

RELAZIONE AVV. PUCCIARIELLO

25.10.18

Terzo valico dei Giovi

1. Descrizione dell'opera	2
2. La regolamentazione dei rapporti con il consorzio secondo la convenzione	5
2.1 La regolamentazione secondo la convenzione originaria	6
Sul piano del contenuto degli obblighi	6
Sul piano della responsabilità verso i terzi:	7
2.2. le sopravvenienze normative e contrattuali succedutesi e primi profili di contenzioso.	7
2.3 L'accordo integrativo del 2011	10
2.4 le successive modificazioni dell'atto integrativo	11
3. Valutazione dell'esercizio di potere manutentivo o risolutivo del contratto di convenzione.	15

1. Descrizione dell'opera.

L'opera trae origine dalla **Convenzione** del 16.03.1992 TAV (oggi RFI) /Consorzio COCIV¹.

Il Terzo Valico dei Giovi è una nuova linea ad alta capacità veloce che si prefigge l'obiettivo di potenziare i collegamenti ferroviari tra il sistema portuale ligure e dell'alto Tirreno con il nord del paese e il centro nord d'Europa (Rotterdam e Anversa). La linea, nell'ambito del sistema Alta Velocità/Alta Capacità lungo l'asse Milano-Genova, fa parte del Core Network Corridor Reno-Alpi, che collega le regioni europee più densamente popolate e a maggior vocazione industriale.

¹ L'art. 13, commi 9 quinquiesdecies e sexiesdecies (quest'ultimo come modificato dal d.l. 112/2008), ha diposto: "8-quinquiesdecies. Al fine di consentire che la realizzazione del Sistema alta velocità avvenga tramite affidamenti e modalità competitivi conformi alla normativa vigente a livello nazionale e comunitario, nonché in tempi e con limiti di spesa compatibili con le priorità e i programmi di investimento delle infrastrutture ferroviarie, nel rispetto dei vincoli economici e finanziari imposti dal decreto legislativo 8 luglio 2003, n. 188, al gestore dell'infrastruttura ferroviaria nazionale e degli impegni assunti dallo Stato nei confronti dell'Unione europea in merito alla riduzione del disavanzo e del debito pubblico:

a) sono revocate le concessioni rilasciate alla TAV S.p.A. dall'Ente Ferrovie dello Stato il 7 agosto 1991 limitatamente alla tratta Milano-Verona e alla sub-tratta Verona-Padova, comprensive delle relative interconnessioni, e il 16 marzo 1992 relativa alla linea Milano-Genova, comprensiva delle relative interconnessioni, e successive loro integrazioni e modificazioni;

b) è altresì revocata l'autorizzazione rilasciata al Concessionario della Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. all'articolo 5 del decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione 31 ottobre 2000, n. 138 T, e successive modificazioni e integrazioni, nella parte in cui consente di proseguire nel rapporto convenzionale con la società TAV S.p.A. relativo alla progettazione e costruzione della linea Terzo valico dei Giovi/Milano-Genova, della tratta Milano-Verona e della sub-tratta Verona-Padova. (53)

8-sexiesdecies. Per effetto delle revoche di cui al comma 8-quinquiesdecies i rapporti convenzionali stipulati da TAV S.p.A. con i contraenti generali in data 15 ottobre 1991 ed in data 16 marzo 1992 continuano senza soluzione di continuità, con RFI S.p.A. e i relativi atti integrativi prevedono la quota di lavori che deve essere affidata dai contraenti generali ai terzi mediante procedura concorsuale conforme alle previsioni delle direttive comunitarie."

Gli interventi consistono nella realizzazione di una nuova linea a doppio binario avente caratteristiche AV/AC tra Genova e Tortona e delle interconnessioni con la linea storica Milano-Genova e con la linea Alessandria – Novi Ligure. La nuova infrastruttura si sviluppa per una lunghezza di circa 53 km, prevalentemente in galleria, ed oltre 14 km di linee di interconnessione con la rete esistente, al fine di assicurare il collegamento diretto a sud con il Nodo di Genova, i bacini portuali e la linea Genova-Ventimiglia, e a nord, nelle direzioni di Torino, Novara, Milano e Piacenza, con le linee convenzionali in prossimità di Novi Ligure e di Tortona.

L'Opera è realizzata per lotti costruttivi, per i quali il finanziamento è disposto, per norma e in via prioritaria, dal CIPE e diviene efficace al momento della registrazione della relativa delibera.

Il costo a vita intera dell'Opera è di 6.158 milioni di €.

Con DPCM in data 24 dicembre 2015, è stato conferito alla Dott.ssa Iolanda Romano, l'incarico di Commissario straordinario per la realizzazione dell'intervento relativo al Terzo Valico dei Giovi, la quale nell'ambito dell'interlocuzione avviata con la Regione Piemonte e gli EE.LL. interessati- ai sensi delle disposizioni espresse dall'articolo 126 del decreto Correttivo del Codice Appalti (D.Lgs 19/4/2017 n. 56- si è fatta promotrice del **Protocollo d'Intesa** sottoscritto in data 12.09.2016 dal Ministro delle Infrastrutture, dalla Regione Piemonte, dalla Provincia di Alessandria, dai comuni Piemontesi interessati dalla realizzazione dell'Opera e da RFI) e **dell'Addendum al Protocollo** (sottoscritto in data 22.05.2017 fra Commissario di governo, Regione Piemonte e comuni Piemontesi interessati dalla realizzazione dell'Opera comuni e RFI) per la realizzazione del "Progetto condiviso di sviluppo del territorio piemontese per valorizzare le opportunità legate alla Linea AC/AV Terzo Valico dei Giovi".

Fasi realizzative: I Lotti Costruttivi² 1, 2, 3 e 4 sono finanziati ed in fase di realizzazione. Il 5° Lotto Costruttivo è stato recentemente finanziato e ne è stato autorizzato l'avvio dei lavori.

Con la **Convenzione** del 16.03.1992 (di seguito "Convenzione") TAV (oggi RFI) ha affidato al Consorzio COCIV, in qualità di General Contractor, la progettazione e la realizzazione della linea³.

Con Deliberazione CIPE n. 84/2010, in data 18.11.2010⁴ è stata approvata l'opera per un costo complessivo di 6.200 milioni di euro;

² Previsti in numero di sei, giusta deliberazione CIPE 84/2010. V. infra.

³ La **Convenzione** del 16.03.1992 TAV (oggi RFI) /Consorzio COCIV è seguita da Atto integrativo del 11 novembre 2011 tra RFI e COCIV (in cui si prevede che i successivi lotti vengono contrattualizzati solo a seguito di comunicazione, da parte di RFI a COCIV che sono state Assegnate a RFI le ulteriori tranches di finanziamento). Atto modificativo dell'atto integrativo, 31.12.2014; Addendum all'atto modificativo dell'atto integrativo, del 7 agosto 2015; Atto modificativo 2 maggio 2017.

⁴ Con **Deliberazione n. 84/2010**, in data 18.11.2010, il **CIPE** ha previsto, ai sensi dell'articolo 2, commi 232 e seguenti, della legge 23 dicembre 2009, n. 191 (legge finanziaria 2010), la realizzazione della tratta AV/AC

Essa è strutturata in 6 lotti costruttivi (detti anche “non funzionali”), così suddivisi:

1° lotto 500 milioni (Del. CIPE 84/2010)

2° lotto 1.100 milioni (Del. CIPE 89/2011) >>>ridotta con Del CIPE 22/2013 a 860 milioni

3° lotto previsto per 1.430 milioni >>>> cifra ridotta con Del CIPE 56/2015 a 607 milioni

4° lotto 1.630 milioni (Del. CIPE 42/2016)

5° lotto 1.508 milioni (Del. CIPE 82/2017)

Conclusione prevista dell’Opera: 2022-2023

I rapporti sono regolati da Contratti di programma⁵, nella specie, contratto di programma

Terzo Valico dei Giovi con la **suddivisione** dell’opera, da un punto di vista tecnico, economico e temporale, in **6 Lotti Costruttivi**, approvando il **costo complessivo di 6.200 milioni di euro** ed **autorizzando il Primo Lotto** Costruttivo dell’opera, del valore di 500 milioni di euro.

