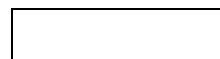


Civile Ord. Sez. U Num. 30267 Anno 2023

Presidente: D'ASCOLA PASQUALE

Relatore: SCARPA ANTONIO

Data pubblicazione: 31/10/2023



ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 21469/2015 R.G. proposto da:

CONSORZIO FERROFIR IN LIQUIDAZIONE, elettivamente domiciliato in ROMA VIA ANTONIO BERTOLONI,35, presso lo studio dell'avvocato CRITELLI GREGORIO, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato CAPPELLA FEDERICO

-ricorrente-

contro

R.F.I. RETE FERROVIARIA ITALIANA S.P.A., elettivamente domiciliata in ROMA V. LAZZARO SPALLANZANI 22, presso lo studio dell'avvocato ORLANDI MAURO, che la rappresenta e difende

-controricorrente-

avverso la SENTENZA della CORTE D'APPELLO di ROMA n. 3591/2015 depositata il 10/06/2015.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 26/09/2023 dal Consigliere ANTONIO SCARPA

FATTI DI CAUSA

1 - Il Consorzio Ferrofir ha proposto ricorso articolato in unico motivo avverso la sentenza n. 3591/2015 della Corte d'appello di Roma, pubblicata il 10 giugno 2015.

Resiste con controricorso R.F.I. – Rete Ferroviaria Italiana s.p.a.

2 – La Corte d'appello di Roma ha respinto l'appello avanzato dal Consorzio Ferrofir contro la sentenza del Tribunale di Roma del 15 ottobre 2009, dichiarativa del difetto di giurisdizione in favore del giudice ordinario.

3 - La causa ebbe inizio con citazione del 12 luglio 2005. Il Consorzio Ferrofir aveva stipulato in data 7 marzo 1984 con l'Azienda Autonoma delle Ferrovie dello Stato (poi R.F.I. s.p.a.) una convenzione "per la concessione di prestazioni integrate occorrenti per il completamento della progettazione definitiva del raddoppio della linea ferroviaria fra le stazioni di Messina e S. Filippo e la costruzione di un tratto di linea compreso tra le stazioni di Messina e Rometta", ai sensi della legge 12 febbraio 1981, n. 17. La convenzione prevedeva in più punti la possibilità di stipulare atti integrativi o addizionali che, alla luce del progetto esecutivo, avrebbero dovuto stabilire la consistenza delle opere da realizzare e i relativi corrispettivi, ovvero affidare al concessionario le prestazioni relative ad ulteriori lotti. Furono così convenuti due atti integrativi e aperta una trattativa per l'affidamento dei lavori relativi alla tratta S. Filippo - Villafranca Tirrena, che culminò nella redazione di un terzo atto addizionale, le cui controverse vicende, culminanti nell'accordo tra le parti del 5 agosto 1997, sono poste a fondamento della domanda oggetto di causa. Nel

corso dei lavori (cosiddetto 2° lotto) convenuti in tale accordo, con decorrenza dal 12 gennaio 1998, il Consorzio formulò riserve con riferimento sia agli oneri e costi del mancato accordo sui lotti ulteriori (tratta San Filippo Villafranca), sia agli oneri e costi dei lotti relativi alle attività affidate con gli atti integrativi (tratta Messina Villafranca) e con verbale di accordo del 5 agosto 1997 (tratta Messina Rometta).

La mancata soluzione del contenzioso insorto portò alla citazione del 12 luglio 2005, con cui il Consorzio Ferrofir convenne la R.F.I. s.p.a. dinanzi al Tribunale di Roma per sentirla condannare al pagamento della somma di € 25.187.990,54, oltre interessi, nonché ai danni causati dalla svalutazione monetaria e dalla mancata disponibilità finanziaria con riferimento alle riserve iscritte, in relazione sia ai lavori oggetto della convenzione e mai consegnati (II lotto tratta San Filippo-Villafranca), sia ai lavori consegnati ed eseguiti (I lotto tratta Messina - Villafranca; II Lotto tratta Villafranca-Rometta).

