

APPALTI: T.A.R. Lazio -Roma, Sezione IV-ter, Sentenza 9 dicembre 2024, n. 22130, in Foro Amministrativo n. 12 del 2024, pag. 1764.

1. Giustizia amministrativa - Rito in materia di contratti pubblici - - Termini impugnatori degli atti delle procedure di gara - Dies a quo di decorrenza -Individuazione: dalla conoscenza o da quando avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione.

2. Giustizia amministrativa -Processo amministrativo -Rito speciale in materia di contratti pubblici - Termine impugnatorio degli atti di gara - Dies a quo di decorrenza - In caso di tempestiva presentazione di un'istanza di accesso agli atti -Individuazione: dalla conoscenza degli atti di gara -Proposizione di un ricorso « al buio » -Non è necessario.

3. Giustizia amministrativa -Processo amministrativo -Rito speciale in materia di contratti pubblici - - Termine impugnatorio degli atti di gara - Omessa impugnazione del diniego di accesso agli atti di gara - Non determina l'effetto di far retroagire il dies a quo al momento della comunicazione dell'aggiudicazione.

4. Giustizia amministrativa -Processo amministrativo - Rito speciale in materia di contratti pubblici - Ricorso cumulativo - Condizioni e presupposti di ammissibilità -Individuazione.

5. Impresa pubblica - Trenitalia S.p.A. - Qualificazione quale impresa pubblica - E non anche come organismo di diritto pubblico - Ragioni.

6. Impresa pubblica - Indizione di gare ad evidenza pubblica - Obbligatorietà – Condizioni: se opera nei settori speciali e se oggetto dell'affidamento siano attività strumentali a quella svolta nei settori speciali -Giurisdizione esclusiva ex art. 133, c. 1, lett. e, punto 1, c.p.a. -Sussistenza.

7. Appalti - Regole in materia di procedimento ad evidenza pubblica - Sono inderogabili - Autoqualificazione della gara come « non soggetta al Codice dei Contratti Pubblici di cui al D.lg. 31 marzo 2023 n. 36 e s.m.i. » -Irrilevanza -Pincipio *iura novit curia* -Applicabilità

8. Impresa pubblica - Ricambio dei beni strumentali allo svolgimento del servizio che costituisce il core business dell'impresa pubblica - Ben può essere avvinto da un nesso di strumentalità funzionale con l'attività svolta nei settori speciali.

9. Impresa pubblica - Assoggettamento della gara alle previsioni della Direttiva 2014/25/UE e alle disposizioni nazionali di recepimento - « Nesso di strumentalità funzionale » - Deve sussistere tra il contratto che l'impresa pubblica intende affidare e l'attività che tale soggetto svolge in uno dei settori elencati dagli artt. 146 ss. Codice dei contratti pubblici e 8 ss. della Direttiva.

10. Appalti - Procedura di gara - Principio del risultato - Non tollera, in sede di aggiudicazione, incertezze circa la possibilità, per l'operatore economico, di eseguire correttamente e tempestivamente il contratto.

11. Appalti e contratti pubblici - Procedura di gara - Annullamento dell'aggiudicazione - Subentro del ricorrente vittorioso nel contratto -Ammissibilità: condizioni e presupposti.

1. I termini imposti per proporre i ricorsi avverso gli atti delle procedure di affidamento cominciano a decorrere solo quando « il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione » e una possibilità, come quella prevista dall'art. 43 del d.lgs. n. 104/2010, di sollevare motivi aggiunti nell'ambito di un ricorso iniziale proposto nei termini contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto non costituisce sempre un'alternativa valida di tutela giurisdizionale effettiva. Infatti, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, gli offerenti sarebbero costretti a impugnare in abstracto la decisione di aggiudicazione dell'appalto, senza conoscere, in quel momento, i motivi che giustificano tale ricorso.

2. Anche nel vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, può affermarsi il principio in forza del quale, dal momento che l'individuazione del dies a quo continua a dipendere dal rispetto delle

disposizioni sulle formalità inerenti all'informazione e alla pubblicazione degli atti di gara, come previsto anche dal vigente art. 120, comma 2, c.p.a., che rinvia a sua volta agli artt. 36 e 90, d.lgs. n. 36/2023, non è necessaria la previa proposizione di un ricorso « al buio » nel caso in cui tali formalità siano state omesse e qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara; in questi casi, il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti mediante la presentazione di una tempestiva istanza di accesso, prontamente riscontrata dalla Stazione appaltante.

3. L'omessa impugnazione del diniego di accesso agli atti di gara non costituisce ragione di inosservanza dei canoni di ordinaria diligenza del ricorrente e non determina l'effetto di far retroagire il dies a quo al momento della comunicazione dell'aggiudicazione. Pertanto, qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati), il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti

4. Il ricorso cumulativo è ammissibile a condizione che ricorrano congiuntamente i requisiti dell'identità di situazioni sostanziali e processuali, che le domande siano identiche nell'oggetto e che gli atti impugnati abbiano lo stesso contenuto, e della identità di censure, di talché anche nel caso di una gara unitaria suddivisa in più lotti, ciò potrà ammettersi solo laddove vi sia articolazione, nel gravame, di censure idonee ad inficiare segmenti procedurali comuni (ad esempio il bando, il disciplinare di gara, la composizione della Commissione giudicatrice, la determinazione di criteri di valutazione delle offerte tecniche ecc.) alle differenti e successive fasi di scelta delle imprese affidatarie dei diversi lotti e, quindi, a caducare le pertinenti aggiudicazioni » .

5. Trenitalia non costituisce un organismo di diritto pubblico, come tale tenuto all'osservanza del procedimento ad evidenza pubblica, a prescindere dal requisito della strumentalità funzionale, per l'assorbente ragione che, sebbene non vi sia, in assoluto, incompatibilità fra lo svolgimento di attività di impresa e l'operatività in settori contrassegnati da un'economia di mercato, da un lato, e la qualificabilità dell'ente come organismo di diritto pubblico, dall'altro, nel caso di specie è assente il requisito c.d. teleologico (costituzione della società per la soddisfazione di finalità non industriali o commerciali, che deve sussistere, cumulativamente, assieme a quelli della personalità giuridica e dell'influenza pubblica dominante, con la conseguenza che la mancanza anche di uno solo di essi non consente di qualificare il committente come organismo di diritto pubblico), svolgendo la stessa attività di impresa sul mercato con fini di lucro, secondo criteri di rendimento, efficacia e redditività, con assunzione del rischio di impresa, anche per il segmento relativo all'adempimento di obblighi di servizio pubblico. È invece corretta la qualificazione di Trenitalia come « impresa pubblica », operante nel settore del trasporto ferroviario, sussistendone tutti i relativi requisiti, in particolare quello dell'influenza dominante esercitata da una Stazione appaltante, atteso che il suo capitale risulta interamente sottoscritto da Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A. che, a propria volta, è partecipata al 100% dal Ministero dell'Economia e delle Finanze .

6. Il soggetto privato che opera in virtù di diritti esclusivi, così come l'impresa pubblica, è obbligato ad indire gare ad evidenza pubblica solo al ricorrere di due concorrenti presupposti: quando esso opera nei settori speciali; quando oggetto dell'affidamento siano attività strumentali a quella svolta nei settori speciali. Per gli appalti « estranei », aggiudicati per scopi diversi dalle attività svolte nei settori speciali, non si determina alcuna riesplorazione della disciplina in materia di settori ordinari ma la sottrazione ad entrambe le Direttive (n. 2004/17/CE e 2004/18/CE), con conseguente applicazione delle regole di diritto comune e devoluzione delle relative controversie al G.O., anche laddove il soggetto privato si sia volontariamente autovincolato al rispetto di una procedura selettiva. Diversamente, allorché siano ravvisabili entrambi i requisiti, *ratione personae* e *ratione materiae*, la controversia rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a norma dell'art. 133, c. 1, lett. e, punto 1, c.p.a., trattandosi di affidamenti svolti da « soggetti tenuti al rispetto della normativa comunitaria.

7. Le regole in materia di procedimento ad evidenza pubblica sono pacificamente inderogabili, sicché non rientra nella disponibilità del committente l'autoqualificazione della gara, contenuta nell'avviso pubblico, come «non soggetta al Codice dei Contratti Pubblici di cui al D.lg. 31 marzo 2023 n. 36 e s.m.i.», spettando, al giudice, sulla scorta del principio *iura novit curia*, il corretto inquadramento della vicenda procedimentale.

8. Non sembra sostenibile che il ricambio dei beni strumentali allo svolgimento del servizio che costituisce il core business dell'impresa pubblica non sia avvinto da un nesso di strumentalità funzionale con l'attività svolta nei settori speciali, proprio perché rientra nel normale « ciclo di vita » di qualunque impresa lo smaltimento e la dismissione (anche a prescindere dal parziale reimpiego) del materiale non più utilizzabile in virtù di scelte gestionali, per adempiere a prescrizioni volte a salvaguardare la salute e la sicurezza dei passeggeri (emerge dagli atti, ad esempio, che in parte dei rotabili in dismissione è presente dell'amianto) ovvero, più semplicemente, al fine assicurare la migliore esecuzione della prestazione in favore della clientela.

9. Il c.d. « nesso di strumentalità funzionale », ai fini dell'assoggettamento della gara alle previsioni della Direttiva 2014/25/UE e alle corrispondenti disposizioni nazionali di recepimento, deve sussistere non già tra il contratto che l'impresa pubblica (o il soggetto titolare di diritti speciali o esclusivi) intende affidare e la prestazione principale che questa offre sul mercato, bensì tra il primo e l'attività che tale soggetto svolge in uno dei settori elencati dagli artt. 146 ss. Codice dei contratti pubblici e 8 ss. della Direttiva. Del resto, sia la norma generale di cui all'art. 141, comma 2, che gli artt. 146 ss. del predetto Codice (analogamente alle rispettive disposizioni della direttiva) fanno costante riferimento alle « attività inerenti al settore ».

10. Il principio del risultato non tollera, in sede di aggiudicazione, incertezze circa la possibilità, per l'operatore economico, di eseguire correttamente e tempestivamente il contratto, di cui il Giudice Amministrativo deve tener conto, avuto riguardo al fatto che il risultato concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo, facendo transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili.

11. In caso di annullamento dell'aggiudicazione, è possibile disporre il subentro del ricorrente vittorioso nel contratto, laddove quest'ultimo abbia ad oggetto prestazioni di durata non ancora terminate e il subentrante possa essere destinatario degli ulteriori ordinativi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Trenitalia S.p.A. e di Vico S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2024 il dott. Valerio Bello e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato in data 8 luglio 2024 alla resistente Trenitalia S.p.A. (di seguito soltanto “Trenitalia”) e alla controinteressata Vico S.r.l. (di seguito soltanto “Vico”), la ricorrente Rail & Recycling S.r.l. (di seguito, per brevità, “Rail”), tempestivamente depositato, ha impugnato

l'aggiudicazione disposta in favore della Vico, in data 7 marzo 2024 (coincidente con la comunicazione di tale esito alla ricorrente), di entrambi i lotti nei quali è stata suddivisa la procedura aperta, indetta con avviso pubblicato sul Portale Acquisti di Trenitalia S.p.A., *“finalizzata all'istituzione di Accordi Quadro aventi ad oggetto il servizio di bonifica ed eventuale demolizione o sola demolizione di rotabili movibili, in asset alle Direzioni di Trenitalia e destinati alla dismissione dal loro patrimonio”*, per un importo complessivo pari ad €19.425.782,55, ed espressamente qualificata dalla committente come *“appalto avente ad oggetto prestazioni non strumentali allo svolgimento dell'attività di trasporto ferroviario e pertanto non soggetta al Codice dei Contratti Pubblici di cui al D.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 e s.m.i.”*.