⁵ Ai sensi dell’art. 14, del d.lgs. 188/03, “1. I rapporti tra il gestore dell’infrastruttura ferroviaria e lo Stato sono disciplinati da un atto di concessione e da un contratto di programma. Il contratto di programma è stipulato per un periodo minimo di tre anni, nei limiti delle risorse annualmente iscritte nel bilancio dello Stato, nel rispetto dei principi di indipendenza patrimoniale, gestionale e contabile dallo Stato, di economicità in relazione alla qualità del servizio prestato e di programmazione delle attività, degli investimenti e dei finanziamenti, mirante alla realizzazione dell’equilibrio finanziario e degli obiettivi tecnici e commerciali, indicando i mezzi per farvi fronte.

2. Nel contratto di programma di cui al comma 1 è disciplinata nei limiti delle risorse annualmente iscritte nel bilancio dello Stato la concessione di finanziamenti per far fronte a nuovi investimenti, alla manutenzione ed al rinnovo dell’infrastruttura ferroviaria, ai fini del miglioramento della qualità dei servizi, dello sviluppo dell’infrastruttura stessa e del rispetto dei livelli di sicurezza compatibili con l’evoluzione tecnologica.

3. Nel contratto di programma di cui al comma 1 può essere altresì prevista, nei limiti delle risorse annualmente iscritte nel bilancio dello Stato, la concessione di un indennizzo al gestore dell’infrastruttura ferroviaria per le perdite finanziarie conseguenti alla assegnazione di capacità di infrastruttura ferroviaria per la prestazione dei servizi nell’interesse della collettività definiti dal regolamento (CEE) n. 1191/69 del 26 giugno 1969, del Consiglio, e successive modifiche ed integrazioni, ovvero conseguenti alla assegnazione di capacità di infrastruttura ferroviaria specificamente finalizzata a favorire lo sviluppo dei trasporti ferroviari delle merci.

4. Nel contratto di programma di cui al comma 1, tenendo in debito conto la necessità di garantire il conseguimento di elevati livelli di sicurezza, l’effettuazione delle operazioni di manutenzione, nonché il miglioramento della qualità dell’infrastruttura e dei servizi ad essa connessi, sono previsti, nei limiti delle risorse annualmente iscritte nel bilancio dello Stato, incentivi al gestore per ridurre i costi di fornitura dell’infrastruttura e l’entità dei diritti di accesso.

5. Nell’ambito della politica generale di Governo, il gestore dell’infrastruttura ferroviaria è tenuto all’elaborazione ed all’aggiornamento di un piano di impresa comprendente i programmi di finanziamento e di investimento, da sottoporre all’approvazione dell’azionista e da trasmettere al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Il piano ha lo scopo di garantire l’uso e lo sviluppo ottimali ed efficienti dell’infrastruttura, assicurando al tempo stesso l’equilibrio finanziario e prevedendo i mezzi per conseguire tali obiettivi”. Tale disposizione è stata sostituita dall’art. 15, del d.lgs. 112/2015 il quale dispone “1. I rapporti tra il gestore dell’infrastruttura ferroviaria e lo Stato sono disciplinati da un atto di concessione e da un contratto di programma. Il contratto di programma è stipulato per un periodo minimo di tre anni, nei limiti delle risorse annualmente iscritte nel bilancio dello Stato, nel rispetto dei principi di indipendenza patrimoniale, gestionale e contabile dallo Stato, di economicità in relazione alla qualità del servizio prestato e di programmazione delle attività, degli investimenti e dei finanziamenti, mirante alla realizzazione dell’equilibrio finanziario e degli obiettivi tecnici e commerciali, indicando i mezzi per farvi fronte.

2. Nel contratto di programma di cui al comma 1 è disciplinata nei limiti delle risorse annualmente iscritte nel bilancio dello Stato la concessione di finanziamenti per far fronte a nuovi investimenti, alla manutenzione ed al rinnovo dell’infrastruttura ferroviaria, ai fini del miglioramento della qualità dei servizi, dello sviluppo dell’infrastruttura stessa e del rispetto dei livelli di sicurezza compatibili con l’evoluzione tecnologica.

3. Nel contratto di programma di cui al comma 1 può essere altresì prevista, nei limiti delle risorse annualmente iscritte nel bilancio dello Stato, la concessione di un indennizzo al gestore dell’infrastruttura

2012-2014 - parte servizi tra Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. e Contratto di programma 2012-2016.

2. La regolamentazione dei rapporti con il consorzio secondo la convenzione

Nelle valutazioni che seguono, rilevano prioritariamente i seguenti atti:

- il decreto del Ministro dei Trasporti del 30 aprile del 1990 n. 48/T recante approvazione del piano di ristrutturazione e sviluppo dell'Ente Ferrovie dello Stato, a dottato con delibera n. 310/AS del 15/11/1989, rilevante, in quanto in detto piano di ristrutturazione già sono contenuti gli interventi del Sistema Alta Velocità per cui è causa, "Integrazione compiuta tra la rete ferroviaria italiana e quella europea avendo particolare riguardo all'alta velocità ed ai valichi");
- il contratto di programma per l'anno 1991-1992, sottoscritto da l Ministro dei Trasporti e dall'Amministratore Straordinario dell'Ente Ferrovie dello Stato per la determinazione, fra l'altro, degli impegni di spesa relativi al sistema dell'Alta Velocità;
- il decreto del Ministro dei Trasporti del 16 maggio 1991, con il quale si autorizza l'Ente Ferrovie alla costituzione della Società TAV (Treno ad alta velocità);
- la delibera n. AS/971 del 7 agosto 1991 dell' Amministratore straordinario dell'Ente F.S. di affidamento in concessione alla società TAV della progettazione esecutiva, della costruzione e dello sfruttamento economico delle opere relative al sistema dell'Alta Velocità. Tale delibera demanda ad una convenzione attuativa il compito di definire nel dettaglio criteri, termini e modalità per l'affidamento, mentre l'Ente F.S. si riserva la facoltà di affidare il presidio dell'area tecnologica, ingegneristica e sistemica, nonché il controllo della fase esecutiva di realizzazione del progetto ad una propria controllata, individuata nella società Italferr, con obbligo per TAV, di stipulare con quest'ultima

ferroviaria per le perdite finanziarie conseguenti alla assegnazione di capacità di infrastruttura ferroviaria per la prestazione dei servizi nell'interesse della collettività definiti dal regolamento (CEE) n. 1191/69 del 26 giugno 1969, del Consiglio, e successive modifiche ed integrazioni, ovvero conseguenti alla assegnazione di capacità di infrastruttura ferroviaria specificamente finalizzata a favorire lo sviluppo dei trasporti ferroviari delle merci.

4. Nel contratto di programma di cui al comma 1, tenendo in debito conto la necessità di garantire il conseguimento di elevati livelli di sicurezza, l'effettuazione delle operazioni di manutenzione, nonché il miglioramento della qualità dell'infrastruttura e dei servizi ad essa connessi, sono previsti, nei limiti delle risorse annualmente iscritte nel bilancio dello Stato, incentivi al gestore per ridurre i costi di fornitura dell'infrastruttura e l'entità dei diritti di accesso.

5. Nell'ambito della politica generale di Governo, il gestore dell'infrastruttura ferroviaria è tenuto all'elaborazione ed all'aggiornamento di un piano di impresa comprendente i programmi di finanziamento e di investimento, da sottoporre all'approvazione dell'azionista e da trasmettere al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Il piano ha lo scopo di garantire l'uso e lo sviluppo ottimali ed efficienti dell'infrastruttura, assicurando al tempo stesso l'equilibrio finanziario e prevedendo i mezzi per conseguire tali obiettivi

- appositi accordi volti alla definizione dei reciproci obblighi nonché degli aspetti economici da regularsi secondo i principi del diritto privato;
- la convenzione del 24 settembre 1991 con la quale veniva data attuazione alla predetta
 - concessione fra Ente Ferrovie e TAV. In base a tale atto, TAV avrebbe adempiuto alle proprie obbligazioni avvalendosi di general contractors da individuare nel novero dei principali gruppi industriali italiani;
 - la delibera dell'Amministrazione straordinaria dell'Ente F.S. n. 1124 del 16 marzo 1992, con la quale viene disposto l'affidamento a TAV della concessione di progettazione esecutiva e costruzione degli interventi su beni e linee connessi alla realizzazione delle linee ad alta velocità;
 - la deliberazione del CIPE del 12 agosto 1992, che dispone la trasformazione dell'Ente Ferrovie in società per azioni, in attuazione del d.l. n. 333/1992; TM
 - l'atto di concessione del 26 novembre 1993 (decreto n. 225/T) tra il Ministero dei Trasporti e la Società F.S. S.p.A., nella quale quest'ultima, ferma la sua qualità di concessionaria del Ministero dei Trasporti, veniva autorizzata a proseguire nel rapporto convenzionale con TAV.