La convenuta R.F.I. eccepì la carenza di giurisdizione del giudice ordinario.

Il Tribunale di Roma declinò la giurisdizione, ravvisando, ai sensi dell'articolo 34 del d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80, come modificato dalla legge 21 luglio 2000 n. 205, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La Corte d'appello di Roma ha confermato tale statuizione osservando che:

- a) sia dalla narrativa dell'atto di citazione, sia dal contenuto delle specifiche riserve, emergerebbe che il Consorzio ha evocato non l'illegittimità di atti e provvedimenti, quanto

- l'illegitimo comportamento delle Ferrovie, le quali non avevano assunto tempestivamente gli atti integrativi e gli atti addizionali necessari per consentire l'esecuzione dei lavori previsti nella convenzione stipulata il 7 marzo 1984;
- b) l'emissione di tali atti, meramente esecutivi, si sarebbe apprezzata come obbligatoria per l'amministrazione: di qui la sussistenza della responsabilità contrattuale, con riferimento agli atti integrativi, e quella precontrattuale con riferimento al terzo addizionale, quest'ultimo oggetto di trattative a far data sin dal 1988, predisposto quindi in tutte le clausole e mai sottoscritto dalle Ferrovie;
- c) l'assunzione dei medesimi atti (integrativi e addizionali) non costituiva, però, un obbligo per RFI, come ritenuto dall'attore ed appellante, ma esercizio di potestà pubbliche discrezionali, ovvero di "facoltà" di commissionare ulteriori opere, come dimostrerebbe il tenore letterale della Convenzione;
- d) nello stesso senso deporrebbe la "interpretazione teleologica" della Convenzione, il cui oggetto specifico era *in primis* la progettazione dei lavori ferroviari, sia per quanto afferiva agli atti integrativi sia, a maggior ragione, per quanto riguardava gli atti addizionali, di tal che la "scelta", non solo del quando, ma anche del se assumere o non tali atti, supponeva la valutazione dei progetti redatti dal Consorzio, il quale non era dunque obbligato alla stipula di essi;
- e) rispetto all'esercizio di tale facoltà, la situazione soggettiva di cui era titolare la Amministrazione era quella di potere, tant'è che con gli atti addizionali potevano essere conferiti al Consorzio altri e diversi lavori rispetto a quelli in origine commissionati;
- f) nemmeno dall'accordo sottoscritto tra le parti il 5 agosto 1997 poteva sorgere un diritto soggettivo perfetto all'esecuzione delle opere a favore del Consorzio in ordine ai lavori del tratto compreso tra Villafranca e Rometta;

- g) dalla clausola sub a dell'accordo del 1997 non nasceva l'obbligo per le Ferrovie di affidare in appalto le opere del tratto compreso tra Villafranca e Rometta, trattandosi di un "impegno di programma" che necessitava di specificazione;
- h) il contenuto delle riserve sostanzialmente ruotava sui costi subìti nel periodo dall'inizio del 1989 fino al 1997;
- i) l'esercizio del potere in capo alle Ferrovie di assumere sia gli atti integrativi sia addizionali, previa approvazione dei progetti, non era espressione di libertà negoziale, quanto esercizio di potestà pubblica conseguente ad una valutazione tecnica ed anche comparativa di tutti gli interessi generali coinvolti nella esecuzione delle opere da commissionare;
- l) rispetto alle opere integrative ed addizionali, il Consorzio non era quindi titolare di diritti soggettivi e le Ferrovie si determinavano con atti amministrativi, ai fini di cui all'art. 34 d.lgs. n. 80 del 1998;
- m) "sia se si valuta la fattispecie nell'ottica dell'art. 34 d. lgs cit., sia se la si valuta nell'ottica dei criteri generali di riparto della giurisdizione, la conclusione è la medesima; gli atti "de quibus" - in tesi omessi ovvero emessi in ritardo, fatto costitutivo dei danni lamentati - sono atti soggettivamente e oggettivamente amministrativi, esercizio di potestà amministrative e incidenti in materia urbanistica; per cui la cognizione degli allegati e conseguenti danni appartiene in ogni caso all'AGA";
- n) nella specie, non rileva l'elaborazione giurisprudenziale in tema di responsabilità dell'amministrazione nell'ambito degli appalti di opera pubblica, cui non è riconducibile la concessione di prestazioni integrate, oggetto di causa, finalizzata prioritariamente alla progettazione, e non all'esecuzione, delle opere.