1.1. La Rail ha impugnato, altresì, la determina del 14 aprile 2024 (anch'essa comunicata in pari data), di rettifica dei punteggi relativi all'elemento dell'offerta tecnica T3 (*“Capacità produttiva dedicata”*: v. pag. 11 del disciplinare di gara) e, conseguentemente, dei punteggi finali dell'offerta tecnica e dell'offerta globale, con relativa conferma dell'aggiudicazione disposta in favore dell'odierna controinteressata.

2. La ricorrente, dunque, ha chiesto l'annullamento dei predetti atti di aggiudicazione, dichiarandosi disponibile al subentro, a norma dell'art. 124 c.p.a., nei contratti *medio tempore* stipulati, previa declaratoria di inefficacia, ovvero, in subordine, la condanna al risarcimento del danno per equivalente, da liquidarsi in corso di causa.

3. Da ultimo, la Rail ha impugnato la nota di Trenitalia del 14 marzo 2024, con la quale, nonostante la precisazione secondo cui *“nel caso di specie non trova applicazione la disciplina in tema di accesso agli atti amministrativi, in quanto, come indicato anche nei documenti di gara (...) l'affidamento in questione è estraneo all'ambito di applicazione della disciplina pubblicistica in tema di contratti”*, sono stati comunicati (soltanto) i valori finali dei parametri tecnici ed economici sulla base delle offerte presentate dagli altri operatori concorrenti, ritenuta dalla ricorrente non soddisfattiva dell'istanza di accesso, avente ad oggetto tutti gli atti di gara idonei a consentire la tutela in giudizio delle proprie ragioni, avanzata il giorno precedente e reiterata, con esito negativo, per le stesse ragioni (nota del 18 aprile 2024), in data 26 marzo 2024.

3.1. Va immediatamente segnalato che, con autonoma impugnazione ex art. 116 c.p.a., l'odierna ricorrente ha domandato al Tribunale la condanna all'ostensione degli atti richiesti con le due istanze di accesso, procedimento iscritto al n. 5534/24 R.G., con udienza fissata in data 24 settembre 2024 e prontamente definito con declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, come da dichiarazione resa dalla parte interessata, *“avendo Trenitalia osteso la documentazione richiesta, successivamente integrata dalla documentazione depositata nell'ulteriore instaurato giudizio R.G. 7749/2024”*.

4. Costituendosi in giudizio, Trenitalia e Vico hanno sollevato numerose ed articolate eccezioni di rito (concludendo, in ogni caso, per il rigetto nel merito del ricorso), sicché, per esigenze di chiarezza espositiva, il Collegio procederà all'esame delle prime, antepoendolo finanche all'illustrazione delle censure relative alla pretesa illegittimità dell'aggiudicazione dei due lotti.

5. Previa rinuncia alla domanda cautelare da parte della ricorrente, è stata fissata, per la discussione del ricorso, l'udienza pubblica del 22 ottobre 2024, all'esito della quale la causa è stata trattenuta in decisione.

6. *Sull'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e sull'assoggettabilità della gara alle regole del diritto comune dei contratti*

In ordine di priorità logico-giuridica, la prima questione che deve essere vagliata dal Tribunale, rispetto alla quale le parti hanno ampiamente argomentato nei propri scritti difensivi, è quella relativa alla sussistenza o meno della giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia, a norma dell'art. 133, comma 1, lett. e.1), c.p.a., a sua volta dipendente dalla risoluzione dell'alternativa, sul piano del diritto sostanziale, in ordine alla ricomprensione o meno della fattispecie in esame nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici e, dunque, circa l'applicabilità o meno delle regole in materia di procedimento ad evidenza pubblica.

Queste ultime sono pacificamente inderogabili, sicché non rientra nella disponibilità della committente l'autoqualificazione della gara, contenuta nell'avviso pubblico, come “*non soggetta al Codice dei Contratti Pubblici di cui al D.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 e s.m.i.*”, spettando al giudice, sulla scorta del principio *iura novit curia*, il corretto inquadramento della vicenda procedimentale.

6.1. Ciò posto, è incontroverso tra le parti - asserzione indubbiamente corretta e condivisa dal Collegio - che Trenitalia S.p.A. sia un'impresa avente natura giuridica di ente di diritto privato, operante nell'ambito dei c.d. settori speciali (artt. 141 ss., d.lgs. n. 36/23, “Codice dei contratti pubblici”, d'ora in poi “c.c.p.”; direttiva 2014/25/UE del Parlamento e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, d'ora in poi “direttiva”), tra i quali rientrano i “servizi di trasporto” (art. 149 c.c.p.; art. 11 della direttiva).

Infatti, le disposizioni appena citate, di identico contenuto, precisano che tra i “servizi di trasporto” vanno annoverate le “*attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario*”.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha chiarito che “*Ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2004/17/CE, costituisce «gestione di reti» l'esercizio del diritto di utilizzo della rete ferroviaria per la fornitura dei servizi di trasporto. La gestione di reti si distingue in tal*

modo dalla «messa a disposizione di reti», che è una prerogativa del gestore dell'infrastruttura e non dell'impresa ferroviaria (CGUE, sez. IX, 28 febbraio 2019, in C-388/17).

Trenitalia fornisce servizi di trasporto, in concorrenza con altre imprese, avvalendosi dell'infrastruttura ferroviaria, sicché sulla sua qualificazione come “gestore di rete” e sul suo inquadramento come soggetto operante nell'alveo dei settori speciali non occorre diffondersi ulteriormente.

6.2. Tanto premesso, l'applicabilità delle norme della direttiva e del c.c.p. ai soggetti operanti nei settori speciali è circoscritta da precise regole che ne delimitano l'ambito di applicazione sia soggettivo che oggettivo.

6.3. A norma dell'art. 141 c.c.p., le disposizioni del Libro III (dedicato ai settori speciali) si applicano alle “stazioni appaltanti” (*“qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice”*: art. 1, lett. a, all. I.1) o agli “enti concedenti” (*“qualsiasi amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero altro soggetto pubblico o privato, che affida contratti di concessione di lavori o di servizi e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice”*: art. 1, lett. a, all. I.1) che svolgono una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152, i quali definiscono l'attuale perimetro dei settori speciali (gas ed energia termica; elettricità; acqua; servizi di trasporto; settore dei porti e degli aeroporti; settore dei servizi postali; estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi).

Tali disposizioni si applicano, altresì, agli altri soggetti che annoverano tra le loro attività una o più tra quelle previste dagli articoli da 146 a 152 e operano in virtù di “diritti speciali o esclusivi”.

Sono “enti aggiudicatori”, a norma dell'art. 7 della direttiva n. 2014/25/UE, come tali tenuti al rispetto delle norme sul procedimento ad evidenza pubblica, anche gli “organismi di diritto pubblico” (*“qualsiasi soggetto, anche avente forma societaria, dotato di capacità giuridica, istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, attraverso lo svolgimento di un'attività priva di carattere industriale o commerciale e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”*: art. 1, lett. e, all. I.1), nonché le “imprese pubbliche”, vale a dire le imprese sulle quali *“le stazioni appaltanti possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano detta impresa”*. L'influenza dominante “è presunta quando le stazioni appaltanti, direttamente o

indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente, detengono la maggioranza del capitale sottoscritto, controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa ovvero possono designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa" (art. 1, lett. e, all. I.1).

Queste ultime sono enti aggiudicatori soltanto nei settori speciali (la direttiva n. 23/2014/UE sui settori ordinari non le annovera tra le amministrazioni aggiudicatrici) e per le attività ad essi strumentali.

Infatti, come evidenziato dalla giurisprudenza (Cons. St., sez. V, 25 agosto 2021, n. 6043), le imprese pubbliche *"non rientrano tra le amministrazioni aggiudicatrici nei settori ordinari (...) per gli appalti 'estranei', aggiudicati per scopi diversi dalle loro attività nei settori speciali"*.

Tale estraneità non ha per "effetto naturale" che la materia sia comunque disciplinata dalla normativa sui settori ordinari, *"nulla essendo stato esplicitamente stabilito a questi effetti"*, avendo le direttive privilegiato un criterio oggettivo, legato al settore di attività e alla inerenza ad esso dell'affidamento, rispetto ad uno puramente soggettivo, nonché mantenuto i due complessi normativi rigorosamente distinti.

Ne deriva che gli appalti non strumentali affidati da tali enti aggiudicatori sono estranei alla disciplina del Codice dei contratti (Cons. St., sez. V, 29 gennaio 2018 n. 590), con conseguenti soggezione alle regole di diritto comune e devoluzione al giudice ordinario delle relative controversie.

Sul punto, si è rimarcato come *"in tema di appalti pubblici occorre differenziare, nel novero degli enti aggiudicatori, le amministrazioni aggiudicatrici e le imprese pubbliche: nel caso di amministrazioni aggiudicatrici, che sono soggetti di diritto pubblico, non sembrano esservi ostacoli ad ammettere che, per i loro appalti estranei ai settori speciali, si riespande l'applicazione della disciplina degli appalti dei settori ordinari; diversamente, nel caso delle imprese pubbliche, che sono enti aggiudicatori nei settori speciali (art. 2, dir. n. 2004/17/CE), ma non sono contemplati tra le amministrazioni aggiudicatrici nei settori ordinari (artt. 1 e 2, dir. n. 2004/18/CE), per gli appalti "estranei", aggiudicati per scopi diversi dalle loro attività nei settori speciali (art. 20, dir. n. 2004/17/CE), la sottrazione alla dir. n. 2004/17/CE non comporta l'espansione della dir. n. 2004/18/CE, ma piuttosto la sottrazione a entrambe le direttive comunitarie"* (Cons. St., Ad. Plen., 1° agosto 2011 n. 16).

Dunque, l'ambito di applicazione soggettivo della disciplina dei settori speciali è significativamente più ampio rispetto a quello delineato per i settori ordinari, in quanto ricomprende anche soggetti che non sono pubbliche amministrazioni in senso tradizionale e che rivestono natura privata, laddove sia ravvisabile un'influenza dei pubblici poteri sulla loro organizzazione o sulla loro attività ovvero essi operino in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi dall'autorità competente.

6.4. Quanto all'ambito di applicazione oggettivo, non trattandosi di pubbliche amministrazioni, per le imprese pubbliche e per i soggetti privati titolari di poteri speciali o esclusivi, l'imposizione del rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, in quanto si risolve in una significativa compressione dell'autonomia contrattuale, nella sua declinazione in termini di procedimento di formazione del consenso negoziale, non può avvenire *de plano* e per qualsivoglia affidamento, richiedendosi a tal fine un ulteriore requisito, di natura oggettiva e finalistica, che delimita ulteriormente l'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti nei settori speciali.