Si è al cospetto, quindi, di un sistema fondato sull'affidamento a contraente generale, che accede a un provvedimento di concessione, in relazione al quale non appare porsi un profilo di illegittimità originaria, dal momento che tanto la concessione, quanto la convenzione sono anteriori al 1.7.1992, termine di scadenza del recepimento della Direttiva 90/CEE/531.

2.1 La regolamentazione secondo la convenzione originaria

Dall'esame della Convenzione originariamente intercorrente tra TAV e COCIV emergono, tra gli altri, i seguenti elementi rilevanti.

Sul piano del contenuto degli obblighi

- Quanto alla ripartizione dell'opera, il Consorzio adempie alle obbligazioni tramite le imprese partecipanti allo stesso, salvo l'affidamento a imprese terze in una misura *non inferiore al 40% delle infrastrutture da realizzare*.
- Quanto alla determinazione del prezzo, esso è previsto in misura forfettaria, ossia *“per l'esecuzione sia di tutte le prestazioni previste nella...convenzione e nell'atto integrativo a carico del Consorzio, sia di qualunque altra prestazione che sia comunque necessaria per consegnare le opere oggetto della ...Convenzione eseguite a perfetta regola d'arte”*. A norma del punto 7.9 della Convenzione, il prezzo forfettario deve tener conto *“delle eccezionali caratteristiche e novità dell'opera da realizzarsi, nonché della rilevanza dei rischi che il Consorzio assume a proprio carico”*.

Sul piano della responsabilità verso i terzi:

- l'articolo 19.4 della Convenzione stabilisce che le vertenze che dovessero insorgere con terzi per le attività assegnate al Consorzio in via strumentale alla realizzazione dell'opera (e, segnatamente, alle "*occupazioni, espropriazioni, atti di asservimento, acquisizione di beni immobili pubblici e privati deviazioni di strade, strade ferrate, pubblici servizi ecc.*") pone a carico di COCIV tutte le vertenze che dovessero insorgere in relazione allo svolgimento di tale attività, con conseguente legittimazione processuale.
- L'art. 22 prescrive, che per i "danni contrattuali ed extracontrattuali dipendenti e/o connessi con l'esecuzione delle obbligazioni da esso assunte" in base alla Convenzione, risponde esclusivamente il Consorzio senza possibilità di rivalsa nei confronti di TAV, verso la quale assume la veste di garante a prima richiesta e senza eccezioni di quanto TAV fosse costretta a pagare nei confronti di terzi, tenendola altresì indenne "*nel modo più ampio*" da ogni diritto, pretesa o molestia compiuti o avanzati da terzi in connessione o in dipendenza della Convenzione (ivi compreso il pagamento di somme).
- **Non è prevista una clausola di recesso (che quindi sarà regolata dalla normativa generale applicabile).**
- È prevista una dettagliata clausola risolutiva (art. 24), per l'eventualità di plurimi inadempimenti, tra i quali: ritardo nella redazione del progetto esecutivo superiore a sei mesi (24.1.1); superamento di 18 mesi del termine previsto per l'ultimazione dei lavori (24.1.2); inadempimento di non scarsa importanza (in linea con il codice civile) agli obblighi scaturenti dalla Convenzione (24.1.3).

2.2. le sopravvenienze normative e contrattuali succedutesi e primi profili di contenzioso.

Tanto la concessione, quanto la convenzione sono state oggetto di plurimi tentativi di soppressione i quali hanno generato un contenzioso variegato e una produzione legislativa che si può riassumere nei seguenti passaggi:

a) La legge 388/2000 (**legge finanziaria per il 2001**) - intervenendo all'articolo 131, commi 2 e 3⁶, sul sistema Alta velocità – ha disposto l'applicazione della normativa comunitaria e

⁶ La disposizione prevedeva, per quanto qui interessa,: "*Sono revocate le concessioni per la parte concernente i lavori di cui al presente comma rilasciate alla TAV S.p.A. dall'ente Ferrovie dello Stato il 7 agosto 1991 e il 16 marzo 1992, ivi comprese le successive modificazioni e integrazioni, ad eccezione di quelli per i quali sia stata applicata o sia applicabile la predetta normativa di cui alle leggi n. 109 del 1994, e successive modificazioni, e n. 415 del 1998, e al decreto legislativo n. 158 del 1995, e successive modificazioni. La società Ferrovie dello Stato S.p.A. provvede, direttamente o a mezzo della TAV S.p.A., all'accertamento e al rimborso, anche in deroga alla normativa vigente, degli oneri relativi alle attività preliminari ai lavori di costruzione, oggetto della revoca predetta, nei limiti dei costi effettivamente sostenuti alla data di entrata in vigore della presente legge.*". La disposizione è stata abrogata dall'art. 11 della legge L. 01/08/2002, n. 166, prevedendosi che "*proseguono, pertanto, senza soluzione di continuità, le concessioni rilasciate alla TAV Spa dall'ente Ferrovie dello Stato il 7 agosto 1991 e il 16 marzo 1992, ivi comprese le successive modificazioni ed integrazioni, ed i sottostanti rapporti di general contracting instaurati dalla TAV Spa pertinenti le opere di cui all'articolo 2, lettera h), della legge 17 maggio 1985, n. 210,*

nazionale in materia di appalti pubblici ai lavori di costruzione delle tratte ad alta velocità, specificamente per i lavori di costruzione non ancora iniziati alla data di entrata in vigore della legge, i cui corrispettivi ancorché determinabili non fossero stati ancora definiti, e per le connesse opere di competenza di Ferrovie dello Stato S.p.A.

Contestualmente, veniva disposta la revoca delle concessioni rilasciate dall'ente Ferrovie dello Stato alla TAV S.p.A., per la parte concernente i lavori in questione, ad eccezione di quelli per i quali fosse stata applicata o fosse applicabile la disciplina generale relativa all'affidamento dei lavori pubblici.

Nel complesso, la disposizione comportava l'obbligo per TAV s.p.a. di effettuare gare di appalto europee per la realizzazione o il completamento dei lavori individuati dallo stesso articolo 131, facendo venire meno il rapporto tra la TAV e i *general contractor*. Per i lavori relativi alla tratta ferroviaria ad alta capacità Torino-Milano, approvati in conferenza di servizi il 14 luglio 2000, veniva prevista un'eccezione: pertanto i lavori avrebbero dovuto proseguire secondo il sistema concessione Tav-convenzione con il *general contractor*.

Da tale primo atto discese un contenzioso arbitrale fra Cociv e TAV concluso con lodo parziale, avente ad oggetto la perduranza della convenzione pur in presenza della revoca (in via legislativa) della concessione.

Tale circostanza costituisce un punto preliminare da tener fermo, in quanto qualsiasi iniziativa si voglia assumere (e nel prosieguo se ne analizzeranno la fattibilità giuridica e le conseguenze), essa deve necessariamente ed espressamente preoccuparsi di contemplare **gli effetti sulla convenzione**, in modo da contenere i risvolti contenziosi che, verosimilmente, potrebbero discendere.

b) Il decreto-legge n. 7/2007 (art. 13, commi 8-quinquiesdecies e segg⁷.) prevede la revoca delle concessioni rilasciate a TAV per la progettazione/costruzione delle tratte ad AV Milano-Verona-Padova e Milano-Genova **e lo scioglimento delle Convenzioni** stipulate tra

e successive modificazioni.”