4- Il ricorso è stato fissato inizialmente dinanzi alla Prima sezione civile per l'adunanza camerale del 17 novembre 2022, all'esito della quale con ordinanza del 21 marzo 2023 è stata disposta la rimessione alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374, comma 1, c.p.c., vertendo su motivo attinente alla giurisdizione.

La trattazione del ricorso è stata fissata in camera di consiglio, a norma degli artt. 375, comma 2, 4-*quater*, e 380 bis.1, c.p.c.

Il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale dottor Carmelo Celentano, ha depositato conclusioni scritte, chiedendo di dichiarare la giurisdizione del giudice amministrativo.

Il ricorrente ha depositato memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1- L'unico motivo del ricorso del Consorzio Ferrofir è rubricato: violazione e falsa applicazione degli artt. 33 e 34 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80; violazione e falsa applicazione dell'art. 31-bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109; violazione e falsa applicazione degli artt. 6 e 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205. Il motivo si sviluppa da pagina 11 a pagina 49 di ricorso. Il ricorrente evidenzia che oggetto della convenzione *inter partes* era "la concessione di prestazioni integrate relative alla progettazione ed alla costruzione delle opere per gli interventi di raddoppio e di potenziamento, con installazione di nuovi impianti di segnalamento e di sicurezza, programmati per la linea Palermo – Messina", "attività che costituiscono entrambe il contenuto di appalti, l'uno di servizi (progettazione) e l'altro di lavori (esecuzione delle opere), con annessa e correlata delega di poteri amministrativi propri, appunto, della figura della concessione". Si invoca pertanto l'applicabilità dell'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998 e dell'art. 31 bis, comma 4, della legge n.

109 del 1994, operante *ratione temporis*, in base al quale "[a]i fini della tutela giurisdizionale le concessioni in materia di lavori pubblici sono equiparate agli appalti". Vengono altresì trascritte le riserve formulate.

2 - La controricorrente R.F.I. - Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. replica che la controversia in esame rientra nella materia urbanistica ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, ricorrendo l'elemento soggettivo della natura pubblica di una delle parti e quello oggettivo della connessione tra l'atto o il provvedimento autoritativo e l'uso del territorio. Inoltre, dalla Convenzione non discendeva alcun diritto soggettivo alla stipulazione di accordi contrattuali (in particolare, il terzo atto addizionale) e la committente non aveva affidato l'esecuzione di ulteriori lavori al concessionario, attraverso apposita decisione che supposeva espressione di poteri di natura autoritativa. Il Consorzio, a dire della controricorrente, era piuttosto titolare di un mero interesse legittimo.

Il Pubblico Ministero nelle conclusioni scritte depositate ha affermato che la giurisdizione del giudice amministrativo si giustifica giacché "le Ferrovie non potevano considerarsi titolari di un obbligo a stipulare gli atti integrativi ed addizionali, essendo piuttosto condizionate dall'approvazione dei progetti, atto formale, questo, di pertinenza del Consiglio di Amministrazione. La consistenza in termini di facoltà piuttosto che di obbligazione negoziale, esclude la sussistenza dunque, della materia invocata dal ricorrente".

4 - Il ricorso è fondato.

4.1. - La decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda e con riguardo alla legge vigente al momento della proposizione della stessa.

