

Pubblicato il 27/05/2021

N. 00807/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00188/2019 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 188 del 2019, 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 dell'avv. Marco Mariani in Firenze, via La Marmora 53;

contro

Anas S.p.a., Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale di Firenze, domiciliataria ex lege in Firenze, via degli Arazzieri, 4;  
Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Dip. Infrastrutture Sistemi Informativi e Statistici non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- *in parte qua* del provvedimento ANAS CDG-0081131-P del 6 giugno 2011, con il quale è stata approvata la seconda perizia di variante tecnica e suppletiva relativa ai lavori di "Adeguamento del tratto di attraversamento appenninico tra Sasso Marconi e Barberino di Mugello, Tratto: Badia Nuova – Aiglio, Lotto Mugello 1° stralcio (ex lotto 12 e Svincolo di Barberino)" lungo l'Autostrada A/1 Milano-Napoli;

- di ogni atto presupposto, consequenziale o comunque connesso rispetto a quelli impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Anas Spa e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2021 il dott. Nicola Fenicia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso originariamente proposto davanti al T.A.R. Lazio - Roma e riassunto dinanzi a questo Tribunale (a seguito della pronuncia di incompetenza territoriale emessa dal T.A.R. Lazio), la società Autostrade per l'Italia S.p.A. ha impugnato il provvedimento indicato in epigrafe, con il quale l'ANAS ha approvato la perizia di variante tecnica e suppletiva relativa ai lavori di *“Adeguamento del tratto di attraversamento appenninico tra Sasso Marconi e Barberino di Mugello, Tratto: Badia Nuova – Aiglio, Lotto Mugello 1° stralcio (ex lotto 12 e Svincolo di Barberino)”* lungo l'Autostrada A/1 Milano-Napoli.

Pur confermando la sussistenza dei presupposti per il legittimo ricorso alle varianti in corso d'opera, l'Anas ha apportato considerevoli modifiche alla perizia di variante.

La ricorrente lamenta l'illegittimità della decurtazione dalla perizia delle specifiche voci di spesa indicate nei singoli motivi di ricorso, nonché l'illegittima riduzione della durata dei tempi di esecuzione dei lavori.

Si è costituito il Ministero per resistere al ricorso.

Il Tribunale dopo aver sollecitato il contraddittorio delle parti sulle questioni di giurisdizione e competenza, ha sollevato d'ufficio ai sensi dell'art. 15, comma 5, cod. proc. amm., il regolamento di competenza, sul quale si è pronunciato il Consiglio di Stato con ordinanza del 13 agosto 2020, dichiarando competente il TAR per la Toscana a conoscere della presente controversia.

All'udienza del 12 maggio 2021, tenutasi in videoconferenza, mediante collegamento da remoto, all'esito della discussione, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2. La trattazione deve prendere le mosse dalla ricostruzione dell'istituto della concessione di lavori pubblici, al fine di verificare la sussistenza della giurisdizione di questo Tribunale Amministrativo.

Questo istituto nacque come strumento per consentire la realizzazione di un'opera per la quale l'amministrazione non aveva sufficienti disponibilità finanziarie, e chiedeva quindi a un privato di farsi carico dei costi per la sua costruzione conferendo, in cambio, il potere di gestirla facendo propri gli introiti derivanti dalle tariffe che la collettività avrebbe pagato per il suo utilizzo. La concessione si distingue quindi dall'appalto, nel quale la causa contrattuale si identifica nella

realizzazione di un bene a fronte di un corrispettivo pagato all'appaltatore. Nell'ambito della concessione invece venivano traslate al privato pubbliche potestà identificabili anzitutto nella gestione dell'opera (concessione di costruzione e gestione) ma anche, talvolta, in attività strumentali di specifica competenza della stazione appaltante quali la progettazione e l'espropriazione dei terreni (concessione di committenza). Il concessionario assumeva l'onere di costruire l'opera e si accollava anche le attività strumentali ricevendo in cambio non un corrispettivo, ma il diritto a gestire l'opera realizzata per un lungo periodo di tempo, sufficiente a garantire la copertura dell'investimento e il conseguimento del profitto imprenditoriale. Gli introiti derivanti dall'applicazione delle tariffe per l'uso dell'opera stessa erano infatti destinati a coprire i costi dell'investimento e l'utile aziendale.

La dottrina tradizionale riteneva che il ricorso alla concessione di committenza comportasse la traslazione di potestà pubbliche in capo al concessionario, che per questo poteva essere individuato senza alcuna procedura selettiva. La traslazione di pubblici poteri comportava infatti la necessità di instaurare un rapporto fiduciario tra amministrazione e concessionario e perciò la prima aveva necessità di individuarlo liberamente sulla base dell'*intuitus personae*, senza vincoli di evidenza pubblica. La concessione di lavori pubblici era quindi riportata all'ambito non contrattuale ma provvedimentale e veniva ritenuta quale atto ampiamente discrezionale, stante la necessità di questo rapporto fiduciario tra amministrazione concedente e concessionario il quale ultimo veniva chiamato a gestire funzioni proprie della prima.