⁷ Nel testo vigente prima delle modifiche apportate dal sostituto dall'art. 12, comma 1, lett. a), D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2008, n. 133, disponeva: “8-quinquiesdecies. Al fine di consentire che la realizzazione del Sistema alta velocità avvenga tramite affidamenti e modalità competitivi conformi alla normativa vigente a livello nazionale e comunitario, nonché in tempi e con limiti di spesa compatibili con le priorità e i programmi di investimento delle infrastrutture ferroviarie, nel rispetto dei vincoli economici e finanziari imposti dal decreto legislativo 8 luglio 2003, n. 188, al gestore dell'infrastruttura ferroviaria nazionale e degli impegni assunti dallo Stato nei confronti dell'Unione europea in merito alla riduzione del disavanzo e del debito pubblico:

a) sono revocate le concessioni rilasciate alla TAV S.p.A. dall'Ente Ferrovie dello Stato il 7 agosto 1991 limitatamente alla tratta Milano-Verona e alla sub-tratta Verona-Padova, comprensive delle relative interconnessioni, e il 16 marzo 1992 relativa alla linea Milano-Genova, comprensiva delle relative interconnessioni, e successive loro integrazioni e modificazioni;

b) è altresì revocata l'autorizzazione rilasciata al Concessionario della Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. all'articolo 5 del decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione 31 ottobre 2000, n. 138 T, e successive modificazioni e integrazioni, nella parte in cui consente di proseguire nel rapporto convenzionale con la società TAV S.p.A. relativo alla progettazione e costruzione della linea Terzo valico dei Giovi/Milano-Genova, della tratta Milano-Verona e della sub-tratta Verona-Padova. (112)

8-sexiesdecies. **Gli effetti delle revoche di cui al comma 8-quinquiesdecies si estendono a tutti i rapporti convenzionali da esse derivanti o collegati stipulati da TAV S.p.A. con i general contractors in data 15 ottobre 1991 e in data 16 marzo 1992, incluse le successive modificazioni e integrazioni.**

TAV Spa e i General Contractor (Consorzio Cepav Due; Consorzio Irivac Due/Fintecna; Consorzio Cociv) nel 1991 e nel 1992.

La disposizione è stata fatta oggetto di contenzioso innanzi al Tar Lazio che, con Ordinanza 880 del 23.03.2007 ha rimesso alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale relativa alla compatibilità con i principi del Trattato UE delle disposizioni nella parte in cui disponevano l'estensione degli effetti della revoca della concessione anche alle convenzioni sottostanti. Il profilo sollevato, quindi, riguardava essenzialmente i principi di libertà di stabilimento, certezza del diritto e tutela dell'affidamento. La procedura in Corte di Giustizia si è **estinta** per **ritiro da parte del giudice rimettente**.

Infatti era, nel frattempo sopravvenuta la modifica della suddetta disposizione, ad opera del d.l. 112/2008, disponendo nel senso diametralmente opposto, e tutt'ora vigente, della **continuazione delle convenzioni e quindi del mutamento del solo soggetto concessionario**.

Cionondimeno l'esame degli atti disponibili, permette di chiarire alcuni punti che (sebbene non pare siano fermati all'interno di provvedimenti giurisdizionali definitivi) assumono rilievo nel quadro della presente ricostruzione.

In particolare, dall'esame delle conclusioni depositate dall'Avvocato generale nella causa di rimessione C-351/07, lo stesso proponeva di rispondere nei seguenti termini: *“La prima parte della questione pregiudiziale deve pertanto essere risolta nel senso che gli artt. 43, 49 e 56 CE non ostano, in linea di principio, ad una disciplina nazionale come quella in oggetto, laddove con essa vengano revocate, estendendone gli effetti ai contratti stipulati con i general contractors, le concessioni per la realizzazione di tratte ferroviarie ad alta velocità. Al contrario, siffatte disposizioni del Trattato, in combinato disposto con l'art. 10 CE, impongono l'immediata cessazione e correzione dell'attribuzione di un appalto, laddove essa violi tali disposizioni. In assenza di indicazioni precise di diritto comunitario, la necessaria correzione ha luogo a norma del diritto nazionale, fatti salvi tuttavia i limiti posti dal diritto comunitario.”*, e concludeva nel senso che *“Gli artt. 43, 49 e 56 CE non ostano, in linea di principio, ad una disciplina nazionale come quella in oggetto, nella parte in cui dispone la revoca delle concessioni relative alla realizzazione di tratte ferroviarie ad alta velocità, con estensione dei relativi effetti alle convenzioni stipulate con i general contractors. Al contrario, siffatte disposizioni del Trattato, in combinato disposto con l'art. 10 CE, impongono l'immediata cessazione e correzione dell'attribuzione di un appalto, laddove essa violi tali disposizioni. **In assenza di indicazioni precise di diritto comunitario, la necessaria correzione, inclusa la valutazione delle modalità di un eventuale indennizzo, ha luogo a norma del diritto nazionale, fatti salvi tuttavia i limiti posti dal diritto comunitario.”***

2.3 L'accordo integrativo del 2011

L'11 novembre 2011 viene concluso l'Accordo integrativo tra RFI e COCIV s.p.a. soggetto a successive integrazioni

Con tale atto vengono considerevolmente precisati alcuni punti della originaria convenzione, e, in particolare, per quanto qui di interesse, vengono in rilievo:

d.1) tra le **premesse** dell'accordo integrativo vi è

- La rinuncia *ai sensi dell'art. 1381 c.c.* (e dunque con i conseguenti limiti della promessa del fatto del terzo), a tutte le pretese "a qualunque titolo", relativi a eventi "*verificatisi fino alla data del presente atto*" ivi incluse le pretese risarcitorie conseguenti a contenzioso segnatamente nominato.

d.2) nell'**articolato**:

- La contrattualizzazione dei lotti costruttivi solo "*mediante comunicazione da RFI al Consorzio che sono state effettivamente assegnate e rese disponibili a RFI ulteriori Tranches di risorse finanziarie*" (art. 3.2.1, lett. a) – c), pag. 24;
- l'obbligo di affidamento con procedure di evidenza pubblica ai sensi dell'art. 31.2.1 (pag. 125) al 60% (e non più al 40%) del totale dei lavori.
- La esclusione della responsabilità di RFI per l'eventuale mancata o ritardata assegnazione delle risorse, salvo quanto previsto nell'art. 29.1 c) o 29.1 d) (art. 3.2.2 lett. ii);
- La determinazione del prezzo forfettario "*in misura pari alla differenza "positiva" – maggiorata della percentuale pari al c.d. fattore K di cui all'Allegato 20 – tra: (x) il costo delle nuove forniture e/o delle nuove lavorazioni necessarie per realizzare gli adeguamenti progettuali 2010 (dettagliate al livello 9 WBS), valorizzato in base al costiaro di cui all'allegato 20 o, qualora non via sia uno specifico costo nel Costiaro determinato in base all'aggregazione di elementi di costo indicati nel Costiaro e (y) il costo delle lavorazioni e/o forniture che eventualmente siano state evitate, anch'esso valorizzato in base al medesimo Costiaro. Nel caso la predetta eventuale differenza (come sopra maggiorata sia negativa il Prezzo forfettario del Lotto costruttivo verrà correlativamente ridotto*"⁸ (art. 3.3.2, pag. 27 e 3.4.3 pag. 29).
- Si prevede, all'art. 5 l'assunzione di rischi e obblighi (secondo lo schema tipico del Contraente generale che si colloca a monte degli appalti conclusi dallo stesso con le imprese terze oltre al compimento di tutti gli altri atti giuridici (esemplificativamente: attività di espropriazione, compimento di atti

⁸ Non si è proceduto alla valutazione e descrizione del fattore K, in assenza di elementi forniti dalle competenti strutture.

giuridici con gli enti territoriali ecc.)

- **L'articolo 29** (pag. 113), disciplina le conseguenze della ritardata o mancata assegnazione delle risorse finanziarie. Esso prevede lett a che *RFI ... aventi causa... non potranno in alcun modo essere ritenuti responsabili per la mancata o ritardata assegnazione con effettiva disponibilità da parte dello Stato delle risorse finanziarie necessarie per la realizzazione di anche uno solo dei lotti costruttivi successivi al primo*". Il meccanismo ivi previsto disciplina il calcolo delle spettanze del Consorzio in caso di mancata assegnazione da parte dello Stato (art. 3.2.2. che richiama il 29) prevedendosi, in sostanza, il diritto del consorzio all'adeguamento monetaio (29.1., c), (i), x) e i conseguenti slittamenti (lett. y, k, j)

2.4 le successive modificazioni dell'atto integrativo

Con **Delibera CIPE n. 86/2011 del 6.12.2011** è stato confermato in 6.200 milioni di euro il limite di spesa della suddetta tratta AV/AC Terzo Valico dei Giovi ed è stato autorizzato, ai sensi dell'art. 2, comma 232 della Legge n. 191/2009, il **Secondo Lotto Costruttivo** dell'Opera, del valore di 1.100 milioni di euro, disponendo a favore di RFI S.p.A. l'assegnazione di risorse equivalenti, a valere sullo stanziamento di cui all'art. 32, comma 1, del decreto-legge n. 98/2011, convertito dalla legge n. 111/2011.