L'art. 141, comma 2, c.c.p., stabilisce, infatti, che le imprese pubbliche e i privati titolari di diritti speciali o esclusivi applicano le disposizioni del Libro III con il limite della strumentalità ad una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152, da intendersi in senso strettamente funzionale, in armonia con le indicazioni del diritto dell'Unione europea e della giurisprudenza formatasi sul punto, così come previsto dalla legge delega n. 78/22.

Conseguentemente, *“l'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale”* (Cons. St., Ad. Plen., n. 16/11 cit.). *“Il soggetto privato che opera in virtù di diritti esclusivi, così come l'impresa pubblica, è obbligato ad indire gare ad evidenza pubblica solo al ricorrere di due concorrenti presupposti: quando esso opera nei settori speciali; quando oggetto dell'affidamento siano attività strumentali a quella svolta nei settori speciali”* (Cons. St., sez. V, 29 gennaio 2018, n. 590; Cass. civ., sez. un., 13 maggio 2020, n. 8849).

Come già evidenziato, per gli appalti “estranei”, aggiudicati per scopi diversi dalle attività svolte nei settori speciali, non si determina alcuna riespansione della disciplina in materia di settori ordinari ma la sottrazione ad entrambe le direttive, con conseguente applicazione delle regole di diritto comune e devoluzione delle relative controversie al giudice ordinario, anche laddove il soggetto privato si sia volontariamente autovincolato al rispetto di una procedura selettiva (Cons. St., sez. V, 30 dicembre 2019, n. 8905; T.A.R. Umbria, Perugia, sez. I, 28 ottobre 2021, n. 776).

Diversamente, allorché siano ravvisabili entrambi i requisiti, *ratione personae* e *ratione materiae*, la controversia rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a norma dell'art. 133, c. 1, lett. e, punto 1, c.p.a., trattandosi di affidamenti svolti da *“soggetti tenuti al rispetto della normativa comunitaria”* (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 6 luglio 2021, n. 7967).

6.5. Chiarito che la disciplina sui settori speciali trova applicazione sia quando l'affidamento concerne un contratto avente ad oggetto direttamente una delle attività definite dagli artt. da 146 a 152 del Codice, sia quando l'oggetto si pone in una relazione soltanto mediata e indiretta con una di siffatte

attività ma in connessione con essa, occorre soffermarsi sul concetto di strumentalità, rispetto al quale alcune importanti indicazioni pervengono dalla giurisprudenza eurounitaria.

La Corte di giustizia (sentenze 10 aprile 2008 in C-393/06 e 19 aprile 2018 in C-152/17, richiamate, di recente, dalla pronuncia del 28 aprile 2020 in C-521/18, resa su rinvio pregiudiziale del T.A.R. Lazio, sede di Roma, in una controversia relativa all'affidamento di servizi di portierato, reception e presidio varchi per le sedi di Poste Italiane S.p.a. e di altre società del gruppo) ha affermato come rientrino nel campo di applicazione delle direttive sui settori speciali anche gli appalti che, *“anche se sono di natura differente e potrebbero, così, rientrare di norma nell'ambito di applicazione della direttiva n. 2004/18, servono per l'esercizio delle attività definite nella direttiva 2004/17 (...) nella misura in cui hanno un nesso con un'attività (...) esercitata nei settori considerati dagli artt. 3-7 di tale direttiva”*. Tale nesso *“non può essere di una natura qualunque”*; *“non è sufficiente che i servizi (...) contribuiscano positivamente alle attività dell'ente aggiudicatore e ne accrescano la redditività”*; infatti, deve trattarsi di servizi che consentano *“la realizzazione in maniera adeguata di tale attività, tenuto conto delle sue normali condizioni di esercizio, ad esclusione delle attività esercitate per fini diversi dal perseguimento dell'attività settoriale di cui trattasi”*.

Fondamentale è la precisazione secondo cui *“lo stesso vale per le attività che, avendo natura complementare e trasversale, potrebbero, in altre circostanze, servire all'esercizio di altre attività non rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva vertente sui settori speciali”*, sicché occorre effettuare una valutazione caso per caso non incentrata esclusivamente sulla natura intrinseca del servizio strumentale c.d. “neutro” (vale a dire, utile o necessario per qualsivoglia tipo di attività).

La giurisprudenza interna ha ulteriormente precisato che *“il concetto di strumentalità dell'appalto dev'essere interpretato in modo ragionevolmente restrittivo, intendendosi per tale un affidamento che sia finalizzato agli scopi propri (core business) dell'attività speciale”* (Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2022 n. 10634; n. 590/18 cit.; Ad. Plen. n. 16/11 cit.). Ancora, *“la disciplina dei settori speciali opera solo se l'affidamento si pone in rapporto di mezzo a fine rispetto al settore speciali di pertinenza”* (Cons. St., sez. V, n. 8905/19 cit.).

7. Così delineato l'attuale quadro normativo e giurisprudenziale in tema di ambito di applicazione, soggettivo ed oggettivo, delle disposizioni relative ai settori speciali, è da escludere, innanzitutto, che Trenitalia, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente (che richiama, sul punto un precedente di questo Tribunale espressosi in maniera dubitativa e in un mero *obiter dictum*), sia un “organismo di diritto pubblico” (come tale, tenuta all'osservanza del procedimento ad evidenza pubblica a prescindere dal requisito della strumentalità funzionale), per l'assorbente ragione che, sebbene non vi sia, in assoluto, *“incompatibilità fra lo svolgimento di attività d'impresa e l'operatività in settori contrassegnati da un'economia di mercato, da un lato, e la qualificabilità dell'ente come organismo*

di diritto pubblico, dall'altro" (Cass. civ., sez. un., 28 giugno 2019, n. 17567), nel caso di specie è assente il requisito c.d. teleologico (costituzione della società per la soddisfazione di finalità non industriali o commerciali, che deve sussistere, cumulativamente, assieme a quelli della personalità giuridica e dell'influenza pubblica dominante, con la conseguenza che la mancanza anche di uno solo di essi non consente di qualificare il committente come organismo di diritto pubblico: *ex multis*, CGUE, sez. IV, 5 ottobre 2017 in C-567/15), richiesto dalla norma definitoria sopra riportata, svolgendo la resistente attività di impresa sul mercato con fini di lucro, secondo criteri di rendimento, efficacia e redditività (cfr. Cass. civ., sez. un., 13 gennaio 2023, n. 974), con assunzione del rischio d'impresa, anche per il segmento relativo all'adempimento di obblighi di servizio pubblico (le cui compensazioni economiche, previste dal contratto di servizio, sono dirette, secondo gli schemi tipici del diritto pubblico dell'economia, esclusivamente ad assicurare il conseguimento delle finalità di interesse generale alla base dell'istituzione del servizio in favore degli utenti c.d. "non remunerativi", garantendo comunque all'impresa un ragionevole margine di utile, secondo i criteri elaborati dalla nota giurisprudenza *Altmark* della Corte di Giustizia).

7.1. È invece corretta la qualificazione - invero, sostenuta anche dalle parti resistente e controinteressata - di Trenitalia come "impresa pubblica", operante nel settore del trasporto ferroviario, sussistendone tutti i relativi requisiti, in particolare, quello dell'influenza dominante esercitata da una stazione appaltante, atteso che il suo capitale risulta interamente sottoscritto da Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A., che, a propria volta, è partecipata al 100% dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (per la qualificazione, negli stessi termini, di "Ferservizi S.p.A", altra società del gruppo FS, come impresa pubblica, v. Cass. civ., sez. un., 3 ottobre 2024, n. 25956).

8. Rammentato che la procedura di gara, oggetto di causa, "*è finalizzata all'istituzione di Accordi Quadro aventi ad oggetto il servizio di bonifica ed eventuale demolizione o sola demolizione di rotabili movibili in asset alle Direzioni di Trenitalia e destinati alla dismissione dal loro patrimonio*" e che "*Il concorrente aggiudicatario dovrà provvedere alla bonifica da amianto dei rotabili, con rimozione di eventuali FAV presso il proprio impianto raccordato alla Rete Ferroviaria Nazionale. Successivamente alla bonifica/rimozione FAV potrà essere richiesta al concorrente aggiudicatario la demolizione dei rotabili stessi. Nel caso in cui i rotabili non contenessero amianto l'Appaltatore dovrà provvedere direttamente alla demolizione degli stessi e alla rimozione di eventuali FAV*" (v. pag. 2 del disciplinare di gara), è necessario, a questo punto, indagare se trattasi di "contratto strumentale da un punto di vista funzionale all'attività prevista dall'art. 149 c.c.p.", secondo la dizione di cui all'art. 141, comma 2 del Codice.

8.1. Le posizioni delle parti sul punto possono sintetizzarsi come segue:

- secondo la ricorrente (ferma la prospettazione, in via principale, della qualificazione di Trenitalia come organismo di diritto pubblico), il servizio di bonifica ed eventuale demolizione o sola demolizione di mezzi adibiti al trasporto di persone, merci e materiali sarebbe “connesso e strumentale” allo svolgimento di quest’ultimo, non essendo *“ragionevolmente sostenibile che il servizio di trasporto ferroviario (in particolare, di passeggeri), possa prescindere da un servizio di bonifica dei mezzi ancora utilizzabili o di smaltimento dei mezzi ormai non più utilizzabili, che assicuri la disponibilità di rotabili movibili in condizioni di sicurezza, pulizia ed efficienza operativa idonee allo svolgimento del servizio di trasporto al quale sono destinati (...) la dimissione del materiale rotabile non più adeguato è strumentale, infatti, al rinnovo del materiale rotabile, che costituisce specifico obbligo di Trenitalia al fine del corretto espletamento del servizio di trasporto e per il quale Trenitalia riceve appositi finanziamenti sia ordinari che straordinari”* (pag. 12 ss. della memoria conclusionale);

- ad avviso di Trenitalia, in una prospettiva diametralmente opposta, l’attività di dismissione sarebbe radicalmente diversa da quella di acquisto di nuovo materiale rotabile, atteso che la prima *“non è assolutamente necessaria ad assicurare l’erogazione ‘al pubblico’ del servizio di trasporto ferroviario, essendo esclusivamente finalizzata consentire a Trenitalia, in un’ottica di libertà imprenditoriale, di ‘disfarsi’ di materiali divenuti inutilizzabili. In altre parole, si tratta di un’attività che si pone ontologicamente ‘al di fuori’ del perimetro tracciato dall’art. 149 del Codice per il settore speciale dei trasporti, che riguarda esclusivamente la fornitura del servizio ‘al pubblico’”* (pag. 9 della memoria di replica);

- allo stesso modo, eccepisce la controinteressata come *“lo scopo perseguito dalla committente tramite la procedura non risiede nell’affidamento di un’attività manutentiva volta al ripristino dei rotabili–ovvero i mezzi leggeri in asset alle Direzioni Trenitalia (Lotto 1) e le rimorchiate ed i locomotori anch’essi in asset alle Direzioni Trenitalia (Lotto 2) -in un’ottica di futuro riutilizzo degli stessi in condizioni di maggiore sicurezza, pulizia ed efficienza a beneficio degli utenti, bensì nella loro dismissione dal patrimonio delle Direzioni di Trenitalia. Il che, indiscutibilmente, esclude ogni presunta strumentalità dell’esecuzione di dette attività funzionale ad una ripresa dell’esercizio ferroviario ovvero al trasporto quale servizio pubblico in quanto istituito per assicurare la mobilità dei cittadini sul territorio ex art. 149 del Codice”* (pag. 7 della memoria di replica).