La regolamentazione a livello comunitario dei contratti pubblici ha trasformato profondamente questa figura fin dalla "legge Merloni", e tale processo ha ricevuto consacrazione con le direttive comunitarie dell'anno 2014. Il diritto comunitario ha configurato l'istituto in discussione come un contratto privatistico, che si differenzia dall'appalto per il solo fatto che il concessionario ricava la sua remunerazione non da un prezzo pagato dall'amministrazione, ma dalla gestione dell'opera costruita (art. 5, direttiva 2014/23/CE). La concessione si differenzia quindi dall'appalto unicamente perché il concessionario, a differenza dell'appaltatore, non assume il solo rischio imprenditoriale ma anche quello gestionale dell'opera oggetto della concessione medesima; per il resto non diverge in nulla dal contratto di appalto ed è quindi soggetta anch'essa alle norme di evidenza pubblica. Essa è stata così normativamente traslata dall'ambito provvedimentale a quello contrattuale e sottoposta anch'essa alle norme di evidenza pubblica, nel senso che l'individuazione del concessionario deve essere preceduta da una gara ove siano garantiti i principi comunitari fondamentali di non discriminazione, parità di trattamento, pubblicità e libertà di stabilimento. Il diritto comunitario si è rivelato insensibile al dato formale costituito dalla qualificazione attribuita all'atto per rivelarsi attento al dato sostanziale rappresentato dal vantaggio competitivo che l'azione dell'amministrazione può conferire a un determinato imprenditore, il che avviene non solo nell'appalto ma anche nell'ambito della concessione la quale quindi deve essere sottoposta, quanto all'individuazione del concessionario, a norme analoghe a quelle vigenti in materia di appalti.

Solo l'affidamento delle concessioni di lavori, nel precedente Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, era disciplinato con norme di specie dagli artt. 144 ss. mentre non erano previste norme specifiche per l'affidamento della concessione di servizi, per la quale l'art. 30 del medesimo imponeva però di rispettare i principi comunitari e, in particolare, quelli di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità, e inoltre prevedeva lo svolgimento obbligatorio di una previa gara informale con almeno cinque concorrenti scelti però dalla stessa stazione appaltante, con predeterminazione dei criteri selettivi. Non era prevista la pubblicazione di un bando.

Nella concessione (sia di lavori che di servizi) è fondamentale che l'esecutore si assuma non solo il rischio imprenditoriale connesso alla costruzione dell'opera o alla gestione del servizio, ma anche

quello connesso alla loro gestione. Può essergli corrisposto anche un prezzo che, tuttavia, non deve essere pattuito in misura tale da coprire integralmente il suo costo e comunque può essere previsto solo qualora al concessionario sia imposto di praticare all'utenza un prezzo inferiore rispetto a quello necessario alla copertura dei costi e dell'ordinario utile di impresa. Si tratta di un criterio non meramente descrittivo ma qualificatorio poiché la distinzione tra appalto e concessione è rappresentata proprio dalla ripartizione del rischio di gestione: laddove il soggetto esecutore dell'opera si accolla anche l'investimento finanziario, che potrebbe non essere sufficientemente remunerato dalla sua gestione, saremo in presenza di una concessione; laddove invece è assente tale rischio (che si aggiunge alla normale alea imprenditoriale che obbliga l'imprenditore, per conseguire l'utile sperato, ad organizzare in modo adeguato i propri mezzi di produzione) mancherà la figura concessoria e saremo in presenza di un appalto.

Questi principi sono stati integralmente recepiti dalla giurisprudenza nazionale, basti solo citare la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. VI, 21 maggio 2014 n. 2624 secondo la quale “quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sostanzialmente sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone, tariffa o diritto, allora si ha concessione, ragione per cui può affermarsi che è la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi. Pertanto, si avrà concessione quando l'operatore si assuma in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza, mentre si avrà appalto quando l'onere del servizio stesso venga a gravare sostanzialmente sull'amministrazione”.