Il CIPE con la delibera n. 22 del 18.3.2013 ha espresso parere favorevole sullo schema di Contratto di programma 2012-2014 - parte servizi tra Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., per la disciplina delle attività di manutenzione ordinaria e straordinaria della rete e delle attività di safety, security e navigazione ferroviaria. Nella stessa delibera il CIPE ha assegnato al medesimo Contratto ulteriori risorse pari a 578 milioni di euro, di cui 240 milioni di euro derivanti da una rimodulazione di pari importo dell'assegnazione, disposta a favore di RFI S.p.A. a valere sulle risorse di cui all'art. 32, comma 1, del decreto-legge n. 98/2011 con la richiamata Delibera CIPE n. 86/2011, per il Secondo Lotto costruttivo dell'opera, che è stata ridotta da 1.100 a 860 milioni di euro.

Le dotazioni finanziarie del Progetto di Investimento sono state successivamente modificate come segue:

1. ridotte per 763 milioni di euro dall'art.18 comma 13 del Decreto Legge n. 69/2013 "Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia" (c.d. "decreto del fare"), convertito con Legge n.98 del 20 agosto 2013;
2. incrementate per 802 milioni di euro dall'art.7 ter comma 2 del decreto legge 26 aprile 2013, n. 43 cd. "emergenze ambientali", convertito con la Legge n.71 del 24/06/2013, adottata dal CIPE nella seduta del 19 luglio 2013;

3. ridotte per 3 milioni di euro per vari provvedimenti normativi.

Successivamente, in seguito ai citati provvedimenti normativi ed approfondimenti effettuati con la Ragioneria Generale dello Stato in occasione della stipula del Contratto di Programma 2012-2016, siglato in data 08/08/2014, le risorse disponibili eccedenti il limite di spesa dei Lotti 1 e 2, risultano essere state ulteriormente ridotte a 7 milioni di euro.

Pertanto, alla data del 31.12.2014 le risorse disponibili (pari a 7 milioni di euro), oltre quelle rese disponibili dal D.L. 12 settembre 2014 n. 133 (“Decreto Sblocca Italia”) - convertito con modificazioni dalla L. 11 novembre 2014 n. 164 – e relativo Decreto n.498 del 14 novembre 2014 del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, di concerto con il Ministro dell’Economia e delle Finanze (pari a 200 milioni di euro) , nonché dalla Legge di Stabilità 2015 (pari a 400 milioni di euro), ammontavano complessivamente a 607 milioni di Euro, non consentendo la copertura del Limite di Spesa del Terzo Lotto Costruttivo che ammontava a 1.430 milioni di euro.

Quindi, in data 31 dicembre 2014, RFI ha sottoscritto con il GC un **Atto Modificativo** dell’Atto Integrativo RFI-COCIV, al fine di ridefinire il perimetro del nuovo Terzo Lotto Costruttivo in coerenza con le disponibilità finanziarie allora vigenti, nonché riarticolare i Lotti Costruttivi ancora da avviare (dal Terzo al Sesto), con la finalità di non alterare il tempo totale di realizzazione dell’Opera, avuto riguardo ai ritardi maturati nell’avvio del nuovo Terzo Lotto Costruttivo.

Tenuto conto che ad agosto 2015 non era ancora intervenuta la registrazione e pubblicazione sulla G.U. della Delibera CIPE che autorizzava l’avvio del Terzo Lotto Costruttivo, al fine di garantire la continuità lavorativa su alcuni fronti di lavoro già aperti e scongiurare la sospensione del personale impiegato a causa del ritardo maturato nell’avvio dei lavori del Terzo Lotto Costruttivo, RFI ed il Consorzio COCIV, in data 7 agosto 2015, hanno sottoscritto un **Addendum al Secondo Atto Modificativo** con il quale si è convenuto di anticipare alcune limitate attività dal Terzo al Secondo Lotto Costruttivo, spostando contestualmente alcune lavorazioni dal Secondo al Terzo per lasciarne comunque invariati i relativi Prezzi Forfettari, fermi restando i termini di ultimazione dei Lotti e dell’intera Opera.

In data 22.1.2016 è stata pubblicata in Gazzetta n.17 la **Delibera CIPE n. 56/2015 (all.7)** che ha approvato la **nuova articolazione dei lotti costruttivi** dal Terzo al Sesto e il relativo cronoprogramma e ha autorizzato la realizzazione del **Terzo Lotto Costruttivo**, con un costo di 607 milioni di euro assegnando a RFI le relative risorse.

La Corte dei Conti, in sede di registrazione della Delibera 56/2015 ha, fra l’altro, ritenuto *contra legem* il riconoscimento al GC dell’adeguamento monetario per il ritardato finanziamento dei Lotti, adeguamento monetario che sarebbe riconosciuto al GC anche in applicazione dell’art. 29.1.(c).(i).(x) dell’Atto Integrativo, ammettendo al visto la suddetta Delibera CIPE n. 56/2015 “con l’espunzione, nelle premesse, della clausola relativa all’adeguamento monetario”.

In data 11.3.2016 il Gestore ha pertanto comunicato a COCIV che “*non riconoscerà al GC alcun importo a titolo di adeguamento monetario per il ritardato finanziamento del Terzo Lotto*”. Con lettera in pari data COCIV ha definitivamente rinunciato senza conteziosi o riserve “*all’adeguamento monetario per il ritardato finanziamento del Terzo Lotto*” oggetto di consegna; il Consorzio COCIV si è tuttavia riservato di fare accertare dal giudice la conformità a Legge delle clausole contrattuali relative al riconoscimento dell’adeguamento monetario per il ritardo nei finanziamenti afferenti ai Lotti costruttivi dal Quarto al Sesto.

Alla luce delle rinunce del GC sul tema adeguamento monetario, in data 18.03.2016, RFI ha proceduto alla consegna del Terzo Lotto Costruttivo, avvenuta con un ritardo di 9 mesi rispetto all’aggiornamento della Relazione Lotti del 31.12.2014 che la prevedeva a giugno 2015, e con un ritardo di 22 mesi rispetto al cronoprogramma contrattuale originario che ne prevedeva la consegna il 2 Giugno 2014.

Con riferimento ai lotti dal Quarto al Sesto COCIV, giusta quanto riferito dalla Direzione Generale per il Trasporto e le Infrastrutture Ferroviarie, con Atto di citazione notificato in data 21.4.2016, ha instaurato nei confronti di RFI un giudizio ordinario presso il Tribunale di Roma per fare accertare dal giudice la legittimità delle clausole contrattuali che riconoscono al GC l’adeguamento monetario per il ritardato finanziamento dei Lotti.

In data 9.1.2017 è stata registrata presso la Corte dei Conti, e successivamente pubblicata sulla G.U. n. 27 del 2 febbraio 2017, la **Delibera CIPE 42 del 10 Agosto 2016 (all.8)** che ha autorizzato i lavori e la copertura finanziaria del **Quarto Lotto Costruttivo** con un limite di spesa di 1.630 milioni di euro e ha individuato una **articolazione aggiornata dei lotti costruttivi**.

A seguito delle Ordinanze delle Procure di Roma e Genova dell’ottobre 2016, che hanno coinvolto, tra l’altro, la Direzione Lavori del Terzo Valico, in allora a diretta cura del General Contractor, ed il management del Consorzio COCIV, il Consorzio stesso ha rinnovato i propri vertici ed organi amministrativi e sospeso tutti i dirigenti ed i dipendenti coinvolti nell’indagine. Conseguentemente, il Consorzio COCIV ha risolto/caducato tutti i contratti, sia di affidamento che di subappalto, con le imprese che a vario titolo erano state coinvolte nelle indagini delle Procure.

Si è resa inoltre necessaria, per RFI, la stipula di un Atto Modificativo per, tra l’altro, disciplinare contestualmente il diretto esercizio delle attività di Direzione Lavori a cura del Committente, la partecipazione di RFI alle Commissioni di gara e le aggiornate previsioni in materia di affidamenti a imprese terze.

Sempre a seguito della predetta inchiesta giudiziaria che a fine 2016 ha visto coinvolto il GC COCIV, con Provvedimento prot. 77417 del 3 marzo 2017, la Prefettura di Roma ha nominato l’Ing. Marco Rettighieri quale Amministratore per la straordinaria e temporanea gestione del Consorzio COCIV, sospendendo contestualmente tutti i poteri degli altri organi sociali del Consorzio.