8.2. L’argomento speso da Trenitalia e dalla Vico trae espressamente spunto da una recente vicenda contenziosa, che presenta indubbie analogie con la fattispecie all’esame del Collegio, ove il T.A.R. Lazio prima (sez. III, 14 maggio 2024, n. 9530) e il Consiglio di Stato poi (sez. IV, 5 agosto 2024, n. 6974) hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario in relazione ad una gara indetta da E-distribuzione S.p.A. per l’affidamento di un contratto avente ad oggetto la raccolta, il trasporto, il

recupero e lo smaltimento di rottami di trasformatori MT/BT fuori uso sul presupposto che *“il trasporto, il recupero e lo smaltimento dei rottami oggetto del contratto non si pone rispetto all’attività di produzione energetica ‘in termini di mezzo a fine, né può essere considerata come inclusa nella gestione del servizio’, posto che tale ultima attività ben può essere in ipotesi svolta senza la prima, per cui non è ravvisabile quel nesso di strumentalità rispetto al settore speciale regolato dal codice dei contratti pubblici”* (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, n. 6974/24 cit.), sicché le attività in questione non sono *“funzionali al perseguimento degli scopi propri dell’attività speciale, trattandosi di attività non strettamente necessarie ai fini della produzione e distribuzione di energia elettrica”* (Cons. St., sez. IV, n. 6974/24 cit.).

8.3. Ritene il Collegio che, nel caso di specie, sussista il requisito previsto dall’art. 141, comma 2, c.c.p., dal quale deriva la sottrazione della procedura al diritto comune dei contratti e il corretto incardinamento della controversia dinanzi al giudice amministrativo.

8.3.1. In primo luogo, è necessario precisare che il c.d. “nesso di strumentalità funzionale”, ai fini dell’assoggettamento della gara alle previsioni della direttiva 2014/25/UE e alle corrispondenti disposizioni nazionali di recepimento, deve sussistere non già tra il contratto che l’impresa pubblica (o il soggetto titolare di diritti speciali o esclusivi) intende affidare e la *prestazione principale* che questa offre sul mercato, bensì tra il primo e l’attività che tale soggetto svolge in uno dei settori elencati dagli artt. 146 ss. c.c.p. e 8 ss. della direttiva.

Il riferimento all’attività e non al contratto concluso con l’utenza - espressione che, attualmente, sul piano giuridico, assume, in quest’ambito, valore puramente descrittivo, ad indicare che si è in presenza di prestazioni dal carattere marcatamente pubblicistico, trattandosi di servizi essenziali da erogare alla collettività in modo indiscriminato e in regime di equivalenza dell’accesso ai medesimi, assetto che mal si conciliava, in linea di principio, in origine con l’imposizione di una logica concorrenziale e che ha condotto il legislatore europeo a sottrarre, in un primo momento, i settori c.d. *esclusi* dall’ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti (direttiva n. 71/305/CEE del Consiglio del 26 luglio 1971 in materia di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, recepita nel nostro ordinamento con l. 8 agosto 1977, n. 584; direttiva n. 77/62/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1976 in materia di forniture, attuata con l. 30 marzo 1981, n. 113) - impone di declinare in modo più puntuale il requisito della strumentalità funzionale rispetto ad alcune letture che si rinvencono nella giurisprudenza nazionale e che derivano da un approccio eccessivamente casistico e disancorato dal dato normativo e teleologico proprio della disciplina in questione.

Del resto, sia la norma generale di cui all’art. 141, comma 2, che gli artt. 146 ss. c.c.p. (analogamente alle rispettive disposizioni della direttiva) fanno costante riferimento alle “attività inerenti al settore”.

8.3.2. Se alla perimetrazione normativa del *settore* (dapprima “escluso” e, in un secondo momento, all’esito dei processi di parziale liberalizzazione favoriti dal progresso tecnologico e dell’imposizione di regole volte a favorire la c.d. “concorrenza per il mercato”, divenuto “speciale”, a seguito dell’introduzione di una regolamentazione differenziata rispetto a quella dei settori ordinari, che permane tutt’oggi, con la direttiva n. 90/531/CEE del 17 dicembre 1990 del Consiglio relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, successivamente estesa agli appalti di servizi mediante la direttiva n. 93/38/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993) è affidato il compito di individuare il mercato rilevante, il concetto di *attività* è, comunque, significativamente più ampio della nozione civilistica di *prestazione*.

Segnatamente, l’*attività* (d’impresa) comprende, notoriamente, anche il complesso degli atti di organizzazione che investono l’intero “ciclo di vita” aziendale dell’operatore economico e di approntamento dei mezzi, reali e personali, volto ad offrire una *prestazione* nel mercato di riferimento.

Per tale ragione, non possono condividersi letture eccessivamente restrittive come quelle che riferiscono il “*rapporto di mezzo a fine*” al solo segmento di attività relativo al servizio reso al pubblico, se inteso unicamente come rapporto sinallagmatico che si instaura tra l’impresa e la clientela, prospettiva che, del resto, al di là del costante richiamo dei principi elaborati a partire dalla pronuncia dell’Adunanza plenaria n. 16 del 2011, non trova generalmente conferma in giurisprudenza.

Basti considerare, ad esempio, che, in ordine ai servizi postali, la Corte di giustizia dell’Unione europea (sez. V, 28 ottobre 2020 in C-521/18), su rinvio pregiudiziale del giudice amministrativo italiano, ha affermato che “*è difficilmente ipotizzabile che dei servizi postali possano essere forniti in maniera adeguata in assenza di servizi di portierato, reception e presidio varchi degli uffici del prestatore interessato*” (nel caso di specie, Poste Tutela S.p.a., società appartenente al gruppo Poste Italiane), affermando in tal modo la sussistenza del nesso di strumentalità, previa qualificazione dell’ente come impresa pubblica, mentre, nel settore del trasporto ferroviario, la giurisprudenza ha ravvisato il nesso di strumentalità tra l’attività di gestione della rete svolta da Rete Ferroviaria Italiana S.p.a. e il servizio di pulizia di stazioni, impianti, uffici ed officine, in quanto “*non appare ragionevolmente sostenibile che il servizio di trasporto (in particolare, di passeggeri) (...) possa prescindere da un servizio di pulizia, che assicuri condizioni igienico-sanitarie adeguate, non solo a coloro che operano nel servizio trasporti medesimo, ma anche a tutti coloro (i passeggeri) che del servizio trasporti costituiscono gli utenti*” (Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2017, n. 1297).

Si tratta di letture non ingiustificatamente estensive, che ampliano la portata del nesso di strumentalità funzionale fino a ricomprendere servizi accessori rispetto alla prestazione principale e che appaiono corrette alla luce di quanto si è detto e si dirà oltre.

8.3.3. Con ciò non si vuole di certo affermare, in contrasto con la giurisprudenza eurounitaria e con il dato normativo, che qualunque contratto affidato dall'impresa pubblica operante nei settori speciali debba essere proceduto da un affidamento secondo le regole dell'evidenza pubblica, né negare che *“il concetto di strumentalità dell'appalto dev'essere interpretato in modo ragionevolmente restrittivo, intendendosi per tale un affidamento che sia finalizzato agli scopi propri (core business) dell'attività speciale”* (Cons. St., sez. V, n. 10634/22 cit.; 590/18 cit.; Ad. Plen. n. 16/11 cit.).

Quel che il Collegio intende precisare è che una lettura restrittiva del requisito della strumentalità funzionale - ampiamente giustificata, come già precisato, dal fatto che le imprese pubbliche sono soggetti che, in linea di principio, in quanto aventi la natura giuridica di enti di diritto privato, sarebbero tenute, nel procedimento di formazione della propria volontà negoziale, alle sole norme del diritto comune dei contratti - è sostenibile soltanto se riferita all'*attività*, nell'accezione precisata, svolta nei settori speciali e agli “scopi propri” di quest'ultima (peraltro in linea con le enunciazioni di principio che si rinvergono in giurisprudenza).

È fondamentale, dunque, individuare con esattezza gli elementi che devono necessariamente risultare legati da tale nesso, gli estremi di tale relazione di strumentalità.

In altri termini, tale lettura (quantomeno nelle enunciazioni di principio) rigorosa (peraltro, costantemente ribadita soltanto dalla giurisprudenza nazionale, ove si è visto che, per la Corte di Giustizia, è sufficiente *“la realizzazione in maniera adeguata di tale attività, tenuto conto delle sue normali condizioni di esercizio, ad esclusione delle attività esercitate per fini diversi dal perseguimento dell'attività settoriale di cui trattasi”*) non può condurre a restringere l'ambito di applicazione oggettivo della disciplina dei settori speciali incidendo sulla stessa perimetrazione normativa dell'attività inerente, risolvendo quest'ultima nella mera prestazione del servizio al pubblico.

8.3.4. Del resto, è la stessa evoluzione storica della disciplina in esame, della quale si è dato sinteticamente conto nei paragrafi che precedono, che si muove in questa direzione.

Ancora oggi, a distanza di più di un decennio dall'adozione della prima normativa comunitaria dedicata, la vigente direttiva 2014/25/UE sui settori speciali precisa, al *considerando* n. 1, che *“risulta opportuno mantenere norme riguardanti gli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, in quanto le autorità nazionali continuano a essere in grado di influenzare il comportamento di questi enti, anche attraverso la partecipazione al loro capitale sociale o l'inserimento di propri rappresentanti nei loro organi amministrativi, direttivi*

o di vigilanza. Un ulteriore motivo che spinge a continuare a regolare normativamente gli appalti pubblici in questi settori è costituito dalla natura chiusa dei mercati in cui agiscono gli enti in tali settori, data l'esistenza di diritti speciali o esclusivi concessi dagli Stati membri in materia di alimentazione, fornitura o gestione delle reti per erogare il servizio pertinente", a testimonianza del fatto che il diritto unionale tende, in quest'ambito, ad allargare e non a restringere l'ambito di applicazione della disciplina degli appalti, nella costante preoccupazione di assicurare il dispiegarsi della "concorrenza per il mercato" in contesti caratterizzati dalla particolare struttura dei mercati di riferimento ("naturalmente chiusi", secondo un'efficace espressione della dottrina) e dall'influenza dominante esercitata dai soggetti pubblici.

8.4. Ne deriva che soluzioni riduttive come quella accolta nella vicenda relativa all'appalto indetto per la raccolta, il trasporto, il recupero e lo smaltimento di rottami di trasformatori MT/BT fuori uso, richiamata, *mutatis mutandis*, dalle parti resistente e controinteressata a sostegno dell'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo nel caso di specie, appaiono distoniche rispetto al contesto normativo e giurisprudenziale sedimentato nel tempo.