4.2. - La citazione notificata in data 12 luglio 2005 deduceva gli obblighi gravanti sulle parti per effetto della convenzione stipulata il 7 marzo 1984 tra le parti, avente ad oggetto la concessione di prestazioni integrate occorrenti per il completamento della progettazione definitiva del raddoppio della linea ferroviaria fra le stazioni di Messina e S. Filippo e la costruzione di un tratto di linea compreso tra le stazioni di Messina e Rometta. La *causa petendi* della domanda, come intesa anche dalla Corte d'appello di Roma, attiene all'illegittimo comportamento delle Ferrovie dello Stato (poi R.F.I. s.p.a.), per non aver assunto gli atti integrativi e gli atti addizionali necessari al fine di consentire l'esecuzione dei lavori. L'attore ha prospettato la sussistenza della responsabilità contrattuale e precontrattuale dell'amministrazione convenuta. Il *petitum* consiste nel pagamento della somma di € 25.187.990,54, oltre interessi, nonché nei danni riferibili alle riserve iscritte, in relazione sia ai lavori oggetto della convenzione e mai consegnati, sia ai lavori consegnati ed eseguiti.

4.3. - Alla stregua dell'art. 6 della legge 21 luglio 2000, n. 205, vigente al momento della proposizione della domanda, erano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale.

In forza dell'art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come modificato dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205 - nel testo risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 -, sussisteva poi la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per

le controversie relative a concessioni di pubblici servizi, ad eccezione di quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, secondo il criterio di riparto della giurisdizione già presente nell'art. 5 della legge n. 1034 del 1971 (ora art. 133 lett. c] e lettera e] c.p.a).

4.4. – La controversia in esame è relativa alla fase esecutiva del rapporto di concessione di prestazioni integrate inerenti alla progettazione ed alla costruzione delle opere per gli interventi di realizzazione della linea ferroviaria ed è perciò devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, al quale spetta di giudicare sugli adempimenti (e sui relativi effetti) con indagine diretta alla determinazione dei diritti e degli obblighi dell'amministrazione e del concessionario, sulla base della portata applicativa delle clausole contrattuali, nonché di valutare, in via incidentale, la legittimità degli atti amministrativi influenti sulla determinazione del corrispettivo. La giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria sussiste sia per la pretesa inerente ai corrispettivi delle opere eseguite, sia per la domanda di risarcimento del danno proposta dal concessionario, il quale deduce di aver fatto affidamento sulla sussistenza dei presupposti per l'ampliamento dell'oggetto del rapporto con riguardo a lavori aggiuntivi, sulla base del programma obbligatorio costituito dalla originaria convenzione e dagli atti addizionali, venendo comunque in rilievo non già l'esercizio di poteri autoritativi della pubblica amministrazione, quanto questione relativa all'esecuzione del contratto ed alla violazione degli obblighi di buona fede e correttezza, in ordine alla quale la P.A. si pone in posizione paritetica. L'intrinseca consistenza della posizione soggettiva adottata in giudizio dal Consorzio Ferrofir ed individuata con riguardo alla sostanziale protezione accordata a quest'ultima dal diritto positivo delinea, invero, la mancata stipula degli atti integrativi, necessaria per l'esecuzione di ulteriori lavori, non quale manifestazione di potestà

autoritativa attinente al momento genetico di un nuovo rapporto concessorio, ma quale inadempimento di una obbligazione espressamente prevista dalla convenzione iniziale (Cass. Sez. Unite n. 21971 del 2021; n. 28388, n. 8236 e n. 5594 del 2020; n. 18267 e n. 33691 del 2019; n. 32728 del 2018; n. 16419 del 2017; n. 19511 e n. 12640 del 2008; n. 7441 del 2005).

5 - Il ricorso va perciò accolto, dichiarandosi la giurisdizione del giudice ordinario, la sentenza impugnata va cassata e la causa, ai sensi dell'art. 383, comma 3, c.p.c. in relazione all'art. 353 c.p.c., *ratione temporis* operante, va rimessa al Tribunale di Roma, in