In data 2 maggio 2017 RFI ha sottoscritto, con l'Amministratore Straordinario, il **Quarto Atto Modificativo** con il quale, tra l'altro, oltre a regolamentare alcuni aspetti finalizzati a garantire la continuità di alcuni fronti di lavoro già aperti, RFI ha concordato di anticipare alcune opere e/o parti d'opera dal Quinto Lotto Costruttivo non finanziato ai Lotti Costruttivi finanziati e viceversa, lasciando comunque invariati i Prezzi Forfettari dei singoli Lotti Costruttivi ed i relativi Termini di Ultimazione Contrattuale. La descrizione delle lavorazioni/attività previste in ciascun Lotto costruttivo a seguito del Quarto Atto Modificativo è riportata nella "Relazione lotti" di dicembre 2017 di RFI.

Inoltre, con il medesimo Atto Modificativo, il Consorzio ha rinunciato:

- all'adeguamento monetario per la ritardata consegna del Quarto Lotto Costruttivo, ferme restando le rinunce già formalizzate dal Consorzio relative al ritardato finanziamento del Terzo Lotto costruttivo e agli effetti di tale ritardato finanziamento sui Lotti successivi;
- a tutte le richieste, pretese, istanze e domande di carattere economico, sia già maturate alla data di sottoscrizione dell'Atto che future, oggetto delle riserve presentate successivamente alla precedente rinuncia intervenuta con il Secondo Atto Modificativo, fatta eccezione per le riserve aventi carattere continuativo limitatamente al periodo successivo alla data di sottoscrizione dell'Atto stesso;

Il Consorzio si è impegnato altresì ad abbandonare il giudizio pendente avviato con l'Atto di citazione notificato in data 21 aprile 2016.

In considerazione della intervenuta sottoscrizione dell'Atto Modificativo, sempre in data 2 maggio 2017, RFI ha proceduto alla consegna del Quarto Lotto Costruttivo, avvenuta con un ritardo di circa 2 mesi rispetto a quanto previsto nell'aggiornamento della Relazione Lotti del 28.07.2016, in ragione della necessità di sottoscrivere il citato Atto Modificativo.

Con **delibera n. 82 del 22/12/2017** il CIPE ha approvato il progetto definitivo della variante "Interconnessione di Novi Ligure alternativa allo Shunt" e autorizzato l'avvio dei lavori del 5° lotto costruttivo, disponendo l'assegnazione della copertura finanziaria con un limite di spesa di 1.508 milioni di euro, e ha individuato una articolazione aggiornata dei lotti costruttivi.

Con **delibera 81 del 22/12/2017** il CIPE ha autorizzato l'utilizzo dei fondi pari a 60 M€, già ricompresi nel limite di spesa dell'opera, per la realizzazione del sopraccitato "Progetto condiviso" promosso dal Commissario di Governo.

3. Valutazione dell'esercizio di potere manutentivo o risolutivo del contratto di convenzione.

La valutazione delle possibilità di manutenzione della convenzione deve prendere le mosse da alcune considerazioni di ordine generale.

L'attuale disciplina dei rapporti vede la regolamentazione suddivisa su due piani distinti:

a) il primo, di natura strettamente pubblicistica, riguarda il rapporto concessorio intercorrente tra lo Stato e RFI. Quest'ultima risulta concessionaria, in forza della normativa succedutasi nel tempo, e sulla base dell'originaria concessione intercorrente prima con Ferrovie dello Stato, cui, nel rapporto di specie, è succeduta (si evita la descrizione di tutti i passaggi, non conferente al caso di specie). Tale concessione, disciplinata dalla normativa applicabile *ratione temporis*, costituisce la base giuridica su cui si fondano tutti gli atti conseguenti, ivi comprese le "convenzioni" concluse da RFI con i consorzi (e quindi anche quella in questione). Tale segmento mette a disposizione una pluralità di strumenti di cui subito avanti.

b) il secondo piano, è quello dei rapporti intercorrenti tra RFI e il Consorzio⁹. Esso è essenzialmente *privatistico*, onde lo strumento a disposizione è essenzialmente il **recesso unilaterale volontario di RFI**.

⁹ È la figura del contraente generale. Come individuato in dottrina (voce Contraente generale, dig. Disc. Pubbl, Torino, 2008). Con il d.lg. n. 163/2006 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, emanato in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), per quanto concerne le disposizioni relative all'affidamento a contraente generale e le relative procedure di aggiudicazione, il legislatore delegato ha sostanzialmente effettuato un'opera ricognitiva delle disposizioni in materia già vigenti nel nostro ordinamento di cui alla legge n. 443/2001 e al d.lg. n. 190/2002, tenendo conto anche delle novità introdotte dal d.lg. 17-8-2005, n. 189 (modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 20-8-2002, n. 190, in materia di redazione ed approvazione dei progetti e delle varianti, nonché di risoluzione delle interferenze per le opere strategiche e di preminente interesse nazionale), nonché dal d.lg. 10-1-2005, n. 9 (integrazioni al decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, per l'istituzione del sistema di qualificazione dei contraenti generali delle opere strategiche e di preminente interesse nazionale, a norma della legge 21 dicembre 2001, n. 443) (17). Pertanto, l'art. 173 del codice (già art. 6 d.lg. n. 190/2002) prevede che, in deroga alle previsioni di cui all'art. 53, la realizzazione delle infrastrutture è oggetto di concessione di costruzione e gestione e di affidamento unitario a contraente generale. La figura del general contractor si desume dall'art. 162, lett. g), del codice, secondo cui l'affidamento a contraente generale è il contratto di cui all'art. 3, 7° co., con il quale viene affidata la progettazione e realizzazione con qualsiasi mezzo di una infrastruttura rispondente alle esigenze specificate dal soggetto aggiudicatore. L'art. 189 del codice dei contratti, recependo il contenuto del d.lg. n. 9/2005, specifica che per lavori eseguiti con qualsiasi mezzo si intendono, in conformità all'art. 3, 7° co., quelli aventi ad oggetto la realizzazione di un'opera rispondente ai bisogni del committente, con piena libertà di organizzazione del processo realizzativo, ivi compresa la facoltà di affidare a terzi anche la totalità dei lavori stessi, nonché di eseguire gli stessi, direttamente o attraverso società controllate. L'art. 162 del codice prosegue stabilendo che il contraente generale si differenzia dal concessionario di opere pubbliche per l'esclusione dalla gestione dell'opera eseguita ed è qualificato per specifici connotati di capacità organizzativa e tecnico-realizzativa, per l'assunzione dell'onere relativo all'anticipazione temporale del finanziamento necessario alla realizzazione dell'opera in tutto o in parte con mezzi finanziari privati, per la libertà di forme nella realizzazione dell'opera, per la natura prevalente di obbligazione di risultato complessivo del rapporto che lega detta figura al soggetto aggiudicatore e per l'assunzione del relativo rischio. Il successivo art. 176, 1° co., del codice, stabilisce che con il contratto di affidamento a contraente generale il soggetto aggiudicatore, in deroga all'art. 53 del codice, affida ad un soggetto dotato di adeguata esperienza e qualificazione nella costruzione di opere nonché di adeguata capacità organizzativa, tecnico-realizzativa e finanziaria, la realizzazione con qualsiasi mezzo dell'opera, nel rispetto delle esigenze specificate nel progetto preliminare o nel progetto definitivo redatto dal soggetto aggiudicatore e posto a base di gara, contro un corrispettivo pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori ".

Dunque, l'analisi dei poteri esercitabili deve svolgersi seguendo le direttrici emananti da tali differenti atti, in quanto diverse ne sono le conseguenze.

Quanto al segmento pubblicistico, gli strumenti che vengono in questione sono essenzialmente l'annullamento d'ufficio e la revoca per sopravvenuta rivalutazione dell'interesse pubblico.

Anzitutto, sembra di difficile percorribilità **la via dell'autotutela mediante annullamento d'ufficio** della concessione. È chiaro, anzitutto, che si tratterebbe di un atto necessariamente rivolto al segmento "pubblicistico", ossia alla concessione, ma esso si palesa di difficile realizzabilità per diversi ordini di ragioni e, anzitutto, per la necessità di individuare profili di illegittimità che, allo stato degli elementi forniti, non paiono individuati almeno nel loro stadio più "macroscopico"¹⁰.

