

Pubblicato il 23/05/2022

N. 04036/2022REG.PROV.COLL.

N. 05921/2021 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 5921 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

Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili – Commissione di Collaudo, Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili – Dipartimento per Le Infrastrutture, i Sistemi Informativi, non costituiti in giudizio;

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

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) n. 323/2021;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio 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 di concessione intercorrente con il Ministero delle Infrastrutture dei Trasporti.
2. Il rapporto è regolato dalla Convenzione Unica, stipulata in data 12 ottobre 2007. In particolare, l'ambito di intervento sulla rete autostradale è contemplato all'art. 2.2 della anzidetta 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 relativi agli interventi da realizzare nelle tratte autostradali in concessione.
4. Con particolare riferimento alla fattispecie in esame, a causa della sopravvenienza di eventi imprevisti e imprevedibili, ASPI presentava, in un primo momento, una prima Perizia di Variante Tecnica, alla quale seguiva, per ulteriori problematiche nel corso dei lavori, la seconda Perizia di Variante Tecnica.
5. Con provvedimento ANAS CDG -0096943-P del 9 luglio 2012, l'Amministrazione, nell'approvare la seconda perizia, disponeva modificazioni che l'appellante riteneva illegittime e che la costringevano a proporre ricorso dinanzi al Tar Lazio, poi riassunto presso il Tar Emilia Romagna con n. R.G. 215/2014.
6. Il giudizio si concludeva con sentenza 1028/2019 con la quale venivano accolti i motivi di doglianza e annullati gli stralci disposti dall'Amministrazione in sede di approvazione della seconda perizia.
7. Prosegue Autostrade per l'Italia S.p.A. esponendo che nel corso delle successive lavorazioni, emergevano ulteriori problematiche che rendevano necessaria la predisposizione della terza Perizia di Variante Tecnica e Suppletiva, approvata dall'Amministrazione concedente con provvedimento prot. 0003840 del 9 marzo 2016.
8. A fronte degli stralci disposti con il predetto provvedimento, Autostrade per l'Italia S.p.A. avviava un nuovo giudizio, con ricorso al T.A.R. Emilia Romagna-Bologna di cui al n. R.G. 396/2016.

9. Impugnato per motivi aggiunti anche il certificato di collaudo emesso *medio tempore*, la causa veniva trattenuta in decisione e, successivamente, con sentenza pubblicata in data 30 marzo 2021, n. 323 il T.A.R. Emilia Romagna, Bologna ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione.

11. Con tale sentenza il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna ha declinato la propria giurisdizione sulla base dei seguenti argomenti di seguito sintetizzati:

a) la ricorrente al di là della formale domanda di annullamento di atti amministrativi deduce rivendicazioni di ordine economico lamentando soprattutto la violazione di norme convenzionali del codice civile, oltre che di diritto privato speciale (art. 132, 240 d.lgs. 163/2006);

b) la controversia attiene pertanto a pretese di carattere patrimoniale aventi natura di diritti soggettivi nell'ambito del rapporto contrattuale tra il ministero concedente e la società concessionaria.

12. 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.

13. L'appellante espone, in via preliminare, che il Collegio ha definito il giudizio rilevando d'ufficio il difetto di giurisdizione, senza che sul punto sia stata assicurata la possibilità di articolare alcuna difesa. In relazione a tali profili, l'appellante afferma che non può essere condivisa la posizione assunta dal TAR secondo il quale nella fattispecie non sarebbe stata dovuta la comunicazione ex. art. 73, comma 3 c.p.a. per il solo fatto che le parti non hanno richiesto la discussione da remoto ex. art. 25 d.l. 137/2020. Tale statuizione del Giudice di primo grado non sarebbe condivisibile, in quanto la disciplina introdotta a fronte dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, prevede che *“Se il presidente ritiene necessaria, anche in assenza di istanza di parte, la discussione della causa con modalità da remoto, la dispone con decreto”* (cfr. art. 4, d.l. 28/2020).

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

a) 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;

b) 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 (...)”*;

c) 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”*;

d) 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;

e) 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;

f) 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;

g) 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;

h) vi è una violazione e falsa applicazione dell'art. 133, comma 1, lett. c) del c.p.a. che radica la giurisdizione amministrativa in tema di servizi pubblici; la fattispecie, dunque, rientra astrattamente nella casistica dell'art. 133, lett. c), del Codice del Processo Amministrativo, sia 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*";

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

l) 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;

m) 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»;

n) 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.

15. 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.

16. Autostrade per l'Italia S.p.A. ha argomentato le proprie tesi con ampi svolgimenti che, tuttavia, non convincono il Collegio.

16.1. Quanto alla questione posta dall'appellante relativa all'asserita violazione dell'art. 73 c.p.a. va ricordata la giurisprudenza di questa Sezione su casi del tutto analoghi (Consiglio di Stato, Sez. V, 24 gennaio 2020 n. 608).

16.2. Non assume, difatti, alcun rilievo, contrariamente all'avviso dell'appellante, la circostanza che il difetto di giurisdizione sia stato fatto oggetto di rilievo officioso, nella denunciata assenza della sollecitazione del contraddittorio delle parti sul punto, in tesi imposto dall'art. 73 cod. proc. amm., e ciò in quanto:

a) la regola in questione è preordinata (come la sua omologa di cui all'art. 101, comma 2 cod. proc. civ.) ad impedire una decisione c.d. a sorpresa (o della "terza via"), onde la stessa trova applicazione esclusivamente in relazioni alle "questioni miste di fatto e di diritto", con esclusione di quelle di mero diritto e, segnatamente, di natura meramente processuale, per definizione ed implicitamente ricomprese (come quelle attinenti alla sussistenza dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione) nel *thema decidendum* (cfr. Cass., sez. II, 12 settembre 2019, n. 22778; Id., sez. III, 22 febbraio 2016, n. 3432);

b) che, in ogni caso, dalla relativa omissione può derivare solo un *error in procedendo* (ovvero un *error in iudicando de jure procedendi*), che non legittima l'annullamento, in seconde cure, della decisione e l'auspicata rimessione degli atti al giudice di prime cure, ma solo la decisione della questione, se del caso – ed ove ne ricorrano le condizioni, nella specie insussistenti – previa rimessione in termini (cfr. Cass. sez. I, 8 giugno 2018, n. 15037, nonché, in fattispecie contermina, Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2079).

17. La questione di giurisdizione può a questo punto essere affrontata. 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.

18. 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).

19. E' condivisibile quanto statuito dal TAR laddove afferma che la materia del contendere ha oggetto profili di natura patrimoniale derivanti dall'attuazione del rapporto concessorio, senza che venga in diretto rilievo l'esercizio di poteri riconducibili alle funzioni pubblicistiche dell'amministrazione. La verifica spettante al concedente dell'inerenza della variante nei limiti delle previsioni individuate nel piano di convalida non è implicante esercizio di potere autoritativo, risultando vincolata alle previsioni convenzionali oltre che all'esecuzione a regola d'arte nel rispetto della normativa del Codice dei contratti.

20. Va precisato, in ordine alle argomentazioni contenute nella memoria depositata il 18 marzo 2022 che le questioni particolari – riguardanti il previo esperimento del regolamento di competenza territoriale - non rilevano in maniera diretta nel presente giudizio.

21. 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 l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) n. 323/2021 va respinto.

22. 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 l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) n. 323/2021.

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