La nuova direttiva comunitaria in materia di concessioni 2014/23/UE (nel testo: “direttiva 23”), che unitamente alle direttive sugli appalti nei settori ordinari e speciali nn. 24 e 25 trova applicazione dal 18 aprile 2016, prevede la sottoposizione ad un'unica normativa incentrata sull'evidenza pubblica sia della concessione di lavori che della concessione di servizi. La direttiva, all'undicesimo “Considerando” recita:

*“Le concessioni sono contratti a titolo oneroso mediante i quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi a uno o più operatori economici. Tali contratti hanno per oggetto l'acquisizione di lavori o servizi attraverso una concessione il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo. Essi possono, ma non devono necessariamente, implicare un trasferimento di proprietà alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori, ma i vantaggi derivanti dai lavori o servizi in questione spettano sempre alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori”.*

All'art. 5, dedicato alle definizioni, stabilisce che:

*“Ai fini della presente direttiva si applicano le definizioni seguenti:*

*1) «concessioni»: le concessioni di lavori o di servizi di cui alle lettere a) e b):*

*a) «concessione di lavori»: un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.”*

La normativa comunitaria, quindi, configura l'istituto in esame come un contratto a prestazioni corrispettive che non prevede una traslazione di poteri pubblici in concessione all'affidamento del contratto di concessione. L'interesse pubblico connesso alla corretta esecuzione di questo trova la

sua emersione nel momento di affidamento del medesimo, poiché la sua stipulazione deve essere preceduta da una procedura volta a individuare il concessionario che maggiormente offre le garanzie di realizzare l'interesse pubblico connesso alla realizzazione dell'opera o del servizio. Quest'ultimo viene cristallizzato nelle specifiche tecniche annesse al contratto di concessione e negli obiettivi che quest'ultimo intende realizzare, e che dopo la sua stipulazione diventano obbligazioni a carico dell'affidatario. Si vuole con ciò evidenziare che posteriormente alla stipulazione del contratto di concessione non si danno posizioni di supremazia tra concedente e concessionario ma posizioni paritetiche, avendo quest'ultimo il diritto soggettivo di gestire l'opera o il servizio con le connesse obbligazioni di realizzare gli obiettivi (di interesse pubblico) cristallizzati nel contratto medesimo, ma pur sempre nell'ambito di un rapporto paritetico con il concedente.

L'adeguatezza delle soluzioni progettuali in funzione del perseguimento degli standards che devono essere garantiti nella fruizione dell'opera o del servizio da parte della collettività, e per venire al caso di specie nell'ambito dell'infrastruttura autostradale; l'ottemperanza alle disposizioni previste per le stazioni appaltanti in tema di progettazione; la sussistenza dei presupposti (anch'essi previsti per le amministrazioni aggiudicatrici) per l'adozione di una variante in corso d'opera; il rispetto delle previsioni contenute nella Convenzione che regola la concessione e la congruità dei costi imputati in progetto, sono elementi aventi sì rilievo pubblicistico che rilevano nell'approvazione delle varianti, ma nei rapporti tra concedente e concessionario sono qualificabili nei termini di obbligazioni contrattuali a carico del secondo. La conclusione non è intrinsecamente contraddittoria poiché il raggiungimento di obiettivi di pubblico interesse, nel contratto pubblico di appalto come di concessione, entra nel rapporto contrattuale nei termini di obiettivi che l'affidatario ha l'obbligo di centrare a titolo di obbligazione contrattuale.

L'imposizione comunitaria è stata fatta propria (e non poteva essere diversamente) dal legislatore nazionale.

La direttiva 23 è infatti stata recepita nel nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che all'articolo 3 elenca alcune fondamentali definizioni. L'articolo 3 consta di un solo comma suddiviso in un alto numero di sottoparagrafi identificati con lettere. I sottoparagrafi di cui alle lettere uu) e vv) contengono la definizione di concessione di lavori e concessione di servizi, che vengono entrambe qualificate come un contratto (continuano a non essere più qualificate come provvedimento) e si differenziano dal corrispondente contratto di appalto per il fatto che la stazione appaltante affida l'esecuzione dei lavori o la gestione dei servizi a fronte non di un corrispettivo, ma del diritto di gestire le opere realizzate o il servizio stesso, o in tale diritto accompagnato da un prezzo. Con specifico riguardo al tema che qui interessa, la disposizione contempla quindi una fattispecie unitaria costituita dalla "concessione di lavori pubblici" che si articola nella progettazione, realizzazione e gestione di opere pubbliche o di pubblica utilità ed alla cui instaurazione, sul piano pubblicistico, consegue la fase di attuazione che si svolge sul piano negoziale mediante la stipula e la successiva esecuzione del contratto affidato. Nel corso dell'esecuzione del rapporto concessorio i rapporti tra concedente e concessionario assumono quindi carattere paritetico, essendo i poteri di vigilanza del primo inerenti alla sua posizione di committente al pari di quanto avviene nell'appalto di lavori, mentre l'approvazione delle perizie di variante non assume configurazione pubblicistica in quanto è sempre inerente ad un rapporto paritetico tra concedente e concessionario.