In ogni caso, un simile provvedimento:

i) non potrebbe incidere unilateralmente in via diretta sulla convenzione a valle, ma solo in via di invalidità derivata con conseguente riapertura di profili di contenzioso che hanno avuto un esito sfavorevole per il concessionario (il riferimento è al lodo arbitrale parziale);

ii) non metterebbe al riparo dall'obbligo risarcitorio, tenuto conto che deve tenersi conto, ai fini dell'adozione, dei limiti costituiti dall'obbligo di attenersi a "limiti di ragionevolezza", in ragione del tempo trascorso tra l'adozione dell'atto annullato e l'adozione del provvedimento di annullamento in autotutela.

iii) *non sarebbe sufficiente la mera illegittimità a far scattare l'obbligo di annullamento d'ufficio (nemmeno per contrarietà a normativa eurounitaria), in quanto comunque è necessario uno specifico interesse pubblico concreto e attuale cui è funzionale la rimozione dell'atto illegittimo* (Cons. Stato 4411/16; 3910/16; e, per il contrasto con il diritto eurounitario, v. C.G. CE., Grande Sezione, 12 febbraio 2008, n. 2) e tale interesse *non coincide con l'esigenza di rimuovere l'illegittimità*.

iv) l'annullamento potrebbe comunque far insorgere controversie risarcitorie per i danni derivanti dall'accertata illegittimità.

Quanto alla **revoca per sopravvenuta rivalutazione dell'interesse pubblico, o per mutamento della situazione di fatto non prevedibile, o per sopravvenuti motivi di pubblico** interesse, la stessa implica evidentemente una nuova rivalutazione, fondata su circostanze sopravvenute, della necessità di proseguire *nel rapporto di concessione*.

Essa è una facoltà che, una volta esercitata, comporta comunque un obbligo di indennizzo,

¹⁰ Sui profili eurounitari in particolare, v. Cons. Stato, Ad. Gen. 95 del 1.10.1993, in *Foro it.*, 1994, III, 65. L'adunanza generale del Consiglio di Stato ha ivi espresso il parere che la direttiva 90/531/Cee entrata in vigore il 1 gennaio 1993, non si applica agli atti concernenti i rapporti tra le ferrovie dello Stato e la "Treno alta velocità" s.p.a. (Tav), nonché agli atti tra questa e i "general contractors" per la costruzione delle relative linee, in quanto stipulati anteriormente a tale data, e neppure agli ulteriori atti che siano meramente integrativi di questi, anche se stipulati successivamente, ma è applicabile, viceversa, agli atti stipulati dai "general contractors", concernenti la quota del 40% dei lavori che si sono impegnati a far eseguire da società e imprese terze, rispetto alla quale si sono assunti un ruolo solo di committenti, e non di sub-concedenti.

che l'art. 21-*quinquies*, comma 1, della legge 241/1990 individua nel solo danno emergente (ossia nella sola differenza patrimoniale negativa in cui il danneggiato si sia trovato per effetto dell'atto di revoca) con esclusione dei *mancati guadagni* e sempre tenuto conto dell'eventuale conoscenza o conoscibilità – da parte dell'interessato – della *contrarietà* al pubblico interesse.

L'atto di revoca può avere ad oggetto *solo la concessione a RFI e non il contratto di convenzione tra RFI e il consorzio* (dovendosi, una volta concluso il contratto – nella specie la convenzione e l'accordo integrativo con il consorzio – far ricorso al diverso strumento del recesso: sul punto vedasi Cons. Stato, ad. Plen. 14/2014).

Ne consegue che, specialmente ove venisse adottato in veste di provvedimento amministrativo (revoca della concessione a RFI), oltre a determinare problemi di proporzionalità del mezzo al fine, rischia di far riproporre il tema della idoneità a incidere sulla convenzione che si colloca a valle della concessione e, in ogni caso, non potrebbe prescindere dalla previsione di un indennizzo¹¹.

Nella specie, peraltro, posto che la revoca non potrebbe che avere come destinatario RFI, difficilmente potrebbe ritenersi operante la limitazione indennitaria dell'articolo 21quinquies (che riguarda i rapporti tra il concedente e il concessionario).

Quanto ai rimedi che possono coinvolgere direttamente *la convenzione* e gli accordi successivi, lo strumento elettivamente utilizzabile è il **recesso**.

La legittimazione all'attivazione del diritto di recesso è di RFI, in qualità di parte contraente.

Trattandosi di contratto concluso in forma privatistica tra RFI (allora, TAV) e il Consorzio, sembra doversi applicare l'art. 1671 c.c. che disciplina il diritto di recesso del committente, che può avvenire in qualsiasi momento, **purché esso tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno.**

¹¹ Deve rammentarsi quanto già evidenziato a proposito della causa C-351/07 della Corte di Giustizia (estinta per ritiro del giudice remittente), in ordine alla compatibilità con il Trattato di una disciplina che determini la caducazione della convenzione, limitando il diritto all'indennizzo. In quel giudizio, invero, le conclusioni dell'Avvocato generale hanno comunque rimandato alla disciplina dello Stato la regolamentazione dell'affidamento ingenerato e del conseguente obbligo di indennizzo, sotto il profilo della sua misura o "completezza". Per il resto, ivi si precisa che tali articoli contengono "un divieto di restrizioni riguardante sia le restrizioni di carattere discriminatorio sia le restrizioni di carattere non discriminatorio. Onde essi vietano ogni discriminazione, diretta e indiretta, per motivi connessi alla cittadinanza. Il carattere discriminatorio va rilevato in relazione all'intento con il quale è stata introdotta, da parte del governo, la disposizione concessoria. Esso ha concluso che, dal testo della disposizione, emergesse chiaramente la sussistenza, nella specie, di un intento protezionistico. Con l'insorgenza dell'obbligo dello Stato di farla cessar, giusta l'obbligo dell'allora art. 10 TCE. Il quale impone a tutti gli organi degli Stati membri, nell'ambito delle loro rispettive competenze, l'obbligo di garantire il rispetto del diritto comunitario. In esso rientra anche quello di ripristinare condizioni conformi al diritto comunitario. Sottolinea, ancora, l'avvocato generale che, in particolare, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di inadempimento contrattuale nel settore degli appalti pubblici non è desumibile finora alcun esempio che fornisca parametri utili ai fini della soluzione di una siffatta fattispecie trilaterale di carattere contrario al diritto comunitario". "Utili riferimenti si ricavano invece dalla giurisprudenza in materia di recupero di aiuti da parte degli Stati membri in caso di concessioni contrarie al diritto comunitario. In tale contesto i principi di non discriminazione e di certezza del diritto e di legittimo affidamento vanno contemperati, spettando al giudice nazionale la decisione di merito..

Nell'applicazione di tale principio, particolare rilievo assume la determinazione del mancato guadagno, per le ragioni che si diranno.

Si è, infatti, affermato in giurisprudenza che *“l'utile netto da lui [appaltatore n.d.r.] conseguibile con l'esecuzione delle opere appaltate, [è] costituito dalla differenza tra il pattuito prezzo globale dell'appalto e le spese che si sarebbero rese necessarie per la realizzazione delle opere, restando salva per il committente la facoltà di provare che l'interruzione dell'appalto non ha impedito all'appaltatore di realizzare guadagni sostitutivi ovvero gli ha procurato vantaggi diversi.* (Cass. Sez. 6 - 2, Ordinanza n. 9132 del 06/06/2012). Si è anche affermato che *“vertendosi in tema di debito di valore e non di valuta, il giudice deve tener conto nella relativa quantificazione, anche d'ufficio, della svalutazione monetaria sopravvenuta sino alla data della liquidazione, e degli interessi moratori.”* (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 77 del 08/01/2003). La giurisprudenza consolidata, peraltro, gli riconosce comunque un contenuto risarcitorio (sin da Cass. Sez. 2, **Sentenza n. 1911 del 04/04/1981**).

Sulla scorta di questa disciplina va quindi riconosciuto il valore dei lavori eseguiti, le spese generali, le retribuzioni dovute agli ausiliari.

Quanto all'utile, si deve sottrarre dal prezzo dell'opera ancora da eseguire, il valore delle spese cui l'appaltatore avrebbe dovuto far fronte per addivenire al completamento dell'opera.