In particolare, non sembra sostenibile che il ricambio dei beni strumentali allo svolgimento del servizio che costituisce il *core business* (Cons. St., sez. V, n. 10634/22 cit.) dell'impresa pubblica non sia avvinto da un nesso di strumentalità funzionale con l'attività svolta nei settori speciali, proprio perché rientra nel normale "ciclo di vita" di qualunque impresa lo smaltimento e la dismissione (anche a prescindere dal parziale reimpiego, aspetto sul quale insiste la società ricorrente ma che appare irrilevante ai fini del riparto di giurisdizione) del materiale non più utilizzabile in virtù di scelte gestionali, per adempiere a prescrizioni volte a salvaguardare la salute e la sicurezza dei passeggeri (emerge dagli atti, ad esempio, che in parte dei rotabili in dismissione è presente dell'amianto) ovvero, più semplicemente, al fine assicurare la migliore esecuzione della prestazione in favore della clientela (operazioni che il Collegio non ritiene affatto "*non strettamente necessarie*", espressione contenuta nelle sentenze richiamate dalle parti eccipienti). Ciò che rende l'argomento secondo cui il contratto avente ad oggetto "*il servizio di bonifica ed eventuale demolizione o sola demolizione di rotabili movibili, in asset alle Direzioni di Trenitalia e destinati alla dismissione dal loro patrimonio*" "*ontologicamente 'al di fuori' del perimetro tracciato dall'art. 149 del Codice per il settore speciale dei trasporti, che riguarda esclusivamente la fornitura del servizio 'al pubblico'*" condivisibile, alla luce di tutte le considerazioni esposte e in ragione del fatto che il riferimento al "pubblico" contenuto nell'art. 149 c.c.p. e nell'art. 11 della direttiva serve ad individuare il perimetro del settore speciale considerato e non la *prestazione principale* alla quale il contratto si pretende debba essere funzionalmente correlato, nei termini ampiamente precisati nei paragrafi che precedono.

9. Sull'eccezione di irricevibilità del ricorso

Trenitalia, nella propria memoria di costituzione, ha eccepito la tardività del ricorso in quanto la mancata tempestiva impugnazione del diniego di ostensione degli atti della procedura di gara opposto dalla società il 14 marzo 2024 escluderebbe quella “diligenza” necessaria per fruire della dilazione temporale del termine di impugnazione secondo l’insegnamento dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (2 luglio 2020, n. 10), con la conseguenza che il termine di impugnazione dell’aggiudicazione decorrerebbe, nella specie, dalle relative comunicazioni del 7 marzo 2024.

Ritiene il Collegio, al contrario, che il ricorso sia tempestivo, per le ragioni che seguono.

9.1. Innanzitutto, l’applicazione dei principi affermati dall’Adunanza Plenaria conduce, a ben vedere, alla soluzione diametralmente opposta rispetto a quella predicata dalla parte resistente.

Il massimo consesso della giustizia amministrativa, nel tentativo di coniugare la regola generale secondo cui *“qualora sia proposta azione di annullamento, il ricorso deve essere notificato, a pena di decadenza, alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell'atto stesso entro il termine previsto dalla legge, decorrente dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza, ovvero, per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge”* con il disposto dell’art. 120, comma 5, c.p.a., il quale continua(va) a disporre che *“per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto”*, e di risolvere il difetto di coordinamento venutosi a creare con l’abrogazione del d.lgs. n. 163/06, cui l’art. 120, comma 5, c.p.a. continua(va) a rinviare, ha aderito, tra quelli elaborati dalla giurisprudenza nella vigenza del d.lgs. n. 50/16, all’orientamento che aveva affermato la perdurante rilevanza, con gli opportuni ed inevitabili adattamenti, del richiamo ancora contenuto nell’art. 120, comma 5, del c.p.a., ma da intendere rivolto non più all’art. 79 (“Informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni”) del “primo codice” ormai abrogato, bensì all’art. 76 (“Informazione dei candidati e degli offerenti”) del “secondo codice”.

Conseguentemente, *“In considerazione del diverso contenuto dell'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, si è precisato che la 'dilazione temporale' prima fissata in dieci giorni per l'accesso informale ai documenti di gara (disciplinato dall'art. 79, comma 5 quater, del 'primo codice', ma non più disciplinato dal 'secondo codice') si debba ora ragionevolmente determinare in quindici giorni, termine previsto dal vigente art. 76, comma 2, del 'secondo codice’*

per la comunicazione delle ragioni dell'aggiudicazione su istanza dell'interessato” e “Similmente a quanto deciso in giurisprudenza in sede di interpretazione dell'art. 120, comma 5, del c.p.a. nel periodo di vigenza dell'art. 79 del 'primo codice', si è altresì ribadito che, qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara, il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti”.

In particolare, si è recisamente respinta l'idea, alla base dell'opposto orientamento, secondo cui “il termine di trenta giorni per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione decorre in ogni caso dalla ricezione della comunicazione della aggiudicazione ovvero, in mancanza, dalla conoscenza dell'aggiudicazione che l'interessato abbia comunque acquisito aliunde”, non rilevando più “la distinzione (prima basata sull'art. 120, comma 5, dell'art. 79 del 'primo codice', ma divenuta irrilevante) tra i vizi desumibili dall'atto comunicato, per il quale il dies a quo decorrerebbe dalla comunicazione dell'aggiudicazione, e gli altri vizi percepibili aliunde, per i quali il dies a quo decorrerebbe dal momento dell'effettiva conoscenza”, con la conseguenza che “la conoscenza dei vizi dell'aggiudicazione, successiva alla sua comunicazione, consente la proponibilità dei motivi aggiunti”.

Pertanto, se l'individuazione del dies a quo “continua a dipendere dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla 'informazione' e alla 'pubblicazione' degli atti, nonché dalle iniziative dell'impresa che effettui l'accesso informale con una 'richiesta scritta', per la quale sussiste il termine di quindici giorni previsto dall'art. 76, comma 2, del 'secondo codice', applicabile per identità di ratio anche all'accesso informale” (disciplinato dalle regole generali previste dall'art. 5 del regolamento approvato con il d.P.R. n. 184 del 2006, a seguito della mancata riproduzione nel “secondo codice” di specifiche disposizioni sull'accesso informale agli atti di gara), “L'Amministrazione aggiudicatrice deve consentire all'impresa interessata di accedere agli atti, sicché - in presenza di eventuali suoi comportamenti dilatori (che non possono comportare suoi vantaggi processuali, per il principio della parità delle parti) (...) qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati), il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti”.

9.2. La “diligenza” richiamata da Trenitalia riguarda, secondo l'Adunanza Plenaria, esclusivamente l'onere per “L'impresa interessata - che intenda proporre un ricorso - (...) di consultare il 'profilo del committente', dovendosi desumere la conoscenza legale degli atti dalla data nella quale ha luogo la loro pubblicazione con i relativi allegati (data che deve costantemente risultare dal sito).

Tuttavia, se tale obbligo di pubblicazione resta inadempito, *“Poiché il termine di impugnazione comincia a decorrere dalla conoscenza del contenuto degli atti, anche in tal caso non è necessaria la previa proposizione di un ricorso 'al buio' [in abstracto], nella terminologia della Corte di Giustizia, e di per sé destinato ad essere dichiarato inammissibile, per violazione della regola sulla specificazione dei motivi di ricorso, contenuta nell'art. 40, comma 1, lettera d), del c.p.a.], cui dovrebbe seguire la proposizione di motivi aggiunti”*.

Ciò è coerente, secondo la Plenaria, con quanto affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in sede di interpretazione delle disposizioni della c.d. “direttiva ricorsi”, nel senso che i termini imposti per proporre i ricorsi avverso gli atti delle procedure di affidamento cominciano a decorrere solo quando *“il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione”* (Corte di Giustizia, Sez. IV, 14 febbraio 2019, in C-54/18) e *“una possibilità, come quella prevista dall'articolo 43 del decreto legislativo n. 104/2010, di sollevare ‘motivi aggiunti’ nell'ambito di un ricorso iniziale proposto nei termini contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto non costituisce sempre un'alternativa valida di tutela giurisdizionale effettiva. Infatti, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, gli offerenti sarebbero costretti a impugnare in abstracto la decisione di aggiudicazione dell'appalto, senza conoscere, in quel momento, i motivi che giustificano tale ricorso”* (Corte di Giustizia, Sez. IV, 14 febbraio 2019, in C-54/18).

Pertanto, né l'Adunanza Plenaria, né la giurisprudenza successiva, hanno mai affermato che l'omessa impugnazione del diniego di accesso agli atti di gara costituisca ragione di inosservanza dei canoni di ordinaria diligenza del ricorrente e determini l'effetto di far retroagire il *dies a quo* al momento della comunicazione dell'aggiudicazione.

9.3. Va ribadito che, *“qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati), il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti”*.

Pretendere che il partecipante alla gara, come tale legittimato a richiedere l'ostensione degli atti del procedimento ad evidenza pubblica (salve le esclusioni previste dalla legge), debba impugnare, con autonomo ricorso, il diniego di accesso, specie se reiterato, oltre che in contrasto col superiore principio di economia dei mezzi processuali in connessione con quello del rispetto della scarsità della risorsa “giustizia” e con il principio di buona fede e correttezza che informa i rapporti tra gli operatori economici e le stazioni appaltanti (attualmente codificato dall'art. 5 del nuovo Codice dei contratti pubblici e già desumibile dall'art. 1, comma 2 *bis*, l. n. 241/90), sarebbe in evidente contraddizione con le fondamentali ragioni alla base della soluzione ermeneutica della dilazione temporale, ben evidenziata di recente da una pronuncia del Consiglio di Stato in tema di differimento dell'accesso

(Cons. St., sez. III, 8 gennaio 2023, n. 9599), che ha dato posto sul medesimo piano, da un lato, la *“diligenza dell'operatore economico, per aver tempestivamente formalizzato l'istanza ostensiva”*, dall'altro, la *“correttezza della stazione appaltante nell'altrettanto tempestivo riscontro della stessa”*.

9.4. Infine, occorre considerare che, come ritenuto dal Collegio, la gara oggetto di causa è soggetta all'applicazione del d.lgs. n. 36/23, il cui art. 209, intervenendo sul testo dell'art. 120 c.p.a., ha specificato, al suo secondo comma, che *“Il termine decorre, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 90 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022 oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del medesimo codice”*.

Nel caso di specie, Trenitalia avrebbe dovuto, nell'osservanza dell'art. 36, commi 1 e 2, d.lgs. n. 36/23, richiamato dal nuovo art. 120, comma 2, c.p.a., rendere disponibili, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi, contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90, l'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione (comma 1), nonché rendere reciprocamente disponibili, agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria, gli atti di cui al comma 1 e le offerte dagli stessi presentate (comma 2).

Mutuando i principi affermati dall'Adunanza Plenaria, può affermarsi che il legislatore del “terzo” Codice ha inteso nuovamente risolvere il tema dell'individuazione di una *“data oggettivamente riscontrabile”*, cui ancorare il *dies a quo* per l'impugnazione degli atti di gara, subordinandola al rispetto, da parte della stazione appaltante, delle disposizioni normative volte ad assicurare ai partecipanti alla gara informazioni dettagliate, che nella specie sono state rese solo parzialmente disponibili in data 12 giugno 2024 sul portale dedicato. *“Del resto, tale assunto è conforme all'interpretazione resa dalla Corte di Giustizia in sede di interpretazione della direttiva 89/665/CEE del 21 dicembre 1989, la quale ha evidenziato che i termini imposti per proporre i ricorsi avverso gli atti delle procedure di affidamento cominciano a decorrere solo quando il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione”* (Cons. St., sez. VII, 21 marzo 2024, n. 2773).

