potere di annullamento d'ufficio o comunque nella fase esecutiva mediante altri poteri riconosciuti dalla legge (Cassazione civile Sezioni Unite, 8 luglio 2019, n. 18267) tutte evenienze che in questo caso non si ravvisano.

24. E' evidente che la questione attenga alla fase esecutiva del rapporto sulla quale la relativa controversia spetta al giudice ordinario (Cassazione civile Sezioni Unite, 26 ottobre 2020, n. 23418, Cassazione civile Sezioni Unite, 28 febbraio 2020, n. 5594).

25. Il TAR, dopo aver approfondito e ricostruito dettagliatamente l'istituto della concessione di lavori pubblici ha colto il "fuoco" della questione laddove ha affermato che la gestione funzionale ed economica dell'opera non costituisce più un accessorio eventuale della concessione di costruzione, ma la controprestazione principale e tipica a favore del concessionario con la conseguenza che le controversie relative alla fase di esecuzione appartengono alla giurisdizione ordinaria, poiché attengono a profili applicativi del contratto intercorso tra le parti.

26. Va, in definitiva, dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice adito, in quanto la giurisdizione spetta al giudice ordinario. Per l'effetto l'appello proposto avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda) n. 807/2021 va respinto.

27. Quanto alle spese, il Collegio ritiene vi siano gli estremi per la compensazione tra le parti in causa vista la difficoltà, nel caso esaminato, di individuare il criterio discretivo della giurisdizione.

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 del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda) n. 807/2021.

Spese compensate.

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO