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 3215 del 2013, proposto da:
Ctp S.p.A. - Compagnia Trasporti Pubblici, in persona del legale rappresentante rappresentato e difeso dagli avvocati Massimo Malena, Raffaele Olacco, con domicilio eletto presso & Associati Studio Malena in Roma, via dei Gracchi, n. 81;

contro

Regione Campania, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Rosanna Panariello, con domicilio eletto presso Regione Campania Ufficio Rappresentanza in Roma, via Poli, n. 29; Provincia di Caserta, in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuliano Agliata, con domicilio eletto presso Matteo Mungari in Roma, via Guido D'Arezzo, n. 32;

per l'annullamento

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE III, n. 355/2013, resa tra le parti, concernente appello verso sentenza con cui il giudice amministrativo ha dichiarato il difetto di giurisdizione - revisione corrispettivi contrattuali del contratto di servizio di trasporto pubblico.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Campania e di Provincia di Caserta;
Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;
Visti tutti gli atti della causa;
visti gli artt. 105, co. 2 e 87, co. 3, cod. proc. amm.;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2013 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Malena, Panariello e Quinto per delega di Agliata;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con atto d'appello notificato il 19 aprile 2013, depositato il 30 aprile 2013, S.p.a. CTP – Compagnia Trasporti Pubblici impugna la sentenza del TAR Campania 16 gennaio 2013 n. 355, che dichiarava il difetto di giurisdizione del g.a. nella controversia promossa dallo stesso appellante per l'annullamento e/o la declaratoria di nullità del comma 3 dell'art. 15 del contratto ponte sottoscritto con la provincia di Caserta nella parte in cui dispone che

"*nell'ambito del periodo di vigenza del presente contratto ponte il corrispettivo di cui ai commi precedenti non è soggetto a revisione, fatto salvo quanto previsto al comma quarto dell'art. 5 del presente contratto e quanto previsto dall'art. 3*", ovvero di ogni ulteriore parte dello stesso nella quale si nega esplicitamente la revisione; nonché per l'accertamento, del fondamento della pretesa agita dalla ricorrente con le costituzioni in mora prot. 2194/PG/PR del 23.9.2008, prot. 1358/PG/PR del 9.11.2009 e prot. 880/PG/PR del 25.5.2011 (riepilogativa delle precedenti), nonché con atto di diffida del 25.11.2011 dirette alla Regione Campania e alla Provincia di Caserta, mai riscontrate e del conseguente diritto alla revisione prezzi in ordine al contratto del 17.2.2003, avente ad oggetto l'erogazione continuativa del servizio di trasporto pubblico di linea per il trasporto di persone (con decorrenza indicata nei contratti dall'1.1.2003 al 31.12.2003, successivamente prorogati sino ad oggi, senza alcuna attività di revisione contrattuale); nonché per la condanna della Regione Campania ovvero della Provincia di Caserta, ciascuna per quanto di reciproca competenza, a corrispondere alla ricorrente le somme quantificate nelle costituzioni in mora mai riscontrate (prot. 2194/PG/PR del 23.9.2008, prot. 1358/PG/PR del 9.11.2009 e prot. 880/PG/PR del 25.5.2011), pari complessivamente a euro 6.784.528,66 – ovvero nella diversa misura che si quantificherà in corso di causa – a titolo di indicizzazione dei contributi di esercizio spettanti per gli anni dal 2007 al 2010, oltre interessi e rivalutazione monetaria, come si evince dalla tabella allegata alla nota del 25.5.2011.

2. Il Giudice di prime cure escludeva la sussistenza della propria giurisdizione *in subiecta materia* in ragione della disciplina contenuta nel testo dell'art. 133, comma 1, lett. c) c.p.a., elaborato all'indomani della pronuncia della Corte cost. n. 204/2004 sull'art. 33 d.lgs. 80/98. Secondo il TAR, infatti, non appariva revocabile in dubbio che l'azione odierna di accertamento e condanna dell'amministrazione intimata al pagamento di somme asseritamente dovute a titolo di indicizzazione dei contributi di esercizio per il servizio di trasporto pubblico regionale effettuato nell'interesse dell'Ente convenuto nel periodo suindicato, maturate successivamente al contratto ponte sottoscritto nel 2003, ovvero a titolo di revisione dei prezzi relativi al medesimo servizio, si configurasse a tutti gli effetti come una pretesa di corrispettivo originata da una lite sull'interpretazione, sull'applicazione e sulla validità dei contratti accessivi alla concessione rinnovati di anno in anno a partire dal 2003, a nulla valendo in contrario, ma, anzi, corroborando vieppiù la tesi dell'eccezione alla cognizione del G.A., la circostanza che fosse dedotto anche l'annullamento o la declaratoria di nullità di una clausola dei contratti, per la parte in cui non avrebbero consentito tali indicizzazioni o revisioni dei prezzi. Mentre nella fattispecie in esame non poteva trovare spazio applicativo la disciplina, del riparto di giurisdizione in materia di revisione dei prezzi negli appalti di lavori pubblici. Il primo Giudice rammentava come in questo senso si fossero anche espresse le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza dell'11 gennaio 2011, n. 397: "*non rileva che si versi in materia di pubblici servizi, occorrendo pur sempre, per radicare la giurisdizione del giudice amministrativo, che la pubblica amministrazione agisca esercitando il suo potere autoritativo (C. Cost. 2004/204) e che comunque non si tratti di corrispettivi, qualifica, questa, inclusiva anche dei contributi di esercizio a favore delle imprese di trasporti locali in concessione (S.U. n. 12372 del 2008)", con l'ulteriore considerazione per cui "ribadendo quanto già affermato da queste S.U. con sentenze n. 27618 del 21/11/2008, e n. 13338 del 01/06/2010, va osservato che il presupposto della insorgenza della giurisdizione ordinaria è nell'inesistenza di una discrezionalità amministrativa nella determinazione della entità del credito controverso*". La Cassazione, nella citata sentenza n. 397 del 2011, puntualizzava che: "*È irrilevante che il diritto soggettivo possa insorgere all'esito di un procedimento di accertamento dei suoi presupposti legali (il disavanzo standardizzato o il disavanzo effettivo), essendo sufficiente a radicare la giurisdizione del giudice ordinario la circostanza che non siano ravvisabili nel procedimento di accertamento momenti di ponderazione comparativa degli interessi privati e pubblici in gioco". Ha quindi precisato che "Inoltre la controversia non è riconducibile alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo già prevista dalla L. 24*

dicembre 1993, n. 537, art. 6, essendo stata detta norma abrogata dal D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 256, mentre l'omologa norma dell'art. 244 di tale D.Lgs., che attribuisce la giurisdizione esclusiva al g.a. in tema di clausola di revisione prezzi, non può essere applicata in relazione al servizio al pubblico di autotrasporto, stante l'art. 23 che espressamente dispone che "Il presente codice non si applica agli appalti delle stazioni appaltanti relativi alla prestazione di un servizio al pubblico di autotrasporto mediante autobus, già esclusi dal campo di applicazione della direttiva 93/38/CEE in virtù dell'art. 2, paragrafo 4, della stessa". Il TAR per la Campania evidenziava ancora come la stessa pronuncia della Cassazione n. 397 del 2011. avesse pure esaminato la questione della possibile incidenza, sul piano del riparto, della deduzione della nullità di una clausola contrattuale ostativa all'adeguamento, escludendo tale incidenza, nel senso che: "*È vero che la parte ricorrente ha chiesto anche la dichiarazione di parziale nullità del contratto di servizio per violazione di legge, essendo a suo dire le clausole contrattuali relative al compenso in contrasto con norme imperative sia della legislazione comunitaria che di quella nazionale e regionale. Tuttavia il rapporto contrattuale, che si ritiene in ipotesi parzialmente nullo, non riguarda poteri autoritativi della p.a. L'asserita nullità denunciata dalla parte ricorrente al Tar non deriva dalla violazione di qualche norma riguardante il procedimento per la scelta dell'aggiudicatario, ma le clausole contrattuali. Dunque non vi è comunque alcuna connessione tra tale presunto vizio e aspetti pubblicistici o autoritativi riguardanti i provvedimenti presupposti al rapporto privatistico intercorrente tra l'ente locale e l'impresa*".

3. L'odierno gravame contesta la ricostruzione operata dal primo Giudice, che portava alla declaratoria del difetto di giurisdizione del g.a., articolando le seguenti censure: 1) la sentenza di questo Consiglio n. 5954/2010 avrebbe accolto analoga domanda per gli anni 2004-2006, fondando la giurisdizione del g.a. sulla scorta dell'art. 6, comma 19, l. 537/1993, coma modificato dall'art. 44, l. 724/1994. La sentenza impugnata, invece, avrebbe erroneamente fatto riferimento all'art. 133 comma 1 lett. c) c.p.a., mentre avrebbe dovuto porre mente al dettato dell'art. 133, comma 1) lett. e) punto 2, che avrebbe assorbito la previsione del citato art. 6, non più vigente. Infatti, le disposizioni del citato art. 6, sarebbero state trasfuse in parte nell'art. 115, d.lgs. 163/2006, per quanto attiene alle disposizioni precettive; ed in parte, nell'art. 244, d.lgs. 163/2006, per quanto attiene alla previsione della giurisdizione esclusiva del g.a. A seguito dell'entrata in vigore del c.p.a. l'art. 244 , d.lgs. 163/2006, è stato abrogato e la norma, ereditata dal citato art. 6, trasfusa nell'art. 133 comma 2, lett. e) punto 2, c.p.a. Una simile operazione, però, non sarebbe priva di censure in quanto il Codice dei contratti pubblici adottato sulla base della legge delega n. 65/2005, avrebbe dovuto attenersi a criteri meramente compilativi di trasposizione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, non essendo autorizzato, pertanto, il legislatore delegato ad adottare norme modificative di quelle già vigenti. Da qui, la conseguenza che se si dovesse ritenere che il testo dell'art. 133 c.p.a., nella misura in cui recepisce l'art. 244, d.lgs. 163/2006, militi per l'assenza di giurisdizione esclusiva del g.a., quest'ultimo come l'art. 115 d.lgs, 163/2006, risulterebbero incostituzionali per violazione degli artt. 3, 97 e 103 cost., nonché per eccesso di delega non essendo autorizzato il Governo ad abrogare l'art. 6, l. 537/1993. Mentre, il mancato richiamo dell'art. 206 d.lgs. 163/2006, nell'art. 133 comma 1 lett. e) punto 2 sarebbe una svista del legislatore, prevedendosi la giurisdizione esclusiva nei settori speciali in tema di revisione in assenza di una norma che la impone. Ad analoga conclusione dovrebbe giungersi se si ritenesse che si sia in presenza di una concessione, poiché l'art. 30, comma 7 rinvia alla parte IV del Codice dei contratti pubblici, nel quale è compreso l'art. 244 cod. contr. Né varrebbe il richiamo a Cass. SSUU 397/2011 poiché le stesse SSUU avrebbero posto in essere un *revirement* con alcune ordinanze e tra queste Cass. n. 4886/2012. Pertanto, qualora non dovesse utilizzarsi la suddetta esegesi costituzionalmente rilevante, dovrebbero rimettersi gli atti alla Corte costituzionale per la decisione della questione sopra proposta; 2) erronea sarebbe anche la sentenza impugnata nella parte in cui ha

ritenuto che l'art. 23, d.lgs. 163/2006, non si applichi al servizio di autotrasporto pubblico mediante autobus ai sensi dell'art. 2 par. 4, dir. 93/38. In realtà il servizio posto in essere dall'appellante rientrerebbe nell'art. 210, d.lgs. 163/2006, pertanto, il riferimento corretto sarebbe al par. 2 dell'art. 2, dir. 93/38.

3.1. Infine, l'appellante ripropone i motivi non esaminati dal Giudice di prime cure.

4. Le difese dell'amministrazione provinciale controbattono agli argomenti dell'appellante, insistendo per la reiezione dell'atto di gravame in quanto: a) vi sarebbe acquiescenza alla decisione, perché in relazione alla sentenza emessa dal TAR Campania, n. 333/2013, per ottenere le compensazioni l'appellante si è rivolta al g.o.; b) l'incidente di costituzionalità relativo all'art. 115 cod. contr. non sarebbe rilevante, perché norma che non viene ad essere utilizzata nella controversia *de qua*; c) nella controversia in esame il *petitum* sostanziale sarebbe rappresentato da un diritto soggettivo; d) infondati sarebbero i motivi riproposti in appello. Inoltre, con lo stesso atto la Provincia di Caserta spiega azione di manleva nei confronti della Regione e riconvenzionale nei confronti dell'appellante.

5. Con memoria depositata il 31 ottobre 2013, l'appellante ribadisce le proprie argomentazioni, facendo altresì notare che la sentenza di questa stessa Sezione, n. 1755/2013, statuiva in materia la presenza della giurisdizione del g.a., tanto che in caso di dubbio l'odierno giudicante dovrebbe rimettere gli atti all'Adunanza Plenaria di questo Consiglio. Inoltre, fa presente che non vi sarebbe la possibilità di desumere un'acquiescenza rispetto alla statuizione impugnata dall'essersi rivolta la stessa Società al g.o. per la controversia intrattenuta con le stesse parti in tema di compensazioni, trattandosi di pronunce distinte che hanno ad oggetto differenti *petita*.

6. Infine, in data 7 novembre 2013 la Regione Campania deposita memoria difensiva.

7. Preliminarmente, il Collegio osserva che non si può tenere conto della memoria depositata in data 7 novembre 2013 dalla Regione Campania, atteso che la stessa è fuori termine, non essendo rispettato il termine di dieci giorni liberi, necessari ai sensi del combinato disposto dell'art. 105, comma 2 e 87 comma 3 c.p.a..

7.1. Inoltre, deve osservarsi che non è possibile desumere un'acquiescenza alla statuizione, in questa sede contestata, dall'iniziativa giurisdizionale intrapresa dinanzi al g.o., poiché come correttamente replicato dall'appellante si è in presenza di pronunce distinte che hanno ad oggetto differenti *petita*.

8. Ancora deve osservarsi come il presente giudizio ha ad oggetto soltanto la statuizione inerente il difetto di giurisdizione dichiarato dal primo Giudice e non si estende, invece, al merito della presente controversia. Infatti, l'art. 105, comma 1, c.p.a. stabilisce che nel caso in cui oggetto dell'appello dinanzi al Consiglio di Stato sia una sentenza del TAR, che ha declinato la giurisdizione del g.a., il provvedimento adottato in caso di accoglimento del gravame è quello della riforma della sentenza del primo Giudice con rimessione degli atti a quest'ultimo. Stessa conclusione vale, ovviamente, nel caso in cui il Consiglio ritenga infondate le censure contenute nell'appello e, quindi, concordi con il primo Giudice per l'insussistenza della giurisdizione del g.a.

9. Così perimetrata la controversia, deve anticiparsi che l'appello in esame non può essere accolto atteso che nella controversia in esame non sussiste la giurisdizione del g.a. Al riguardo, prima di scendere nel dettaglio dei motivi che conducono ad una simile conclusione, deve ricordarsi che il criterio di riparto di giurisdizione recepito in Costituzione è fondato sul cd. petitum sostanziale, indipendentemente dalla prospettazione attorea. In questo senso, ex plurimis, Cass. civ., Sez. Un., 11 ottobre 2011, n. 20902: "*Ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo rileva non tanto la prospettazione compiuta dalle parti, quanto il "petitum" sostanziale, che va identificato soprattutto in funzione della "causa petendi", ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio*".

10. Quanto alla richiesta di rimessione della presente controversia all'Adunanza Plenaria di questo Consiglio ai sensi dell'art. 99 c.p.a., per il profilarsi di un possibile contrasto tra l'emananda pronuncia e le sentenze di questo

Consiglio n. 5954/2010 e n. 1755/2013, il Collegio ritiene che non ne sussistano i presupposti. Infatti, da un lato, in nessuna delle suddette sentenze vi è un'affermazione in ordine alla presenza o assenza della giurisdizione del g.a., non essendo stata proposta al Consiglio analoga questione; dall'altro, in entrambi i casi non risultava operante l'art. 133 c.p.a., quindi anche i parametri normativi di riferimento risultano dissimili, conseguentemente nessun rischio di contrasto viene in alcun modo a delinearsi. Ancora, trattandosi di pronunce rese da questa Sezione, un eventuale contrasto dovrebbe essere risolto al suo interno senza possibilità di essere rimesso all'esame, così dovendosi interpretare il dettato dell'art. 99, comma 1, c.p.a.

11. Venendo alla prima delle due doglianze prospettate con l'odierno gravame, la ricostruzione già esposta *sub* 3., può essere sintetizzata nei seguenti termini: la disposizione contenuta nell'art. 6, comma 19, l. 537/1993, che fondava la giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di revisione periodica dei prezzi, deve ritenersi attualmente inserita nell'art. 133, comma 2, lett. e), punto 2, c.p.a. Infatti, l'art. 115 d.lgs. 163/2006, avrebbe recepito la previsione sostanziale del citato art. 6 e l'art. 244, d.lgs. 163/2006, quella fondativa della giurisdizione esclusiva del g.a., poiché la legge delega 65/2005, non autorizzava il legislatore del Codice dei contratti pubblici a modificare la normativa vigente. A seguito dell'entrata in vigore del c.p.a., la previsione dell'art. 244, d.lgs. 163/2006, sarebbe, infine, stata assorbita dall'art. 133, c.p.a., che per mera svista legislativa non recherebbe un riferimento all'art. 206, d.lgs. 163/2006. Un'esegesi di segno opposto obbligherebbe a sottoporre alla Consulta la questione di costituzionalità degli artt. 115 d.lgs. 163/2006 e 244, d.lgs. 163/2006, come poi recepito dall'art. 133, comma 2, lett. e), punto 2, c.p.a. per violazione degli artt. 3, 76, 77, 97 e 103 cost.

11.1 La soluzione della controversia in esame, anche sotto il profilo dell'ammissibilità della questione di costituzionalità proposta nell'odierno giudizio, passa attraverso la precisa individuazione della norma vigente alla data (6 dicembre 2011) della proposizione del ricorso di primo grado e contenente la disciplina in materia di riparto di giurisdizione tra g.o. e g.a. La norma di riferimento è rappresentata dall'art. 133 c.p.a. ed in particolare dal comma 1 lett. c) e dal comma 1 lett. e) punto 2). Le norme in questione stabiliscono che la giurisdizione esclusiva del g.a. riguarda, rispettivamente, "*le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità*;" e le controversie "*relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell' articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto*". Le disposizioni in questione sono state adottate dal legislatore delegato sulla base dell'art. 44 della legge n. 69/2009, che annovera tra i principi ispiratori: "*b) disciplinare le azioni e le funzioni del giudice:...1) riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni;*". L'art. 133, c.p.a. non ha, quindi, mera natura ricognitiva delle disposizioni previgenti che delimitavano la giurisdizione esclusiva del g.a., ma ha natura innovativa rispetto al precedente panorama normativo, risultando chiaramente ispirato al rispetto delle coordinate indicate dalla Corte costituzionale nella lettura della locuzione: "*particolari materie*" utilizzata dall'art. 103 cost. ed al suo interno non sono rinvenibili le "sviste" denunciate dall'odierno appellante. In particolare, va rammentato che Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162, si è già pronunciato sull'art. 44, commi 1 e 2, della legge n.69 del 2009, precisando che: "*...il legislatore delegato, nel momento in cui interveniva in modo innovativo sul*

riparto di giurisdizione tra giudici ordinari e giudici amministrativi, doveva tenere conto della «giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori» nell'assicurare la concentrazione delle tutele, secondo quanto prescritto dalla legge di delega (art. 44, commi 1 e 2, della legge n.69 del 2009)". Nella fattispecie il legislatore delegato si è attenuto alle indicazioni offerte proprio da Corte cost., n. 204/2004, riducendo la portata della giurisdizione esclusiva del g.a., riordinando le materie di giurisdizione esclusiva del g.a. anche rispetto alle altre giurisdizioni. Né può concludersi che l'art. 115 d.lgs. 163/2006, abbia recepito *tout court* la previsione sostanziale in materia di revisione prezzi contenuta nell'art. 6, l. 537/1993, poiché il citato art. 115 ha estensione oggettiva più limitata rispetto a quella prima abbracciata dal suddetto art. 6, come dimostra lo stesso art. 23 del d.lgs. n. 163/2006, che non a caso esclude l'applicazione del codice dei contratti agli appalti aventi ad oggetto la prestazione di un servizio al pubblico di autotrasporto mediante autobus.

11.2. Sicchè vanno esaminate le questioni di costituzionalità proposte dall'odierno appellante in merito alla legittimità costituzionale dell'art. 115 d.lgs. 163/2006, come sull'interpretazione dell'art. 244 d.lgs. 163/2006, che, però, appaiono inammissibili. Con la nuova disciplina del c.p.a. il legislatore delegato, sulla scorta di una corrispondente delega, ha, infatti, inteso rideterminare, all'interno del perimetro di discrezionalità disegnato dalla Carta costituzionale a favore del legislatore ordinario, la latitudine della giurisdizione del g.a., innovando il sistema con una chiara cesura di continuità in omaggio alle indicazione fornite nella sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004. Da ciò deriva l'inammissibilità della questione di legittimità proposta nei confronti dell'art. 244, d.lgs. 163/2006, atteso che l'art. 133 c.p.a., come detto, non si limita a recepire le disposizioni processuali provenienti dall'art. 6, l. 537/1993 e poi trasfuse nel citato art. 244. Infatti, si è in presenza di disposizioni munite di chiara autonomia e nella fattispecie in esame è l'art. 133 c.p.a. a rappresentare la norma di riferimento sulla quale non possono riversarsi questioni di costituzionalità aventi ad oggetto le disposizioni contenute nei citati artt. 6, l. 537/1993 e 244, d.lgs. 163/2006. Stessa sorta merita anche la questione di costituzionalità paventata in ordine all'art. 115, d.lgs. 163/2006, in relazione agli artt. 3, 76, 77 e 103 cost., poiché la volontà legislativa di escludere la fattispecie in esame dal novero delle controversie appartenenti alla giurisdizione esclusiva del g.a. non può farsi risalire all'esercizio del potere legislativo concretizzatosi con l'adozione del citato art. 115, quanto piuttosto a quello manifestatosi con l'adozione dell'art. 133 c.p.a.

11.3. Infondate risultano, invece, le questione di costituzionalità per violazione degli artt. 3, 76, 77 e 103 cost., se si intendono riferite direttamente all'art. 133 c.p.a. La delega conferita al legislatore del codice del processo amministrativo fa apparire manifestamente infondata la supposta violazione degli artt. 76 e 77 cost., perché proprio l'art. 133 c.p.a. è espressione di quell'indicazione operata dal legislatore delegante circa la necessità di un riordino delle materie assegnate alla giurisdizione esclusiva del g.a. in omaggio all'insegnamento operato dalla Corte costituzionale, specie con la citata sentenza n. 204/2004. Quanto, invece, alla supposta violazione degli artt. 3 e 103 cost., appare evidente come, specie in omaggio ai precetti fatti propri dalla citata sentenza della Corte costituzionale che ha posto in luce che la giurisdizione esclusiva del g.a. non può essere sganciata dall'esercizio di un potere autoritativo, le questioni di carattere strettamente privatistico quali la richiesta di annullamento o la declaratoria di nullità della clausola contrattuale in materia di servizio di trasporto pubblico di linea sono in conformità con l'architettura costituzionale rimessi all'ordinaria giurisdizione del g.o. Non va dimenticato, infatti, che la previsione di controversie affidate alla giurisdizione esclusiva del g.a. ai sensi dell'art. 103 comma 1 cost., nella misura in cui derogano all'ordinario criterio di riparto fondato sulla dicotomia tra diritto soggettivo e interesse legittimo, è ammessa solo in quelle "*particolari*" materie individuate dal legislatore. Pertanto, a fronte di una controversia che ha ad oggetto posizioni di diritto soggettivo ed in costanza di un sistema complessivo che ha raggiunto un equilibrio del livello delle tutele, non appare ammissibile introdurre sospetti di incostituzionalità