Dunque, si è precisato non consiste nel lucro cessante che l'appaltatore poteva sperare o prevedere al momento della conclusione del contratto né rileva l'eventuale mancato guadagno che l'appaltatore avrebbe potuto trarre da altri appalti che abbia rifiutato per eseguire quello stipulato (in dottrina, ex variis, Rubino-Iudica, *Appalto*, sub 1671, p. 504 ss; Bandiera, Codice dell'appalto privato, p. 685), ferma restando, per il committente la possibilità di provare che l'interruzione dell'appalto non ha impedito all'appaltatore di realizzare guadagni sostitutivi ovvero gli ha procurato vantaggi diversi (Cass. Sez. 2 - , **Sentenza n. 8853 del 05/04/2017**).

Il tema della determinazione dell'utile assume particolare rilievo nell'individuazione dello strumento applicabile: infatti, la disposizione che si è appena menzionata concerne *l'appalto privato* ed appare applicabile alla convenzione che è intercorsa attraverso un semplice negozio bilaterale. Deve infatti richiamarsi il Parere del Consiglio di Stato, sez. II, n. 570 del 1991 a mente del quale *“L'atto con cui la costituenda società concessionaria delle Ferrovie dello Stato per la costruzione delle nuove linee ferroviarie ad alta velocità, attribuisce la loro costruzione ad imprese "general contractors", che le costruiranno entro un termine definito e per un prezzo determinato, anche in considerazione della natura di società privata della concessionaria stessa, va qualificato non come una sub-concessione, ma come un contratto innominato di servizi e di prestazioni.”*.

Dunque, come il massimo organo consultivo riconosce in ordine alla genesi della convenzione, si è al cospetto di un negozio di diritto privato.

L'applicabilità della disciplina di determinazione forfettaria delle opere non eseguite (previsto dapprima dall'art. 345 della legge 2248/1865, All. F, e successivamente ripreso

dalle leggi 109/1994 , dal d.P.R. 554/1999, dall'art. 134 del codice degli appalti n. 163/06 e, infine, dall'art. 109 del vigente c.c.p.) appare opinabile sia per la natura del contratto (eminentemente privatistico) sia per le difficoltà applicative del criterio di calcolo ivi previsto, individuato nel decimo dell'importo delle opere non eseguite, da determinarsi sulla differenza tra l'importo dei quattro quindi del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta e l'ammontare netto dei lavori eseguiti. Esso pare postulare lo svolgimento della procedura a evidenza pubblica, nella specie non avvenuto, per la individuazione del GC.

Cionondimeno, non potendosi escludere *a priori* l'utilizzabilità del criterio del decimo dei lavori non eseguiti, possono rappresentarsi – sul piano delle conseguenze prettamente monetarie – due scenari, di diversa onerosità, derivanti dallo scioglimento del contratto di convenzione.

Il primo scenario è quello per cui, all'esito della composizione (giudiziale o stragiudiziale) dell'eventuale conflitto si giunga all'applicazione della forfettizzazione pari al decimo delle opere eseguite.

Esemplificativamente, e dando per presupposto che l'importo delle opere non eseguite sia integralmente computato e coperto nella parte di prezzo forfettario non ancora messa a disposizione, e giusta i dati forniti da RFI per le vie brevi, all'importo di avanzamento pari a 1.522 Milioni di Euro (che ricomprende le attività di esproprio svolte dal GC e, giusta le clausole contrattuali che delimitano il prezzo in maniera forfettaria), fa da contraltare l'importo residuo del contratto pari a 4.636 Milioni di Euro, il decimo di tale somma è pari a 463,6 milioni di €. Onde questa sarebbe in primissima approssimazione, nello scenario verosimilmente più favorevole (in cui si facesse applicazione delle disposizioni relative al recesso dal contratto pubblico), l'esborso che comunque ne discenderebbe.

Il secondo scenario, viceversa, tiene in conto le molteplici ragioni di dubbio circa l'applicabilità, al rapporto di convenzione, della disciplina pubblicistica in luogo di quella dettata dal codice civile, con conseguente maggiore difficoltà e prevedibilità delle somme che andrebbero erogate a titolo di indennizzo. In tal caso, infatti, non è certa l'applicabilità della medesima regola di forfettizzazione dell'indennizzo (che pure appare riconosciuta, in tema di appalti privati, da parte della giurisprudenza di merito¹²), con conseguente necessità

¹² Tribunale Grosseto, 04/07/2017, n. 652 *"In tema di appalto, in caso di recesso del committente, è onere dell'appaltatore che chiede di essere indennizzato del mancato guadagno, a norma dell'art.1 671 c.c., dimostrare quale sarebbe stato il guadagno conseguibile con l'esecuzione delle opere appaltate (differenza tra prezzo di appalto e costo delle stesse), restando salva per il committente la facoltà di provare che l'interruzione dell'appalto non ha impedito all'appaltatore di realizzare guadagni sostitutivi ovvero gli ha procurato vantaggi diversi. Nella determinazione equitativa il criterio del 10% del valore dell'appalto utilizzato in materia di appalti pubblici - dove è previsto ex lege - può quindi costituire un criterio di massima da seguire anche in ambito di appalti tra privati per la determinazione del lucro cessante da riconoscere all'impresa appaltatrice a seguito di recesso della committente, qualora il giudice ritenga di liquidare equitativamente il danno, non dimostrabile altrimenti con precisione in giudizio."*; v. pure Cass. 5879/2017, a mente della quale *Nella liquidazione di tale indennizzo, peraltro, il giudice del merito ha facoltà di applicare il criterio equitativo che, se costituisce il metodo normale per la valutazione del lucro cessante, può essere utilizzato per qualsiasi danno e, in particolare, per la determinazione della quota di spese generali, costi di ammortamento, impegno improduttivo di materiali e mano d'opera, quando sia impossibile o assai difficoltoso, sulla base di una valutazione discrezionale del giudice, fornire la prova precisa dell'entità del*

di determinare in concreto l'utile ex art. 1671 c.c. . A tal proposito, A questi costi, inoltre, devono aggiungersi tutte le spese relative alla presa in consegna delle opere e alla necessità di far fronte alle pretese di terzi, conseguenti all'adozione dell'atto di recesso, e che non sarebbero più coperte dalle clausole del contratto con le quali il Consorzio si impegna a tenere indenne RFI da tali pretese (almeno a far data dall'esercizio del recesso stesso).

Infine, la disciplina della contribuzione comunitaria all'opera potrebbe porsi come ulteriore elemento in grado di pesare sul costo economico dello scioglimento del contratto, sub specie di oneri di restituzione di finanziamenti non utilizzati¹³.

Tutto ciò considerato, sul piano dei meccanismi che sono idonei a incidere *unilateralmente* e in via *amministrativa o privatistica* sulle diverse fonti dell'opera in questione, pare che lo strumento meramente provvedimentale poco si presti a disciplinare con un sufficiente grado di vincolatezza e sicurezza di stabilità di risultati la gestione dell'eventuale annullamento dell'opera specie per quanto riguarda la determinazione delle modalità e degli oneri di gestione di tutta l'attività conseguente e che meglio potrebbe essere regolata attraverso la determinazione, con fonte primaria, dell'oggetto dell'indennizzo.

In definitiva, anche sulla scorta dei precedenti di passate legislature, la scelta politica in ordine alla prosecuzione del rapporto sarebbe meglio perseguibile attraverso una regolamentazione ad hoc su base normativa primaria, che si faccia carico di disporre la revoca della concessione unitamente allo scioglimento del contratto, e che si faccia, altresì, carico di intervenire sulla scorta di valutazioni rinnovate dell'interesse alla prosecuzione o meno dell'opera nonché di disciplinare puntualmente gli effetti sulla situazioni soggettive dipendenti e dunque gli oneri di indennizzo verso i terzi, temporalmente delimitati a quanto avviene *successivamente* all'adozione del provvedimento stesso.

pregiudizio sofferto"; resta salva per Trib. Milano, sez. VII 4 settembre 2012, "per il committente la facoltà di provare che l'interruzione dell'appalto non ha impedito all'appaltatore di realizzare guadagni sostitutivi ovvero gli ha procurato vantaggi diversi".

¹³ L'art. 12 del Regolamento UE 1316/13, disciplina il potere della Commissione di "ridurre, recuperare o sopprimere l'assistenza finanziaria... in particolare in caso di ritardi significativi nella realizzazione dell'azione." Ovvero, comma 3, il rimborso totale o parziale dell'assistenza finanziaria concessa se, entro due anni dalla data di completamento stabilita nelle condizioni assegnazione dell'assistenza finanziaria, la realizzazione dell'azione che ne beneficia non è stata terminata".