Pertanto, anche nel vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, può affermarsi il principio in forza del quale, dal momento che l'individuazione del *dies a quo* continua a dipendere dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti all'informazione e alla pubblicazione degli atti di gara, come previsto anche dal vigente art. 120, comma 2, c.p.a., che rinvia a sua volta agli artt. 36 e 90, d.lgs. n. 36/23, non è necessaria la previa proposizione di un ricorso “al buio” nel caso in cui tali formalità siano state omesse e qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara; in questi casi, il termine per

l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti mediante la presentazione di una tempestiva istanza di accesso, prontamente riscontrata dalla stazione appaltante.

9.5. Applicando le superiori coordinate ermeneutiche al caso di specie, dagli atti emerge che la prima istanza di accesso è stata formalizzata dopo pochi giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione e la seconda (a seguito del primo diniego) altrettanto tempestivamente, sicché l'eccezione di tardività del ricorso è infondata, avendo Trenitalia osteso la documentazione richiesta soltanto in data 12 giugno 2024, dunque non oltre i trenta giorni prima della data di notifica del ricorso (8 luglio 2024).

10. *Sull'eccezione di inammissibilità del ricorso cumulativo*

Come riportato in premessa, la Rail ha impugnato, col medesimo ricorso, l'aggiudicazione tanto del lotto 1, quanto del lotto 2, secondo la prospettazione di Trenitalia in violazione dell'art. 120, comma 13, c.p.a., a mente del quale *“Nel caso di presentazione di offerte per più lotti l'impugnazione si propone con ricorso cumulativo solo se sono dedotti identici motivi di ricorso avverso lo stesso atto”*.

In particolare, sostiene la resistente, *“le doglianze di controparte si incentrano su attività ontologicamente diverse e specifiche di ogni singolo lotto (essendo diversi sia i punteggi finali delle due graduatorie sia l'attività di verifica della comprova dei requisiti auto-dichiarati) cosicché è evidente che, non essendo stato contestato un segmento procedurale comune, nella fattispecie de qua non ricorrono le eccezionali condizioni per la proposizione di un ricorso cumulativo”*.

10.1. L'eccezione è infondata.

Secondo la giurisprudenza, *“Il ricorso cumulativo è ammissibile a condizione che ricorrano congiuntamente i requisiti della identità di situazioni sostanziali e processuali, che le domande siano identiche nell'oggetto e che gli atti impugnati abbiano lo stesso contenuto e della identità di censure, di talché anche nel caso di una gara unitaria suddivisa in più lotti ciò potrà ammettersi solo laddove vi sia articolazione, nel gravame, di censure idonee ad inficiare segmenti procedurali comuni (ad esempio il bando, il disciplinare di gara, la composizione della commissione giudicatrice, la determinazione di criteri di valutazione delle offerte tecniche ecc.) alle differenti e successive fasi di scelta delle imprese affidatarie dei diversi lotti e, quindi, a caducare le pertinenti aggiudicazioni”* (ex multis, Cons. St., sez. III, 19 dicembre 2022, n. 11076).

Il requisito della c.d. *“unicità attizia”* (cfr. Cons. St., sez. III, 1° febbraio 2023, n. 1120, citata dalla resistente), ad avviso del Collegio, allorché i lotti in cui la gara è suddivisa siano stati aggiudicati alla medesima impresa, sulla base di comuni regole di partecipazione, non va intesa in senso formalistico, dovendosi guardare alle censure in concreto articolate dalla parte ricorrente.

Nel caso di specie, la Rail lamenta (come si illustrerà in seguito) la mancanza di un requisito di partecipazione (la disponibilità di un impianto autorizzato e idoneo allo svolgimento delle attività

oggetto dell'appalto) in capo alla Vico, comune ai due lotti, sicché l'eventuale accoglimento dell'unico motivo di ricorso sarebbe idoneo a “*caducare le pertinenti aggiudicazioni*”.

Risulta, dunque, rispettata la *ratio* dell'art. 120, comma 13, c.p.a., posto che è ravvisabile “*una identità di causa petendi e una articolazione del petitum che, tuttavia, risulta giustificata dalla riferibilità delle diverse domande di annullamento alle medesime ragioni fondanti la pretesa demolitoria che, a sua volta, ne legittima la trattazione congiunta* (T.A.R. Lazio, sez. II, 29 aprile 2022, n. 5304).

11. *Sull'eccezione di inammissibilità della censura relativa all'attribuzione dei punteggi tecnici relativi al criterio T4 per difetto della prova di resistenza*

Infine, Trenitalia ha eccepito che, con riferimento al criterio T4 dell'offerta tecnica (contestazione di cui si dirà *infra*), indipendentemente dall'eventuale esclusione della Vico, se la Rail, nel lotto 1, ha ottenuto 0,55 punti, mentre nel lotto 2 ha conseguito 0,62 punti, la Costituenda ATI Intereco Servizi-Bandinelli (altra partecipante per entrambi i lotti), nel lotto 1 ha conseguito 1,38 punti e nel lotto 2 ha conseguito 1,45 punti, sicché la censura sarebbe, in ogni caso, inammissibile per carenza di interesse in ragione del mancato superamento della prova di resistenza.

L'eccezione è infondata, atteso che l'inammissibilità è predicabile soltanto allorché “*il gravame dell'aggiudicazione di un appalto pubblico (...) non sia finalizzato ad ottenere la rinnovazione della gara o l'esclusione dell'impresa aggiudicataria (che implicherebbero un immediato vantaggio per il ricorrente), ma che risulti fondato sulla sola contestazione della correttezza dei punteggi assegnati alle concorrenti*” (Cons. St., sez. V, 8 novembre 2021, n. 7420).

Nel caso di specie, invece, in ricorso è diretto, in via principale, proprio ad ottenere il risultato pratico dell'esclusione della controinteressata e del conseguente subentro della ricorrente in virtù della sua posizione di seconda graduata.

12. *Sul merito del ricorso. Le caratteristiche della gara e le posizioni delle parti*

12.1. La Rail ha impugnato i provvedimenti di aggiudicazione alla controinteressata Vico, in epigrafe indicati, comunicati in data 7 marzo 2024, relativi ad entrambi i lotti della procedura aperta, indetta con avviso di gara del 28 settembre 2023, pubblicato sul Portale Acquisti di Trenitalia S.p.A., per l'affidamento di due Accordi Quadro aventi ad oggetto il “*servizio di bonifica ed eventuale demolizione o sola demolizione di rotabili movibili, in asset alle Direzioni di Trenitalia e destinati alla dismissione dal loro patrimonio*”.

La procedura è stata, dunque, suddivisa in due autonomi lotti, uno relativo alla bonifica e demolizione di mezzi leggeri in asset alle Direzioni Trenitalia e destinati alla dismissione dal loro patrimonio, per un importo pari ad € 2.372.298,99 (Lotto 1), ed uno inerente la bonifica e demolizione di rimorchi

e locomotori in asset alle Direzioni Trenitalia e destinati alla dismissione dal loro patrimonio, per un importo pari ad € 17.053.483,56 (Lotto 2).

La durata dell'accordo quadro relativo a ciascun lotto è stata fissata in 60 mesi.

Il criterio di aggiudicazione prescelto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, con un massimo di trenta punti attribuibili alla proposta economica e di settanta a quella tecnica.

12.1.1. La ricorrente, classificatasi al secondo posto per entrambi i lotti, ritiene che l'aggiudicataria non abbia comprovato il possesso del requisito di capacità tecnica previsto dall'art. 7.2., lett. a), dell'avviso di gara, in forza del quale, ai fini della dimostrazione del possesso di un'idonea capacità tecnica, il concorrente deve disporre di un impianto (autorizzato secondo quanto previsto al successivo punto b) e designato allo svolgimento delle attività oggetto d'appalto, sul territorio italiano e raccordato alla rete ferroviaria nazionale (...).

Preliminarmente deve evidenziarsi che non è ammessa la partecipazione alla gara di concorrenti privi dei requisiti di ordine generale e speciale cui ai paragrafi 6 e 7 dell'avviso di gara (punto II.1 del disciplinare, "Condizioni di partecipazione").

Con specifico riguardo al requisito di capacità tecnica di che trattasi, l'avviso prevede che, a dimostrazione del suo possesso, il concorrente primo nella graduatoria deve produrre copia dei contratti/documenti comprovanti la disponibilità e l'esistenza del raccordo e il suo collegamento alla Rete Ferroviaria Italiana.

Ciò posto, la doglianza della Rail, articolata nell'unico motivo di ricorso, è incentrata sulla pretesa inidoneità a soddisfare il predetto requisito del contratto prodotto dalla Vico, stipulato con la società Funivie S.p.a. in data 4 gennaio 2019 e con scadenza fissata al 31 dicembre 2025, avente ad oggetto *"il servizio di terminalizzazione e manovra finalizzato alla movimentazione/trasferimento di veicoli ferroviari tra i binari di presa e consegna della stazione di RFI di San Giuseppe ed il fascio di binari del (...) sito produttivo"*, comprendente, come servizio accessorio, anche *"il parcheggio dei veicoli presso il parco di Funivie"*.

A sua volta, Funivie S.p.a. avrebbe la disponibilità del raccordo "base" (che collega l'infrastruttura in questione a quella di RFI), nella qualità di concessionaria degli impianti della "Funivia Savona-San Giuseppe", in forza della convenzione del 15 novembre 2007 conclusa con il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, mentre il sito della Vico è collegato al raccordo "base" di Funivie S.p.a. tramite "sub raccordo" (originariamente) in gestione al consorzio Cairo Reindustria S.c.a.r.l.

12.1.2. Due le criticità evidenziate dalla ricorrente.

Innanzitutto, la Cairo Reindustria S.c.a.r.l., società a partecipazione pubblica in liquidazione, ha dismesso tutto il proprio patrimonio, acquisito, in data 21 giugno 2022, a seguito di procedura ad

evidenza pubblica, dalla Servizi e Manovre Rete D'Imprese con personalità giuridica, cui partecipa, assieme ad altre società, anche la Vico, che, pertanto, non avrebbe la “disponibilità esclusiva” del “sub raccordo”.

In secondo luogo, il contratto tra la Vico e Funivie S.p.a., da un lato, presenta un termine finale (dicembre 2025) inferiore alla durata degli accordi quadro, dall'altro, non avrebbe, comunque, potuto considerarsi ancora produttivo di effetti al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, in quanto:

- con decreto del Capo del Dipartimento per la mobilità sostenibile dell'8 agosto 2022 è stata revocata, per decadenza, la concessione avente ad oggetto la gestione dell'infrastruttura e dei servizi di trasporto della Funivia Savona – San Giuseppe di Cairo e del relativo parco ferroviario per la durata complessiva di anni venticinque, affidata con la Convenzione stipulata in data 15 novembre 2007 tra il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e la società Funivie S.p.a., approvata con D.D. prot.n. 4105 del 27 novembre 2007;
- con l'art. 5 del decreto-legge 16 giugno 2022 n. 68, convertito dalla legge 5 agosto 2022, n. 108, sono state emanate disposizioni urgenti per la funzionalità dell'impianto funiviario, prevedendosi che, in caso di cessazione entro il 31 dicembre 2022 della concessione della Funivia Savona – San Giuseppe di Cairo, e nelle more dell'individuazione di un nuovo concessionario, il Presidente dell'Autorità di sistema portuale del Mar Ligure occidentale provvede alla gestione diretta dell'impianto funiviario, per un periodo massimo di ventiquattro mesi, prorogabile non oltre il 31 dicembre 2024, al fine di assicurare la continuità del servizio;
- con DM n. 411 del 23 dicembre 2022 è stata data attuazione alle suddette disposizioni, al fine di assicurare il ripristino della piena funzionalità degli impianti, la continuità dell'esercizio dei servizi, il mantenimento dei rapporti di lavoro con il personale addetto e lo svolgimento delle procedure di gara propedeutiche all'individuazione di un nuovo concessionario;
- l'art 4 del DM prevede che la “Gestione Funivie Savona - S. Giuseppe di Cairo” *“subentra nei contratti con i fornitori ed i clienti del concessionario uscente, nella misura in cui ciò si renda necessario ad assicurare la continuità gestionale ed il funzionamento del compendio aziendale”*;
- il successivo D.M. n. 37 del 15 febbraio 2024 (di sostituzione del “Commissario straordinario competente per la gestione diretta” con il “Commissario straordinario per i lavori di ripristino dell'impianto) avrebbe chiarito che tale subentro non è stato automatico, posto che, a norma dell'art. 3 del verbale di passaggio di consegne e trasferimento delle risorse e dei beni strumentali necessari per la gestione diretta dell'impianto, menzionato nel decreto, *“la gestione commissariale si è riservata la facoltà di subentrare nei contratti con i fornitori ed i clienti della società concessionaria uscente, previa attivazione di apposita due diligence, anche in merito ai profili di congruità e pertinenza”*.

Pertanto, la Vico non avrebbe dato prova dell'esistenza di una determinazione della gestione commissariale in ordine al subentro nel contratto concluso nel 2019 con Funivie S.p.a., che, inoltre, avrebbe dovuto essere assunta entro la scadenza del termine per la presentazione dell'offerta (15 dicembre 2023), integrando la disponibilità dell'impianto un requisito di partecipazione.

12.1.3. Inoltre, la "precarietà" del contratto, ove pure ritenuto ancora valido ed efficace, sarebbe riscontrabile anche nel fatto che esso ha ad oggetto un servizio di parcheggio, meramente accessorio a quello di terminalizzazione, che non assicura la messa a disposizione esclusiva e senza limiti temporali dell'area, potendo la gestione commissariale concludere analoghi contratti con altre imprese, riducendo così la capacità operativa della Vico.

Analogamente, la Vico non avrebbe la disponibilità esclusiva del binario di raccordo, condividendola con le altre imprese facenti parte della rete, sicché, in definitiva, sarebbe inverosimile l'indicazione, contenuta nell'offerta tecnica, con riguardo al requisito del "*Numero di rotabili in sosta presso il proprio stabilimento o presso un'area di sua disponibilità*", di un quantitativo di duecento rotabili, che ha permesso all'aggiudicataria di conseguire il massimo punteggio.

12.2. Trenitalia ha controdedotto (pag. 17 ss. della memoria di costituzione) che:

- non graverebbe sull'ente aggiudicatore alcun obbligo di ricercare "*ulteriori elementi che possano comprovare la validità di un contratto regolarmente prodotto dall'aggiudicataria in fase di comprova*", giacché "*in base al principio di leale collaborazione e fiducia (...) deve presumersi che i documenti prodotti dall'appaltatore in fase di comprova siano validi ed efficaci*";
- la documentazione prodotta in giudizio dalla Vico (in particolare, la comunicazione di variazione prezzi proveniente da Funivie S.p.a. in liquidazione del 21 dicembre 2022 - doc. 23 - e le fatture emesse fino a maggio 2024 - doc. 21) dimostrerebbe che il contratto del 2019 ha continuato a produrre effetti;
- l'art. 4 del DM 441/2022 dovrebbe essere interpretato nel senso che la "Gestione Funivie Savona – S. Giuseppe di Cairo" subentra senza soluzione di continuità nei contratti stipulati dal concessionario uscente che siano necessari ad assicurare la continuità gestionale ed il funzionamento del compendio aziendale, quale quello concluso con la Vico;
- subordinare la prosecuzione dei contratti alla necessità di un atto formale di subentro per ogni rapporto negoziale comporterebbe - inevitabilmente - uno iato temporale in cui si verificherebbe l'arresto totale dell'attività aziendale, con conseguente depauperamento del patrimonio, "*in ragione della necessità di: (i) valutare i contratti; (ii) stabilire quali siano necessari ad assicurare la continuità gestionale ed il funzionamento del compendio aziendale; (iii) predisporre e sottoscrivere un atto di subentro*";

- dunque *“per non frustrare le finalità perseguite con la gestione commissariale, l’art. 4 del D.M. 411/2022 deve essere interpretato nel senso che esso codifica, in via normativa, una facoltà di recesso unilaterale esercitabile dalla Gestione Funivie Savona – S. Giuseppe di Cairo in relazione ai contratti del concessionario uscente ritenuti non necessari ad assicurare la continuità gestionale ed il funzionamento del compendio aziendale”* (facoltà non esercitata rispetto al rapporto contrattuale con la Vico, *“come indiscutibilmente confermato dall’intervenuto avvio delle prestazioni contrattuali”*);
- sarebbe infondata anche la tesi secondo cui la durata del contratto non coprirebbe l’intero arco temporale degli accordi quadro, atteso che l’art. 8 prevede il rinnovo automatico e tacito per ulteriori sei anni (fino al 31 dicembre 2031), oltre all’impegno di Funivie S.p.a. di garantire la *“piena validità ed efficacia e l’opponibilità del presente contratto anche nei confronti di qualsiasi soggetto avente causa da essa e/o che a qualsiasi titolo e/o ragione le dovesse subentrare e/o succedere nella gestione dell’infrastruttura ferroviaria e nello svolgimento dei predetti servizi ferroviari”*.
- *“neppure potrebbe sostenersi che la previsione della facoltà di recesso alla prima scadenza contrattuale (primi 6 anni) valga a delimitare la durata del contratto”*, poiché ciò equivarrebbe ad affermare che *“tutti i contratti che al loro interno prevedano – per qualsiasi motivo – una facoltà di recesso esercitabile dai contraenti non possano essere ritenuti validi a comprovare il requisito in parola”*;
- inoltre, la *lex specialis* non avrebbe richiesto ai concorrenti il possesso del medesimo impianto raccordato alla rete ferroviaria nazionale per tutta la durata del contratto (come dimostrerebbe il fatto che Trenitalia non ha richiesto agli operatori economici la preventiva indicazione dell’impianto);
- conseguentemente, al fine di evitare la risoluzione del contratto di appalto, la Vico potrebbe sostituire l’impianto con uno diverso, purché conforme ai requisiti dettati dalla *lex specialis*, acquisendone la disponibilità, a condizione che ciò avvenga senza soluzione di continuità;
- la *lex specialis* non richiederebbe neppure che la disponibilità dell’impianto sia esclusiva, come sostenuto dalla ricorrente, costituendo ciò *“frutto di una precisa scelta di Trenitalia effettuata nell’ottica di ampliare la concorrenza e favorire la massima partecipazione possibile”*;
- infine, quanto al punteggio attribuito in considerazione del numero di rotabili in sosta (oltre a rilevare esclusivamente in sede di esecuzione del contratto), il venir meno del requisito per effetto della conclusione di analoghi contratti da parte della gestione commissariale ovvero quale conseguenza di rivendicazioni da parte delle altre partecipanti al contratto di rete integrerebbe una circostanza meramente ipotetica, come tale irrilevante.

12.3. La Vico, costituendosi in giudizio, ha controdedotto, a sua volta, che:

- la stessa è risultata, in precedenza, aggiudicataria di entrambi i lotti nell’ambito di una gara avente il medesimo oggetto di quella in contestazione (2016/V/33, bandita da Trenitalia), con contratti

applicativi regolarmente eseguiti e tuttora in corso di completamento, come da documentazione agli atti, nell'ambito dei quali è stato accertato dall'ente aggiudicatore che *“L'Appaltatore è titolare di impianto autorizzato al recupero dei rifiuti e designato per la consegna del materiale rotabile e l'esecuzione delle attività d'appalto, raccordato alla Rete Ferroviaria Italiana tramite il raccordo esistente con la stazione di San Giuseppe di Cairo Montenotte (SV)”*;

- la continuità della disponibilità dell'impianto e, dunque, la perdurante efficacia del contratto, senza soluzione di continuità, a dimostrazione che un formale atto di subentro non fosse necessario, sarebbe attestata anche per la gara oggetto di causa dalle fatture, agli atti, emesse dalla “Gestione Funivie Savona – San Giuseppe di Cairo” per l'esecuzione del primo contratto applicativo in data 30 giugno 2024 (doc. 38);

- non corrisponderebbe al vero che il requisito premiale di capacità tecnica relativo al numero massimo di rotabili in sosta non sarebbe soddisfatto, avendo la Vico la disponibilità di binari di raccordo e di un'area ben più estesi rispetto a quanto rappresentato dalla ricorrente.

Per il resto, le difese della controinteressata sono sostanzialmente sovrapponibili a quelle svolte da Trenitalia, alle quali si rinvia per ragioni di sintesi.

13. *Sul merito del ricorso. La decisione del Collegio*

Ritiene il Collegio che l'impugnazione avverso le due aggiudicazioni debba essere accolta, non ritenendosi soddisfatto il requisito di partecipazione di cui all'art. 7.2 dell'avviso di gara da parte della controinteressata - con conseguente assorbimento della censura concernente l'attribuzione del punteggio premiale - per le considerazioni che seguono.

13.1. In primo luogo, si osserva che la gestione commissariale non è “subentrata” *ipso iure* nei rapporti contrattuali, attivi e passivi, intrattenuti con clienti e fornitori da parte del concessionario decaduto.

A dimostrazione di ciò, è sufficiente richiamare il chiaro disposto dell'art. 4 del DM n. 411 del 23 dicembre 2022, che, nella sua formulazione letterale, soltanto apparentemente ambigua e suscettibile di opposte letture, distingue nettamente, da un lato, l'ipotesi del subentro “*nella misura*” (vale a dire, a condizione) “*in cui ciò si renda necessario ad assicurare la continuità gestionale ed il funzionamento del compendio aziendale*”, da quella del subentro “automatico”, non sottoposta ad alcuna condizione, “*nei contratti individuali di lavoro del personale dipendente della società concessionaria uscente*”.

Non a caso, tra le finalità dell'autorizzazione a gestione diretta, l'art. 5, d.l. n. 68 del 2022, annovera quella di “*mantenere gli attuali livelli occupazionali*”.

Del resto, la *ratio* dell'autorizzazione alla gestione diretta, disciplinata dall'art. 18, l. n. 1221 del 1952, cui l'art. 5 rinvia, è esclusivamente quella di garantire la continuità del servizio pubblico nel

periodo necessario all'assunzione dell'esercizio da parte del nuovo concessionario e non già quella di tutelare i terzi legati da vincoli contrattuali al concessionario uscente. Ciò è espressamente ribadito dal predetto art. 5, in forza del quale il Commissario *“provvede, per un periodo massimo di ventiquattro mesi, ad eseguire gli interventi necessari per il recupero della piena funzionalità tecnica di detta funivia, nonché all'individuazione di un nuovo concessionario secondo le modalità previste dal codice dei contratti pubblici”*.

Che vi sia una soluzione di continuità nei rapporti contrattuali (con facoltà di “subentro”) è confermato dall'art. 3 del DM n. 411 del 23 dicembre 2022, di attuazione dell'art. 5, il quale, nel prevedere che *“Restano a carico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti eventuali oneri economici derivanti dall'adempimento di obblighi sorti anteriormente e/o per fatti riferibili ai periodi precedenti al subentro del Presidente dell'Autorità di sistema portuale del Mar Ligure occidentale nella gestione diretta della “Gestione Funivie Savona - S. Giuseppe di Cairo”, chiarisce (sebbene con alcune imprecisioni terminologiche) come la gestione commissariale sia da considerarsi sciolta (salvo “subentro”) dai vincoli obbligatori precedentemente assunti, rispetto ai quali i terzi possono far valere le proprie pretese creditorie direttamente nei confronti del Ministero.*

In altri termini, l'interesse privato dei terzi che vantano diritti reali o personali sui beni dell'ente diviene recessivo rispetto all'interesse pubblico alla conservazione del patrimonio aziendale e alla continuità (nel caso di specie, al ripristino) dell'erogazione del servizio pubblico, spettando al nuovo soggetto investito della rappresentanza e della gestione l'assunzione di ogni determinazione ritenuta conveniente ed idonea al perseguimento della missione affidata.

13.2. Per tali ragioni, risulta del tutto coerente quanto riportato nel preambolo del successivo D.M. n. 37 del 15 febbraio 2024 con riguardo al *“Verbale di passaggio di consegne e trasferimento delle risorse e dei beni strumentali necessari per la gestione diretta dell'impianto ai sensi dell'art. 5 decreto-legge 16 giugno 2022 n. 68, convertito dalla legge 5 agosto 2022, n. 108 e ss.mm.ii., sottoscritto in data 16 marzo 2023 tra il Presidente pro-tempore dell'Autorità di sistema portuale del Mar Ligure occidentale, in qualità di Commissario straordinario della Gestione Funivie Savona - S. Giuseppe di Cairo, il Liquidatore di Funivie S.p.A. ed il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti”, nel quale si è precisato che “con riferimento ai contratti attivi e passivi con soggetti terzi, la gestione commissariale si è riservata la facoltà di subentrare nei contratti con i fornitori ed i clienti della società concessionaria uscente, previa attivazione di apposita due diligence, anche in merito ai profili di congruità e pertinenza”*.

Tali operazioni, in considerazione del carattere pubblicistico delle funzioni attribuite alla gestione commissariale, non possono che risolversi nell'adozione di un atto formale, della cui esistenza né la resistente, né la controinteressata hanno dato prova.

Al contrario, quest'ultima ha espressamente allegato, nella propria memoria difensiva, di non aver ricevuto alcuna comunicazione circa la prosecuzione o meno del rapporto contrattuale intrattenuto con la concessionaria uscente, sostenendo che tale omissione confermerebbe la perdurante efficacia del vincolo (*“nessuna comunicazione e/o altro atto avente ad oggetto l'ipotetica non necessarietà di tale subentro è mai stata inviata e/o resa nota a Vico”*: pag. 15 della memoria di costituzione).

A ben vedere, posto che nessuna delle norme citate prevede un termine per l'esercizio della facoltà di “subentro” da parte della gestione commissariale, tale circostanza conferma, in realtà, come il contratto del 2019 prodotto in sede di partecipazione alla gara oggetto di causa sia intrinsecamente “precario”, come ritenuto dalla ricorrente, e che tale fosse anche alla data di scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, ad onta delle prestazioni di movimentazione mezzi e di sosta di cui l'aggiudicataria si è avvalsa anche in epoca successiva all'insediamento della gestione commissariale.

13.3. Quest'ultima affermazione richiede ulteriori precisazioni.

Innanzitutto, il DM del febbraio 2024 ha precisato che il nuovo Commissario *“subentra nelle funzioni esercitate dal cessato Commissario straordinario per i lavori di ripristino della funzionalità degli impianti ed al conseguente espletamento delle attività di verifica della idoneità della progettazione approvata, nonché all'avvio delle procedure di affidamento contrattuale”*, funzioni tra le quali è, dunque, compresa quella di assumere le opportune determinazioni in ordine al “subentro” o meno nei rapporti contrattuali con i terzi, ivi compresa la Vico, riserva che, per essa, allo stato, non vi è prova sia positivamente sciolta nel senso della permanenza delle reciproche obbligazioni contrattuali.

In secondo luogo, la documentazione depositata dalla controinteressata non dimostra affatto che “subentro” vi sia stato.

In particolare - rinviando al paragrafo successivo l'esame della questione del termine di efficacia del contratto e della portata della clausola di “piena validità ed efficacia ed opponibilità” - non può attribuirsi alcun rilievo:

- al fatto che la controinteressata sia l'aggiudicatario uscente e che i contratti applicativi siano stati regolarmente eseguiti, dovendosi accertare l'esistenza del requisito di partecipazione con esclusivo riferimento alla gara indetta con avviso del 28 settembre 2023;
- alla comunicazione di adeguamento prezzi del 21 dicembre 2022, in quanto precedente l'insediamento del Commissario e proveniente da Funivie S.p.a. in liquidazione;
- escluso, per le ragioni anzidette, che il “subentro” possa avvenire *per facta concludentia*, alle fatture emesse per le prestazioni connesse all'esecuzione del primo contratto applicativo, giacché le stesse sono inidonee a surrogare il requisito di forma, ai fini della validità, che la determinazione commissariale deve rivestire affinché il contratto possa dirsi con certezza ancora pienamente efficace.

13.4. La “precarietà” del contratto prodotto a comprova del requisito di partecipazione in discorso emerge anche dalla scadenza concordata tra le parti originarie, che non è in grado di fornire alcuna certezza circa la possibilità di far fronte agli impegni assunti per tutta la durata dell’accordo quadro. Se risulta condivisibile l’assunto di Trenitalia secondo il quale richiedere che l’impianto e l’area per l’esecuzione dei contratti applicativi debbano costituire oggetto di una situazione giuridica di appartenenza in senso stretto si risolverebbe in una restrizione non proporzionata dell’accesso al mercato (a ben vedere, difficilmente configurabile in considerazione della natura dei beni in questione), per contro, non può avallarsi l’argomento circa l’assimilazione tra un contratto avente ad oggetto un diritto di godimento di un bene e servizi accessori, nel quale è previsto un termine finale di efficacia, ed un qualunque altro contratto di durata, che ordinariamente prevede il diritto di recesso in capo ad una o ad entrambe le parti.

Pur potendosi osservare, incidentalmente, che in quest’ultimo caso il diritto di recesso, nella configurazione dei diversi tipi negoziali da parte del legislatore, è comunque circondato da particolari cautele, resta il fatto che un requisito di partecipazione ad una gara deve essere valutato in concreto, sicché la scadenza al 31 dicembre 2025 del contratto sottoscritto il 4 gennaio 2019 non può non assumere rilevanza in tale contesto. Sotto questo profilo, la previsione di un rinnovo tacito, in mancanza di “disdetta” con preavviso di almeno centoventi giorni, non elide il dato incontrovertibile dell’incertezza circa la disponibilità delle aree e la prestazione dei numerosi ed articolati servizi elencati nell’art. 1 del contratto per tutta la durata degli accordi quadro, che si riverbera sul possesso del requisito di partecipazione previsto dall’art. 7.2. dell’avviso di gara.

Né può sostenersi che l’eventuale perdita del requisito possa essere eventualmente “sanata” in sede di esecuzione del contratto, ove tale eventualità sia prospettabile già nella fase di scelta del contraente.

13.5. Le conclusioni cui perviene il Collegio risultano suffragate dall’introduzione, nel nuovo Codice dei contratti pubblici, del fondamentale principio del risultato, che non tollera, in sede di aggiudicazione, incertezze circa la possibilità, per l’operatore economico, di eseguire correttamente e tempestivamente il contratto, di cui il giudice amministrativo deve tener conto, avuto riguardo al fatto che *“il risultato concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo, facendo transitare nell’area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili”* (Cons. St., sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866). *“L’art. 1, d.lg. n. 36 del 2023 è collocato in testa alla disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici ed è principio ispiratore della stessa, sovraordinato agli altri; si tratta di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto e che esclude che l’azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che*

ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale che è: a) nella fase di affidamento giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto; b) nella fase di esecuzione (quella del rapporto) il risultato economico di realizzare l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto; il principio della fiducia di cui all'art. 2 del nuovo Codice amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della P.A., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile; il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinti inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo” (Cons. St., sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924).

14. Sulle conseguenze dell'annullamento delle aggiudicazioni

La ricorrente ha chiesto, per il caso di annullamento delle aggiudicazioni dei lotti 1 e 2, la declaratoria di inefficacia dei contratti, proponendo contestualmente domanda di subentro.

In proposito, a norma dell'art. 122 c.p.a., *“il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta”.*

Nel caso di specie, tenuto conto della durata residua dei contratti quadro, dell'avvenuta stipula di un solo contratto applicativo e della collocazione della ricorrente al secondo posto della graduatoria, è accoglibile la domanda di *“tutela in forma specifica”, “a carattere integralmente satisfattorio, affidata alla ‘domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto’ (art. 124, comma 1, prima parte), il cui accoglimento: a1) postula, in negativo, la sterilizzazione ope iudicis, in termini di “dichiarazione di inefficacia”, del contratto eventualmente già stipulato inter alios (essendo, per ovvie ragioni, preclusa la reduplicazione attributiva dell'unitario bene della vita gestito dalla procedura evidenziale); a2) richiede, in positivo, un apprezzamento di spettanza in termini di diritto al contratto, con la certezza che, in assenza del comportamento illegittimo serbato dalla stazione appaltante, il ricorrente si sarebbe senz'altro aggiudicato la commessa”* (Cons. St., sez. V, 7 novembre 2022, n. 9785).

Per le caratteristiche intrinseche dell'accordo quadro, si versa nell'ipotesi in cui *“In caso di annullamento dell'aggiudicazione, è possibile disporre il subentro del ricorrente vittorioso nel contratto, laddove quest'ultimo abbia ad oggetto prestazioni di durata (...) non ancora terminate e il subentrante possa essere destinatario degli ulteriori ordinativi”* (Cons. St., sez. III, 22 luglio 2020, n. 4685).

14.1. Conseguentemente, va dichiarata l'inefficacia originaria dell'accordo quadro per il quale non sono ancora stati sottoscritti contratti applicativi, per entrambi i lotti, mentre in relazione al contratto applicativo già in corso di esecuzione, la declaratoria di inefficacia deve essere, nel bilanciamento degli interessi delle parti con l'interesse pubblico, differita sino al completamento delle prestazioni ancora da eseguire.

Va, dunque, disposto il subentro della ricorrente in entrambi gli accordi quadro, a decorrere dalla loro inefficacia come diversamente modulata, fatta salva la preventiva verifica dei requisiti, così come previsto dai paragrafi VII.2 e VII.3 del disciplinare di gara nei soli confronti del "primo in graduatoria", rimessa all'ente aggiudicatore, nel rispetto delle modalità ivi previste.

15. In considerazione dell'elevata complessità della controversia, le spese di lite possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rita Tricarico, Presidente

Valerio Bello, Referendario, Estensore

Valentino Battiloro, Referendario