Non è più valida la tradizionale distinzione tra concessione di sola costruzione e concessione di gestione dell'opera (o di costruzione e gestione congiunte), nella quale prevaleva il profilo autoritativo della traslazione delle pubbliche funzioni inerenti l'attività organizzativa e direttiva dell'opera pubblica, con le conseguenti implicazioni in tema di riparto di giurisdizione.

Nel quadro ordinamentale attuale 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. Resta ferma la giurisdizione amministrativa nei casi in cui l'amministrazione, sia pure successivamente all'aggiudicazione definitiva, intervenga con atti autoritativi incidenti direttamente sulla procedura di affidamento mediante l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio o di eventuali altri poteri riconosciuti dalla legge, o comunque adottati atti autoritativi in un procedimento amministrativo oltre che nei casi tassativamente previsti (come quello di cui all'art. 133, comma 1, lett. e, n. 2, c.p.a.)

La conclusione non viene smentita dalla circostanza che nella concessione di costruzione e gestione il concessionario possa essere anche titolare di poteri pubblicistici, come quelli inerenti l'espropriazione delle aree necessarie per la realizzazione dell'opera.

È infatti acquisizione ormai consolidata quella secondo cui l'ente pubblico ha carattere polimorfico sicché anche un soggetto privato, quale nel caso di specie una società per azioni, in determinate circostanze può assumere il ruolo di "soggetto equiparato" alla pubblica amministrazione limitatamente all'espletamento di funzioni pubblicistiche esercitate in aggiunta alla propria attività privatistica, ma tanto avviene in base a norme di legge e non per delega di funzioni da parte del concedente. Può quindi assumere funzioni di stazione appaltante o di autorità espropriante senza che muti la sua natura civilistica.

Le conclusioni sopra evidenziate sono confermate dalla giurisprudenza.

È stato in proposito stabilito che costituisce principio generale quello secondo cui, nelle procedure ad evidenza pubblica aventi ad oggetto l'affidamento di servizi o lavori pubblici, la cognizione di comportamenti ed atti relativi alla fase della esecuzione del rapporto contrattuale spetta alla giurisdizione del giudice ordinario. Ne segue che la controversia relativa alla fase di esecuzione di una convenzione avente ad oggetto la costruzione e la gestione di un'opera pubblica appartiene alla giurisdizione ordinaria per essere sussumibile nella unitaria categoria, regolata dal d.lgs. n. 163 del 2006, della "concessione di lavori pubblici" nella quale la gestione funzionale ed economica dell'opera non costituisce un accessorio eventuale della concessione di costruzione, ma la controprestazione principale e tipica a favore del concessionario (Cass. SS. UU, ord.za 30 dicembre 2020 n. 29824; 8 luglio 2020 n. 14232; 28 febbraio 2020 n. 5594).

Inoltre la giurisprudenza ha statuito che le controversie relative ad una "concessione di gestione o di costruzione e gestione di opera pubblica", non diversamente da quelle relative ad una "concessione di costruzione di opera pubblica", competono alla giurisdizione ordinaria se riguardano la fase successiva all'aggiudicazione ed alla stipulazione delle convenzioni (C.d.S. V, 16 agosto 2016 n. 3640).

Il perimetro della giurisdizione amministrativa sui contratti di concessione di lavori non è diverso da quello sussistente con riguardo ai comuni contratti di appalto, con la conseguenza che la giurisdizione del giudice ordinario riguardante le indennità, i canoni e altri corrispettivi, nella fase esecutiva del contratto di concessione si estende alle questioni inerenti l'adempimento e l'inadempimento della concessione stessa, nonché alle conseguenze risarcitorie poiché si verte nell'ambito di un rapporto paritetico tra le parti, ferma restando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nei casi in cui l'Amministrazione eserciti poteri autoritativi tipizzati dalla legge (T.A.R. Toscana I, 28 febbraio 2020 n. 268).

Del resto in tema di appalti di lavori pubblici non si è mai dubitato che l'approvazione della perizia di variante, lungi dall'esprimere poteri pubblicistici della stazione appaltante, inerisce invece al rapporto paritetico tra stazione appaltante ed aggiudicatario.

Stante l'equiparazione tra l'istituto dell'appalto e quello della concessione operato dalla normativa comunitaria, e conseguentemente dalla legislazione italiana, non vi è ragione per applicare coordinate diverse alle controversie in esame.

3. Per tali motivi il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione a favore del Giudice Ordinario, cui le parti sono rimesse con salvezza degli effetti sostanziali e processuali ai sensi dell'articolo 11 del codice del processo amministrativo.

4. Le spese processuali vengono compensate in ragione della novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 11 del c.p.a. .

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in video conferenza secondo quanto disposto dall'articolo 25, comma 2, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Riccardo Giani, Consigliere

Nicola Fenicia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE  
Nicola Fenicia

IL PRESIDENTE  
Rosaria Trizzino

IL SEGRETARIO