sulla scorta dei parametri della violazione del principio di eguaglianza sostanziale ovvero di effettività della tutela giurisdizionale, posto che differente appare la disciplina sostanziale di riferimento. Specie se si pone mente al fatto che l'esegesi prescelta in questa sede conserva la giurisdizione al giudice naturale delle controversie in materia di diritto soggettivo. Pertanto, il legislatore del codice del processo amministrativo nel delimitare la giurisdizione esclusiva nel citato comma 1 lett. c) ed e), ha operato all'interno dei parametri costituzionali, ed ha fatto rinvio puntuale alle sole disposizioni vigenti degli artt. 115 e 133 commi 3 e 4, d.lgs. 163/2006, con formula chiara, che non si presta all'erronea ricostruzione svolta nell'odierno appello, e dalla quale resta esclusa la controversia in esame. Nello stesso senso del resto milita anche la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione che, da un lato, ha affermato la giurisdizione del g.a. con riferimento alle controversie in tema di modifiche o deroghe al prezzo chiuso nei contratti di appalti pubblici - analogamente a quelle, contigue, sulla revisione del prezzo, dalle quali si distinguono solo per la mancanza di una clausola contrattuale, individuando una linea di continuità tra l'art. 6, L. 24 dicembre 1993, n. 537 e l'art. 133 c.p.a. (Cass., 19567/2011; 13892/2009). Dall'altro, nella vigenza dell'abrogato art. 244 d.lgs. 163/2006, ha affermato che: "*La domanda, avanzata da un'impresa concessionaria di servizi di trasporto pubblico nella Regione Veneto, di adeguamento dei contributi dovuti dall'ente territoriale, secondo il criterio dei costi effettivi sostenuti e non di quelli standardizzati o forfettari, in quanto fondata sulla richiesta di diretta applicazione del Reg. CE n. 1191 del 1969, come modificato dal Reg. CE n. 1893 del 1991, è assoggettata alla giurisdizione del giudice ordinario, non essendo ravvisabili, nel procedimento amministrativo di accertamento del "quantum", momenti di valutazione comparativa degli interessi privati e pubblici in gioco ma esclusivamente l'applicazione di un parametro di natura normativa, di cui si contesta la corretta applicazione, ed essendo, conseguentemente, qualificabile come diritto soggettivo ad ottenere l'adempimento di un'obbligazione pecuniaria la posizione giuridica soggettiva astrattamente azionata. Ne consegue che, a tal riguardo, è irrilevante la riconduzione della controversia nella materia dei pubblici servizi, mancando l'esercizio di un potere autoritativo della P.A., né opera l'art. 244 del d.lgs n. 163 del 2006 (codice degli appalti pubblici) che, in materia di revisione prezzi, attribuisce la giurisdizione al giudice amministrativo, essendo esclusa, per espressa previsione di cui all'art. 23 del medesimo d.lgs., la prestazione di servizi di pubblico trasporto dall'ambito di applicazione del citato "codice degli appalti pubblici*". Né come erroneamente affermato dall'appellante sarebbe intervenuto un *revirement* da parte delle Sezioni Unite della Cassazione rispetto all'orientamento sposato da Cass., Sez. Un., n. 397/2011, con l'ordinanza n. 4886/2012, avente ad oggetto la richiesta di riconoscimento di somme a titolo di compensazione di disavanzi di esercizio avanzata da esercente servizio di trasporto pubblico locale su gomma, resa dalle stesse Sezioni Unite, che al contrario, dà continuità al suddetto precedente, come testimonia il testo della stessa ordinanza che precisa come: "*...il relatore ha ritenuto doversi proporre al Collegio di dare continuità all'indirizzo formulato dalle Sezioni Unite nell'anno 2010 (S.U. nn. 13338-22621 del 2010), ribadito dalle decisioni da 397 a 400 del 2011 e riaffermato anche con riguardo alle pretese di alcune imprese esercenti l'autotrasporto nella Regione Veneto, dalla ordinanza 5168 del 2011 ed ancora, e da ultimo, confermato nella ordinanza 15241 del 2011. Ha pertanto proposto la affermazione, anche nella vicenda sottoposta, della giurisdizione del Giudice Ordinario...Ritiene il Collegio che la proposta del relatore meriti piena condivisione, la sua persuasività non*

essendo revocata in dubbio dai rilievi critici mossi dalla Impresa in memoria.

Ed invero, tanto le sentenze del 2010 quanto le decisioni del 2011 hanno preso le mosse dal principio posto, in piena continuità con i precedenti pronunziati (in particolare n. 15216 del 2006, n. 12372 del 2008 e n. 3685 del 2009), dalla sentenza n. 27618 del 2008 delle S.U. di questa Corte, che ha individuato il presupposto della insorgenza della giurisdizione nella inesistenza di una discrezionalità amministrativa nella determinazione della

entità del credito controverso alla stregua dei criteri tecnici posti dalle successivi norme".

11.4. Infine, inammissibile appare in questa sede la prospettata questione di costituzionalità dell'art. 115 d.lgs. 163/2006, in relazione alla presunta violazione dell'art. 97 cost., poiché la doglianza in ordine alla mancata reiterazione della disciplina in tema di revisione prezzi contenuta nell'art. 6, l. 537/1993 da parte del citato art. 115, potrà essere valutata solo dal giudice munito di giurisdizione.

12. A questo punto resta da esaminare la seconda censura alla pronuncia gravata, ossia quella che fonda sull'interpretazione dell'art. 23 d.lgs. 163/2006, che se comprendesse nel suo rinvio anche il servizio di trasporto pubblico su autobus, comporterebbe l'estensione anche alla fattispecie *de qua* dell'art. 115 d.lgs. 163/2006, con la conseguente presenza, anche secondo l'attuale formulazione dell'art. 133, comma 1, lett. e) punto 2), della giurisdizione esclusiva del g.a. nella presente controversia. La soluzione passa attraverso l'interpretazione dell'art. 2, della direttiva comunitaria 93/38, sostituito dall'art. 5, della direttiva 2004/17. Il testo del citato art. 23, recita: "*Il presente codice non si applica agli appalti delle stazioni appaltanti relativi alla prestazione di un servizio al pubblico di autotrasporto mediante autobus, già esclusi dal campo di applicazione della direttiva 93/38/CEE in virtù dell'articolo 2, paragrafo 4, della stessa*". Il suddetto art. 2, par. 4, dispone che: "*La fornitura al pubblico di un servizio di trasporto mediante autobus non è considerata come un'attività ai sensi del paragrafo 2, lettera c), qualora altri enti possano liberamente fornire tale servizio, sul piano generale o in una zona geografica circoscritta, alle stesse condizioni previste per gli enti aggiudicatori*.". La disciplina comunitaria complessiva va, quindi, ricavata dal confronto tra il par. 2 lettera c) e il par. 4 del citato art. 2. Secondo la ricostruzione proposta dall'appellante, infatti, si tratterebbe di "*gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, sistemi automatici, tranvia, filovia, autobus o cavo. Per quanto riguarda i servizi di trasporto, è considerata come rete quella in cui il servizio viene fornito in base a condizioni stabilite da una autorità competente di uno Stato membro, quali le condizioni relative ai percorsi da effettuare, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio*". L'impostazione dell'appellante porta a ritenere che il par. 4 fa riferimento alle attività di servizio di trasporto mediante autobus aperte al regime della concorrenza, mentre quella svolta dalla Società appellante rientrerebbe tra le attività dirette alla gestione delle reti, quindi sotto l'ombrello del par. 2 e non del par. 4. L'esegesi proposta, però, non convince perché la nozione di "*reti*" non può essere genericamente identificata con tutto ciò che occorra per garantire il servizio pubblico, bensì con quelle infrastrutture fisse, che normalmente non risultano facilmente riproducibili, se non con rilevante e non conveniente dispendio di risorse finanziarie. La gestione delle reti suppone, quindi, un rapporto di strumentalità rispetto all'erogazione del servizio al pubblico. Pertanto, nella fattispecie l'attività posta in essere dall'appellante appare proprio essere quella descritta dal par. 4 dell'art. 2, della direttiva 93/38. Sicché anche questa censura non coglie nel segno.

13. Inevitabile appare, quindi, respingere l'appello in esame, nella complessità delle questioni trattate si rinvengono eccezionali ragioni che inducono a compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

lo respinge.

Spese compensate

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/01/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)